Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

FASCICOLO N. 2/2020

Contributi di

ANDREA AMBROSI, GIOVANNI AVERSENTE, FRANCESCO BIAGI, ROBERTO BIN, MAURIZIO BOZZAOTRE, CAMILLA BUZZACCHI, FEDERICA CECCARONI, ANDREA CHIAPPETTA, DANIELE CODUTI, PIERLUIGI CONSORTI, FULVIO CORTESE, FABIO CORVAJA, MATTEO COSULICH, ALESSIA-OTTAVIA COZZI, ILARIA DE CESARE, SANDRO DE GOTZEN, ALBERTO DI CHIARA, GIUSEPPE DI GASPARE, LUCA DI MAJO, RENZO DICKMANN, GIANLUCA FAMIGLIETTI, PIETRO FARAGUNA, FABIO FERRARI, ROMANO FERRARI ZUMBINI, CATERINA FILIPPINI, CLEMENTE FORTE, GIACOMO GALAZZO, ALESSANDRA GALLUCCIO, VALENTINA GIOMI, DIMITRI GIROTTO, MARIO GORLANI, FLAVIO GUELLA, GIOVANNI GUERRA, FERDINANDO LA PLACA, ISABELLA MARIA LO PRESTI, NICOLA LUPO, CARLO MAGNANI, ANTONIO MALASCHINI, ALESSANDRO MANGIA, ALESSANDRA MAZZOLA, GIACOMO MENEGUS, ALESSANDRO ATTILIO NEGRONI, CARLO PADULA, IRENE PELLIZZONE, MARTA PICCHI, MARCO PIERONI, MICOL PIGNATARO, VALENTINA PUPO, LUIGI SALVATO, LIO SAMBUCCI, GINO SCACCIA, MATTEO TERZI, FRANCESCO TRIPODI, ENRICO VERDOLINI

Salvador Viniegra y Lasso de la Vega, *La Promulgación de la Constitución de 1812*, 1910-12, Cadice, Museo de las Cortes de Cádiz

© 2012-2020 Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna | Anno IX - Fascicolo 2/2020 | Rivista inclusa tra le Riviste scientifiche di Area 12 | ISSN 2281-2113

Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il ***Forum di Quaderni costituzionali*** (fondato da **Roberto Bin** nel 2001) è la sezione telematica di ***Quaderni Costituzionali*** (Direttore **Carlo Fusaro**). 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: Alberto Arcuri, Filippo Bordoni, Maria Alessandra Culicchia, Lorenzo De Carlo, Costanza Farina, Francesco Genoni, Umberto Lattanzi, Aurora Patti, Nicola Petrucco, Giuseppe Polizzi, Giulio Santini, Federico Spagnoli, Stefano Taroni.

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.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

INDICE SOMMARIO

CARLO PADULA, Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge

p. 1

MAURIZIO BOZZAOTRE, Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza

p. 31

MATTEO TERZI, Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso

p. 41

ALESSANDRA MAZZOLA, La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019

p. 50

LUCA DI MAJO, Ai sensi della normativa vigente. Recensione al volume del Prof. Alfonso Celotto, *È nato prima l'uomo o la carta bollata?*, Roma, Rai Libri, 2020

p. 68

DANIELE CODUTI, Il ruolo dei partiti politici nella transizione tra i due Governi Conte: spunti sui possibili sviluppi del sistema politico-rappresentativo

p. 76

RENZO DICKMANN, Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere… ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)

p. 89

CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI, Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza pubblica

p. 97

ROMANO FERRARI ZUMBINI, Il binocolo della Storia e il virus. Riflessioni su ipotesi di costituzionalismo a geometria variabile

p. 116

NICOLA LUPO, L'attività parlamentare in tempi di coronavirus

p. 121

MARTA PICCHI, Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)

p. 143

GIANLUCA FAMIGLIETTI, Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del "magnetismo securitario" (a partire da Corte cost. n. 285 del 2019)
p. 166

ALBERTO DI CHIARA, Dalla non autoapplicatività della normativa di risulta alla eccessiva manipolatività del quesito: andata (e ritorno) delle cause di inammissibilità del referendum elettorale
p. 190

ALESSANDRA GALLUCCIO, Requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a bandi pubblici e altri meri 'effetti della condanna penale', anche non definitiva: la Consulta fa chiarezza. (Nota a C. cost. 4 dicembre 2019, n. 248, pres. Lattanzi, est. Viganò)
p. 209

PIETRO CIARLO, La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)
p. 230

CARLO MAGNANI, Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus
p. 236

ENRICO VERDOLINI, Le manifestazioni in movimento alla prova dei *decreti sicurezza*
p. 248

ANTONIO MALASCHINI, Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza *covid-19*
p. 267

MATTEO TERZI, Ancora sul rapporto tra *tecnica* e *politica* nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale
p. 284

FRANCESCO TRIPODI, Il processo penale post-Covid: rispettare la Costituzione, facendo di necessità (qualche) virtù
p. 295

PIETRO FARAGUNA, Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara *ultra vires* il *Quantitative easing* (con uno sguardo al *Pandemic Emergency Purchase Programme*?)
p. 306

GINO SCACCIA, Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?
p. 316

GIOVANNI AVERSENTE, La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale (e non solo)
p. 329

FULVIO CORTESE, Le intese Stato-Regioni tra volontà politica e decisione amministrativa
p. 343
MARIO GORLANI, Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo
p. 353
PIERLUIGI CONSORTI, La libertà religiosa travolta dall'emergenza
p. 369
VALENTINA PUPO, Imprese di informazione locale: la Corte afferma la legittimità dell'esclusione dai finanziamenti pubblici anche in caso di condanne non definitive
p. 389
GIACOMO MENEGUS, Le "popolazioni interessate" nelle variazioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza
p. 405
ANDREA AMBROSI, La garanzia del diritto ad un luogo di culto: un interminabile percorso ad ostacoli
p. 422
ALESSIA-OTTAVIA COZZI, Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto
p. 448
IRENE PELLIZZONE, Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: *pars destruens* e *pars construens* delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato
p. 471
MICOL PIGNATARO, Come preservare la continuità dell'attività parlamentare ai tempi del COVID-19? Alcune riflessioni sul lavoro "a distanza" e le vie percorribili a normativa vigente
p. 486
GIOVANNI GUERRA, Quando il legislatore costituzionale "dà i numeri" è meglio non fidarsi. Brevi osservazioni critiche sulla riduzione dei parlamentari
p. 507
FABIO 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)
p. 532
PIETRO MASALA, Note a margine della lettura di: "Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà", a cura di E. Innocenti, E. Rossi, E. Vivaldi, Il Mulino, Bologna, 2019
p. 541

FABIO CORVAJA, La notifica a mezzo PEC nei giudizi in via d'azione: un'esclusione che non convince del tutto
p. 552
CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI, Osservazioni sulla sentenza n. 227 del 2019 della Corte costituzionale
p. 562
GIUSEPPE DI GASPARE, Appalti e criminalità organizzata
p. 576
ILARIA DE CESARE, Il ritardo dei pagamenti della PA: una disciplina a tutela della concorrenza
p. 604
VALENTINA GIOMI, Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC dopo il vaglio della Consulta: un'occasione per riflettere
p. 618
CAMILLA BUZZACCHI, Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA
p. 662
DIMITRI GIROTTO, Nuove precisazioni sulla funzione di autorganizzazione dei Consigli regionali, in una cauta pronuncia della Corte costituzionale
p. 677
ANDREA MAGLIARI, Regioni e credito: scacco matto in due mosse
p. 686
MATTEO COSULICH, A volte ritornano (i decreti legislativi precostituzionali, fondativi dell'autonomia valdostana)
p. 701
ANDREA CHIAPPETTA, *Less regulation for better regulation*: ipertrofia normativa e pressappochismo linguistico ai tempi della pandemia da Covid19
p. 717
LUIGI SALVATO, L'*amicus curiae* nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di cassazione
p. 727
ALESSANDRO ATTILIO NEGRONI, Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie
p. 774
SANDRO DE GOTZEN, Rinvio generico a norma statale di enumerazione delle pubbliche amministrazioni: interpretazione restrittiva e conforme a Costituzione
p. 838

FEDERICA CECCARONI, Collective discrimination without an identifiable victim in EU law. Discrimination by public speech
p. 843
LIO SAMBUCCI, Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio (ord. n. 60/2020)
p. 870
CATERINA FILIPPINI, L'introduzione in Russia del procedimento di modifica della Costituzione in deroga
p. 878
ISABELLA MARIA LO PRESTI, CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network
p. 924
GIACOMO GALAZZO, A proposito del caso Bonafede: sull'esperienza della sfiducia individuale nel nostro sistema parlamentare
p. 947
FRANCESCO BIAGI, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 1-254
p. 953
FLAVIO GUELLA, Illegittimità dei meccanismi di estinzione fittizia di debito con debito: la sterilizzazione delle anticipazioni di liquidità come meccanismo costituzionalmente necessario
p. 958
FERDINANDO LA PLACA, Su un recente libro sul rapporto tra populismo italiano e costituzionalismo
p. 974
ALESSANDRO MANGIA, ROBERTO BIN (a cura di), *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fascicolo n. 1, 2020, *"Mutamenti costituzionali"*, Milano, Franco Angeli edizioni, pp. 1-133
p. 985

INDICE TEMATICO

Obiettivo Principi, diritti e doveri: CIARLO (p. 230), MAGNANI (p. 236), VERDOLINI (p. 248), TRIPODI (p. 295), CONSORTI (p. 369), PELLIZZONE (p. 471), NEGRONI (p. 774)
Obiettivo Istituzioni: BOZZAOTRE (p. 31), TERZI (p. 41), CODUTI (p. 76), FERRARI ZUMBINI (p. 116), LUPO (p. 121), MALASCHINI (p. 267), TERZI (p. 284), PIGNASÌTARO (p. 486), GUERRA (p. 507), DI GASPARE (p. 576), FILIPPINI (p. 878), GALAZZO (p. 947)
Obiettivo Fonti del diritto: CHIAPPETTA (p. 717)
Obiettivo Europa: FARAGUNA (p. 306), SCACCIA (p. 316), COZZI (p. 448), CECCARONI (p. 843)
Obiettivo Corti costituzionali e giurisdizioni: PADULA (p. 1), MAZZOLA (p. 50), DICKMANN (p. 89), FORTE-PIERONI (p. 97), PICCHI (p. 143), FAMIGLIETTI (p. 166), DI CHIARA (p. 190), GALLUCCIO (p. 209), AVERSENTE (p. 329), CORTESE (p. 343), GORLANI (p. 353), PUPO (p. 389), MENEGUS (p. 405), AMBROSI (p. 422), FERRARI (p. 532), CORVAJA (p. 552), FORTE-PIERONI (p. 562), DE CESARE (p. 604), GIOMI (p. 618), BUZZACCHI (p. 662), GIROTTO (p. 677), MAGLIARI (p. 686), COSULICH (p. 701), SALVATO (p. 727), DE GOTZEN (p. 838), SAMBUCCI (p. 870), LO PRESTI (p. 924), GUELLA (p. 958)
Novità editoriali: DI MAJO (p. 68), MASALA (p. 541), BIAGI (p. 953), LA PLACA (p. 974), MANGIA-BIN (p. 985)

INDICE DEGLI AUTORI

Andrea Ambrosi, p. 422
Giovanni Aversente, p. 329
Francesco Biagi, p. 953
Roberto Bin, p. 985
Maurizio Bozzaotre, p. 31
Camilla Buzzacchi, p. 662
Federica Ceccaroni, p. 843
Andrea Chiappetta, p. 717
Daniele Coduti, p. 76
Pierluigi Consorti, p. 369
Fulvio Cortese, p. 343
Fabio Corvaja, p. 552
Matteo Cosulich, p. 701
Alessia-Ottavia Cozzi, p. 448
Ilaria De Cesare, p. 604
Sandro De Gotzen, p. 838
Alberto Di Chiara, p. 190
Giuseppe Di Gaspare, p. 576
Luca Di Majo, p. 68
Renzo Dickmann, p. 89
Gianluca Famiglietti, p. 166
Pietro Faraguna, p. 306
Fabio Ferrari, p. 532
Romano Ferrari Zumbini, p. 116
Caterina Filippini, p. 878
Clemente Forte, pp. 97, 562
Giacomo Galazzo, p. 947
Alessandra Galluccio, p. 209
Valentina Giomi, p. 618
Dimitri Girotto, p. 677
Mario Gorlani, p. 353
Flavio Guella, p. 958
Giovanni Guerra, p. 507
Ferdinando La Placa, p. 974
Isabella Maria Lo Presti, p. 924
Nicola Lupo, p. 121
Carlo Magnani, p. 236
Antonio Malaschini, p. 267
Alessandro Mangia, p. 985
Alessandra Mazzola, p. 50
Giacomo Menegus, p. 405
Alessandro Attilio Negroni, p. 774
Carlo Padula, p. 1
Irene Pellizzone, p. 471
Marta Picchi, p. 143
Marco Pieroni, pp. 97, 562
Micol Pignataro, p. 486
Valentina Pupo, p. 389
Luigi Salvato, p. 727
Lio Sambucci, p. 870
Gino Scaccia, p. 316
Matteo Terzi, pp. 41, 284
Francesco Tripodi, p. 295
Enrico Verdolini, p. 248

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*

CARLO PADULA**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 9 marzo 2020.
Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0044s-20.html

Sommario

1. Premessa. - 2. Il giudizio a quo. - 3. L'ordinanza di rimessione. - 4. L'errata valutazione del giudice a quo sulla non diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE. – 5. Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale": oltre la Carta dei diritti. – 6. La decisione della Corte: le ragioni della sua importanza. – 7. L'incostituzionalità del requisito di residenza protratta per l'accesso all'ERP. – 7.1 La norma censurata. – 7.2 Il *thema decidendum* e la giurisprudenza costituzionale in materia. – 7.3 La decisione della Corte. – 7.4 La sent. 44/2020 e l'art. 40, co. 6, t.u. imm. – 7.5 L'art. 40, co. 1 e 6, t.u. imm: nucleo minimo e livello essenziale del diritto all'abitazione. – 8. Conclusioni: la sent. 44/2020 fra "cittadinanza regionale" e "radicamento nazionale".

Data della pubblicazione sul sito: 11 aprile 2020

Suggerimento di citazione

C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Padova. Indirizzo mail: carlo.padula@unipd.it

1. Premessa

La sentenza n. 44 del 2020 della Corte costituzionale si segnala principalmente per due profili: il primo attiene al merito della decisione presa, con la quale la Corte supera le oscillazioni della propria giurisprudenza in materia di requisiti di residenza prolungata (nel territorio regionale) per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica (di seguito, ERP), affermando chiaramente la loro incostituzionalità per contrasto con l'art. 3 Cost.; il secondo attiene ad un profilo processuale che il Tribunale di Milano aveva affrontato (la possibile disapplicazione della norma censurata per contrasto con una direttiva europea *self-executing*) e che la Corte non ha trattato. Il presente commento cerca di esaminare quanto la Corte ha detto e le implicazioni di quello che la Corte… non ha detto sul problema del "doppio vizio" della legge (secondo il giudice *a quo*, la legge regionale contrastava con la Costituzione e con una fonte europea), oggetto nell'ultimo periodo di una giurisprudenza costituzionale che si può considerare in fase di assestamento (v. la sent. 269/2017 e poi le sentt. 20 e 63 del 2019 e 11 del 2020).

2. Il giudizio *a quo*

Il giudizio a quo traeva origine da un ricorso proposto congiuntamente da un cittadino tunisino e dalle associazioni CGIL Lombardia, ASGI (Associazione studi giuridici sull'immigrazione) e NAGA (Associazione volontaria di assistenza socio-sanitaria e per i diritti di cittadini stranieri, rom e sinti), che avevano convenuto la Regione Lombardia tramite l'azione anti-discriminazione di cui all'art. 44 d. lgs. 286/1998 (t.u. immigrazione). I ricorrenti ritenevano che diverse disposizioni del regolamento regionale n. 4 del 2017 (Disciplina della programmazione dell'offerta abitativa pubblica e sociale e dell'accesso e della permanenza nei servizi abitativi pubblici) producessero una «discriminazione indiretta in danno degli stranieri, che godono del diritto alla parità di trattamento nell'accesso all'abitazione» (titolari di protezione internazionale, soggiornanti di lungo periodo e titolari di permesso di soggiorno almeno biennale ai sensi dell'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione). Inoltre, era contestata l'esclusione di M. K. dalle graduatorie ERP del Comune di Milano, in quanto privo del requisito della residenza almeno quinquennale in regione, previsto dal regolamento stesso.

I ricorrenti "ventilavano" il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per accertare la compatibilità dell'art. 22, comma 1, lettera b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), con l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. La norma legislativa regionale, "riprodotta" dal regolamento censurato, stabiliva che «[i] beneficiari dei servizi abitativi pubblici devono avere i seguenti requisiti: […] b) residenza anagrafica o svol-

gimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda». L'art. 11, par. 1, dispone che «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: […] f) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio». I ricorrenti ipotizzavano anche la rimessione della questione di costituzionalità sulla stessa norma regionale, con riferimento all'art. 3 Cost., all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE e all'art. 34 della Carta dei diritti (di seguito, CDF)[1].

3. L'ordinanza di rimessione.

Il Tribunale ordinario di Milano, con un'ordinanza molto argomentata (che ha condotto ad un risultato assai rilevante: v. il § 6), ha sollevato la questione di costituzionalità sull'art. 22, co. 1, lett. b), l.r. 16/2016, affrontando però anche il problema del rapporto con il diritto europeo. In particolare, il giudice *a quo* ha verificato la possibilità di "superare" il requisito della residenza prolungata attraverso la disapplicazione della norma legislativa regionale per contrasto con il citato art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE, in base al quale «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: […] l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio».

Il rimettente ha osservato che «[l]'esame della questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale (e, pertanto, la rilevanza della questione)», ricordando che, se una direttiva contiene norme sufficientemente precise e incondizionate, «i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici

---

[1] Art. 34, § 3: «Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali». Sul diritto all'abitazione nel diritto europeo v. ad es. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in www.federalismi.it, 14.9.2018, § 3. A livello internazionale v. anche l'art. 31 della Carta sociale europea e l'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, sui quali si può rinviare all'approfondita analisi di E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, Napoli 2017, 68 ss. e 86 ss.

nazionali nei confronti dello Stato membro, vuoi qualora quest'ultimo abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo non corretto». Nel caso di specie, però, secondo il giudice *a quo*, il citato art. 11, par. 1, lett. f) non avrebbe effetto diretto perché, in base al paragrafo 2, «lo Stato membro interessato può limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio»: dunque, «le previsioni in esame, pur essendo chiare e precise, non sono incondizionate, in quanto prevedono la possibilità di un intervento limitativo dello Stato membro».

Per tale ragione il Tribunale di Milano ha sottoposto l'art. 22, co. 1, lett. b), l.r. 16/2016 al controllo di costituzionalità, invocando diversi parametri: a) i principi di eguaglianza formale e sostanziale e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto la configurazione della residenza (o dell'occupazione) protratta come «condizione dirimente» per l'accesso ai servizi abitativi pubblici non avrebbe «alcun ragionevole collegamento con la funzione sociale dei servizi abitativi pubblici»; b) l'art. 10, terzo comma, Cost. (in quanto la norma censurata si applica anche ai titolari di protezione internazionale e umanitaria, *status* che presuppone «l'impossibilità di fare ritorno nel proprio Paese d'origine», ragion per cui «[l]a possibilità di accedere al servizio di edilizia residenziale, per tali categorie di persone, non può […] essere ragionevolmente legata al radicamento sul territorio (né tale radicamento può essere ritenuto rispettoso del principio di proporzionalità)»; c) l'art. 117, primo comma, Cost., con riferimento al citato art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109/CE.

4. L'errata valutazione del giudice a quo sulla non diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE

Come visto, secondo il giudice *a quo* l'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE (che sancisce il diritto del soggiornante di lungo periodo alla parità di trattamento con riferimento alle procedure di assegnazione degli alloggi), pur essendo chiaro e preciso, non sarebbe incondizionato, in quanto prevede «la possibilità di un intervento limitativo dello Stato membro»[2]. Il Tribunale di Milano si

[2] In relazione all'ERP, una possibile limitazione è prevista dai paragrafi 2 e 4 dell'art. 11 della direttiva: «[…] lo Stato membro interessato può limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio […] Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali».

è soffermato ampiamente sul concetto di norma a effetto diretto[3] e sulla giurisprudenza costituzionale relativa alla "doppia pregiudiziale"[4] ma ha poi escluso in poche righe la diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva. Questa conclusione, oltre a essere sbrigativa, risulta a mio avviso erronea (v. subito *infra*) e si può supporre che il giudice *a quo* sia stato condizionato da una maggiore propensione per il sindacato di costituzionalità rispetto alla diretta disapplicazione della norma regionale. È da sottolineare che, oltre a escludere la diretta disapplicazione della norma regionale, il giudice non ha neppure avvertito la necessità di chiedere lumi alla Corte di giustizia sulla diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva, benché la sua conclusione non sia sorretta dalla citazione di alcun precedente della stessa Corte[5].

La conclusione del rimettente pare erronea perché la circostanza che il diritto alla parità di trattamento del soggiornante di lungo periodo possa essere in qualche misura limitato non significa che la norma non abbia effetto diretto (v. ad es.

---

[3] Sui presupposti dell'efficacia diretta delle norme europee v., ad es., L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano 2018, 266 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Milano 2018, 199 ss.

[4] Come noto, fino alla sent. 269/2017 l'assetto dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo (e fra Corte costituzionale e Corte di giustizia europea), quale risultante dalla sent. 170/1984 della Corte costituzionale e dalla giurisprudenza successiva, era fondato sul meccanismo della disapplicazione della legge interna contrastante con il diritto europeo *self-executing* e sulla precedenza data alla pregiudiziale europea, in caso di "doppia pregiudiziale": poiché la non applicabilità della legge interna implicava l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale concernente la legge stessa, in caso di "doppia pregiudiziale" (europea e di costituzionalità), per la Corte costituzionale occorreva prima rivolgersi alla CGE, che si può pronunciare anche sulla diretta applicabilità della norma Ue. V., ad es., G. REPETTO, *Rinvio alla Corte di giustizia UE e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli 2016, 659 ss.

[5] V. F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali: criteri guida per la scelta del giudice comune tra rinvio pregiudiziale e giudizio di costituzionalità*, in corso di pubblicazione in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020: «La scelta del preventivo ricorso alla questione di costituzionalità, fondata sul motivo che la norma della Carta è priva di efficacia diretta, va effettuata quindi con grande prudenza, ricercando conferma dell'assenza di questa efficacia in pronunce già rese dalla Corte di giustizia. Soltanto se già esiste una pronuncia della Corte di giustizia che afferma l'inesistenza di effetti diretti, lo strumento più diretto ed efficace – per tutelare nel caso di specie il singolo che contesta una legge nazionale – può essere il giudizio incidentale di costituzionalità. Se invece si pone, a monte, un dubbio su questo profilo, l'opportunità di effettuare preventivamente un rinvio pregiudiziale va attentamente soppesata».

sent. Corte di Giustizia *Van Duyn* 4 dicembre 1974, C-41/74, § 4-7 del *Diritto*, e *Baumbast*, 17 settembre 2002, C-413/99, § 84-86 e 94): l'applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) non è condizionata ad un ulteriore intervento normativo degli Stati membri ma è solo previsto che essi possano limitare il diritto riconosciuto dallo stesso art. 11; dunque, i soggiornanti di lungo periodo possono far valere davanti al giudice il diritto alla parità di trattamento qualora esso sia compresso al di là delle limitazioni consentite dalla direttiva o qualora esso sia compresso senza che lo Stato abbia introdotto alcuna limitazione[6].

Le norme europee (di vario livello: diritto primario, principi generali, diritto derivato) che sanciscono il principio generale di uguaglianza (art. 20 CDF), il principio di uguaglianza fra cittadini europei (cioè, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità: art. 18 TFUE e art. 21, par. 2, CDF), le applicazioni specifiche di quest'ultimo (libertà di circolazione delle persone, delle merci e dei servizi, libertà di stabilimento) e i singoli divieti di discriminazione (ad es. artt. 21, par. 1, e 23 CDF; artt. 45 e 157 TFUE) sono esempi "da manuale" di norme cui la Corte di giustizia ha riconosciuto effetto diretto (talora anche nei rapporti orizzontali) [7]: v. ad es., in relazione all'art. 119 Tr. CEE (principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile), la sent. *Defrenne*, 8 aprile 1976, C-43/75; in relazione al principio generale di non discriminazione in base all'età, le tre sentenze *Mangold*, 22 novembre 2005, C-144/04, punti 75 e 77; *Kücükdeveci*, 19 gennaio 2010, C-555/07; *Dansk Industri*, C-441/14, punto 22. La Corte di giustizia ha, ad esempio, evidenziato la differenza tra l'art. 21 CDF (principio di non discriminazione), norma ad effetto diretto, e l'art. 27 CDF (sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa)[8], che non ha effetto diretto in quanto opera un rinvio alla legislazione nazionale (sent. *Association de médiation sociale*, 15 gennaio 2014, C-176/12, punto 47).

---

[6] V. ad es. L. DANIELE, *Diritto*, cit., 270: «L'esistenza di norme che consentono agli Stati membri di derogare all'applicazione di un'altra norma per determinati motivi non esclude di per sé l'efficacia diretta di quest'ultima»; v. anche D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano 2018, 204 s.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna 2008, 49.

[7] In dottrina v. ad es. G. TESAURO, *Manuale*, cit., 163 s.; L. DANIELE, *Diritto*, cit., 264 e 274; V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019, 99, 102 e 107; C. FAVILLI, *Art. 21*, in R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017, 412 ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione*, cit., 20.

[8] «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

La diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109/CE è ricavabile anche dalla sentenza della Corte di giustizia *Kamberaj*, 24 aprile 2012, C-571/10[9], riguardante una discriminazione dei soggiornanti di lungo periodo in relazione ad un sussidio per l'alloggio previsto dalla Provincia autonoma di Bolzano. Inoltre, la Cassazione ha affermato la diretta applicabilità del citato art. 11 in relazione all'assegno per il nucleo familiare (v. da ultimo sent. Cass. sez. lavoro, n. 28745/2019[10]). Infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità di questioni incidentali perché il giudice *a quo* non aveva preso in considerazione una norma simile, cioè l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, che riconosce a determinati stranieri il diritto alla parità di trattamento con riferimento al settore della sicurezza sociale (ord. 52/2019[11]).

5. Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale": oltre la Carta dei diritti

Il *Fatto* della sentenza 44/2020 riporta il passaggio della motivazione dell'ordinanza in cui il giudice *a quo* esclude di poter "superare" il requisito della residenza protratta tramite la disapplicazione della norma regionale ma tale profilo poi non "riemerge" più. Esso non risulta ripreso dalle parti[12], che, evidentemente, non avevano interesse ad affermare la possibilità di una diretta disapplicazione della norma da parte del giudice *a quo*: la Regione per non smentire la legit-

---

[9] V. il § 68: «spetta al giudice del rinvio accertare se il ricorrente nel procedimento principale sia titolare dello status di soggiornante di lungo periodo, cosicché egli possa pretendere, in forza della menzionata direttiva, il beneficio della parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro interessato, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva medesima».

[10] «26. Tali requisiti [precisione e incondizionatezza] ritenuti necessari, in base alla giurisprudenza della Corte GUE […], per l'efficacia diretta della direttiva, una volta scaduto il termine per il suo recepimento, erano infatti presenti nel caso in esame in quanto i beneficiari della posizione di vantaggio erano determinati (i cittadini non comunitari dotati di permesso di soggiorno di lungo periodo), il contenuto della posizione di vantaggio era specificato (trattandosi di "prestazione essenziale" individuabile dal giudice interno), il soggetto passivo tenuto ad assicurare il vantaggio era un'autorità pubblica». Alla luce della citata sent. *Kamberaj* (v. i punti 91 e 92), anche l'ERP è da annoverare fra le prestazioni «essenziali».

[11] Sulla quale v. F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019.

[12] Peraltro, nel § 4 del *Fatto* la Corte si limita a riferire del deposito di memorie integrative da parte della Regione e delle associazioni, senza specificare gli argomenti svolti nelle memorie stesse.

timità della norma, i ricorrenti per cercare di arrivare ad un annullamento *erga omnes* della disposizione. Dunque, nessuna eccezione di irrilevanza è stata sollevata in relazione a questo profilo, il che spiega il silenzio della Corte sul punto.

Non avendo la Corte detto nulla sul tema della "doppia pregiudiziale", sarebbe imprudente formulare ipotesi sul significato di tale silenzio. Si può però cercare di valutare "oggettivamente" il fatto che la Corte ha deciso nel merito una questione relativa ad una norma contrastante con una norma europea *self-executing*[13].

In altri termini, appurato che il rimettente ha erroneamente escluso l'effetto diretto dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE (v. il § 4), occorre chiedersi se tale errore potesse aver ripercussioni sull'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale[14].

Come si è visto, la motivazione con cui il giudice *a quo* ha escluso la disapplicazione risulta assai stringata e implausibile, ragion per cui esistevano forse i presupposti per una dichiarazione di irrilevanza delle questioni in quanto la norma censurata contrastava con una norma europea *self-executing*.

Tale conclusione può mutare alla luce delle recenti novità giurisprudenziali in tema di doppia pregiudiziale? In sintesi, in base all'attuale orientamento (risul-

---

[13] Poiché l'eventuale inammissibilità per irrilevanza sarebbe stata rilevabile d'ufficio, una decisione nel merito non può dirsi priva di alcun significato.

[14] O sull'ammissibilità della sola terza questione, riguardante l'applicazione della norma censurata agli stranieri soggiornanti di lungo periodo. In effetti, la Corte ha ricavato dalla disposizione censurata un'unica norma, applicabile a tutti i possibili beneficiari, ma era forse percorribile anche un'altra via, intendendo l'art. 22, comma 1, lett. b) l. reg. Lombardia 16/2016 come se fosse espressivo di una pluralità di norme, richiedenti la residenza (o l'occupazione) ultraquinquennale per gli italiani, per i cittadini Ue, per i soggiornanti di lungo periodo e per gli stranieri di cui all'art. 40, co. 6, t.u. imm. (ai quali si aggiungono, per effetto dell'art. 7, co. 1, lett. a) del regolamento regionale attuativo n. 4 del 2017 e dell'art. 29, co. 3-ter, d. lgs. 251/2007, i titolari di protezione internazionale). Ricavando dalla disposizione censurata una sola norma, applicabile a tutti i beneficiari, si poteva verificare la situazione in cui un italiano (non lombardo), cui era stato negato l'accesso all'ERP per mancanza di residenza ultraquinquennale, chiedesse la disapplicazione del requisito per possibile contrasto con l'art. 21 TFUE, sulla libertà di circolazione dei cittadini Ue, o con l'art. 11 della citata direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo. Invece, scomponendo la disposizione censurata in diverse "frazioni", tale paradossale situazione sarebbe stata evitata e, in relazione agli italiani, l'eventuale discriminazione avrebbe dovuto essere colpita con lo strumento del sindacato di legittimità costituzionale. Del resto, da un lato l'art. 22, comma 1, avrebbe potuto essere formulato diversamente, elencando i potenziali beneficiari in diverse lettere e richiedendo in ognuna il requisito della residenza protratta, dall'altro gli stessi ricorrenti e lo stesso giudice *a quo* (in parte) hanno censurato il requisito della residenza protratta distinguendo le diverse categorie di soggetti beneficiari.

tante dalla nota "trilogia" di sentenze: 269/2017, 20/2019 e 63/2019, sintetizzate dall'ord. 117/2019), la Corte decide nel merito le questioni di costituzionalità, a prescindere dalla possibilità della disapplicazione della legge, di fronte ai casi di "doppio vizio", cioè di contrasto sia con la CDF sia con la Costituzione[15]. Nella sent. 20/2019 la Corte ha deciso nel merito una questione in cui il parametro interposto era dato anche da una direttiva (di cui la Corte di giustizia aveva sancito la diretta applicabilità), in quanto essa si trovava «in singolare connessione» con gli artt. 7 e 8 della CDF, in materia di *privacy*.

Ci si potrebbe chiedere se il caso *de quo* (in cui il parametro interposto consisteva solo nella direttiva 2003/109/CE) fosse idoneo a rientrare nel recente filone giurisprudenziale. A me pare che la risposta possa essere positiva (e che quindi la decisione della Corte nel merito sia giustificabile), sulla base dei seguenti argomenti (che richiamano quelli utilizzati dalla Corte nelle sentt. 269/2017, 20/2019 e 63/2019):

la questione è sicuramente «di rango costituzionale» (sent. 20/2019), riguardando il diritto alla parità di trattamento, tanto è vero che la Corte ha giudicato di questioni simili molte volte, spesso alla luce sia dell'art. 3 Cost. sia di norme europee (v. *infra*);

il giudice *a quo*, pur non invocando come parametri interposti norme della Carta dei diritti, aveva però richiamato in due punti gli artt. 21 (principio di non discriminazione) e 34 (diritto all'assistenza abitativa) CDF, e pare evidente la connessione tra l'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE e gli artt. 20 (principio di uguaglianza) e 34, par. 3 (diritto all'assistenza abitativa), CDF[16];

la questione riguarda la ragionevolezza della discriminazione "indiretta" prodotta dalla norma censurata a danno dei soggiornanti di lungo periodo: si tratta dunque di verificare se il legislatore ha varcato i confini della propria discrezionalità e la particolarità di tale giudizio è uno dei motivi all'origine della creazione della Corte costituzionale;

---

[15] I contributi sul tema sono ormai innumerevoli: v. ad es., anche per ulteriori citazioni, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 481 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, disponibile in http://www.osservatoriosullefonti.it; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità*, cit.

[16] L'art. 21, par. 2, CDF (principio di non discriminazione in base alla nazionalità) può venire in rilievo per i criteri applicativi di esso, risultanti dalla giurisprudenza, ma non riguarda gli stranieri.

sussiste anche in questo caso l'opportunità di una pronuncia *erga omnes*, per non rischiare una tutela "a macchia di leopardo" dei diritti fondamentali degli stranieri, sia da parte della p.a. (comuni che decidono sull'accesso all'ERP) sia da parte dei giudici.

Dunque, mi pare che sussistano diversi argomenti idonei a giustificare il fatto che la Corte sia entrata nel merito delle questioni, nonostante il contrasto tra la norma censurata ed una norma europea *self-executing.*

La circostanza che la norma europea in questione fosse contenuta in una direttiva e non nella CDF potrebbe preludere ad un allargamento della recente giurisprudenza della Corte in tema di "doppia pregiudiziale". Può essere interessante segnalare che anche la sent. 11/2020 ha esteso l'ambito di intervento della Corte oltre i confini fissati dalle tre pronunce sopra citate. In quel caso, un Collegio arbitrale aveva censurato una norma legislativa statale che sancisce l'incompatibilità tra qualsiasi lavoro pubblico e privato e la partecipazione a società di capitali titolari di farmacie. Il rimettente aveva invocato, fra l'altro, l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 3 TUE («per la netta definizione di quella europea come "economia sociale di mercato"»[17]), all'art. 16 CDF (libertà di impresa) e all'art. 49 TFUE (libertà di stabilimento). L'Avvocatura dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni, fra l'altro, «per erronea evocazione, come norme interposte, di disposizioni del TUE e del TFUE, che il rimettente avrebbe viceversa dovuto direttamente applicare»[18]. La Corte ha respinto l'eccezione osservando che, «qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, "questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione" (ex plurimis, sentenza n. 63 del 2019)». La Corte ha precisato che «nella fattispecie non vi è dubbio che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata»[19].

Come si può vedere, nella sent. 11/2020 il nuovo orientamento della Corte in materia di "doppia pregiudiziale" (in base al quale il giudice può *scegliere* se di-

---

[17] Punto 7.3 dell'ordinanza.

[18] Punto 1.1.2 del *Fatto.*

[19] Punto 3.4 del *Diritto.*

sapplicare la legge o sottoporla al giudizio di costituzionalità) viene svincolato dal riferimento alla CDF: quello che conta è che la legge violi anche un diritto garantito da una norma costituzionale, a prescindere dalla norma europea interposta invocata[20]. È interessante notare che la sent. 269/2017, dopo il famoso *obiter* che ha segnato la svolta nella giurisprudenza della Corte, ha dichiarato l'inammissibilità di determinate questioni perché, nella specie, i ricorrenti nel giudizio *a quo* avevano «dedotto una violazione non di diritti fondamentali codificati nella CDFUE, ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, previste dalle disposizioni dei Trattati (artt. 49 e 56 del TFUE) delle quali è stata invocata la diretta efficacia»[21]. Dunque, mentre la sent. 269/2017 aveva distinto i diritti previsti dalla CDF da quelli previsti dagli artt. 49 e 56 TFUE[22], dichiarando l'inammissibilità delle questioni, la sent. 11/2020 ha dato rilievo alla corrispondenza tra la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., al fine di consentire una pronuncia di merito della Corte.

La sent. 44/2020 pare confermare questo sviluppo della giurisprudenza costituzionale. Pur nella diversità delle fattispecie[23], anche la sent. 44/2020 giudica nel merito una questione relativa a una norma legislativa contrastante con una norma europea *self-executing* (non contenuta nella CDF) e lesiva *anche* di un diritto costituzionale.

---

[20] Sulla possibile interpretazione "sostanzialistica" della sent. 269/2017 v., ad es., M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 3/2019, 740, che suggeriva di estendere la «precisazione» della sent. 269/2017 ai «principi generali o norme dei trattati corrispondenti per contenuti e struttura a norme della Carta di Nizza e della Costituzione».

[21] Sent. 269/2017, punto 5.3: «Non si versa, dunque, nei casi sopra indicati in cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Pertanto, il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

[22] Sull'opinabilità di tale distinzione v., ad es., C. PADULA, *Il ruolo della Corte costituzionale, fra entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche*, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, Torino 2019, 548.

[23] Nel caso della sent. 11/2020 il giudice *a quo* aveva invocato le norme europee senza soffermarsi sulla loro diretta applicabilità o meno e l'Avvocatura aveva formulato un'espressa eccezione sul punto, "costringendo" la Corte a prendere posizione; invece, nel caso della sent. 44/2020 il rimettente aveva argomentato la non diretta applicabilità della norma europea e nessuna parte aveva eccepito alcunché, consentendo alla Corte di non prendere posizione.

6. La decisione della Corte: le ragioni della sua importanza

Veniamo ora alla decisione presa dalla Corte. Si tratta di una pronuncia importante, per due motivi.

Il primo è che la Corte dichiara l'illegittimità di una norma (che richiedeva la residenza ultraquinquennale in regione per l'accesso all'ERP) presente da lungo tempo in Lombardia[24] e "diffusa" nell'ordinamento. Tale "premio" alla stanzialità regionale, infatti, non era un *unicum* della Regione Lombardia: norme analoghe esistono nelle regioni Veneto[25], Piemonte[26], Liguria[27], Friuli-Venezia Giulia[28], Toscana[29], Umbria[30], Marche[31], Abruzzo[32], oltre che nella Provincia di Bolzano[33]. Altre regioni richiedono una residenza in regione di durata minore: 3 anni l'Emilia-Romagna[34] e la Provincia di Trento[35], 2 anni la Valle d'Aosta[36] (dopo la sent. della Corte 168/2014, che ha annullato il precedente requisito di 8 anni). La Sicilia[37] e la Sardegna[38] chiedono allo straniero, rispettivamente, 5 anni di residenza in Italia e nel comune interessato. Altre regioni non richiedono alcun periodo minimo di residenza nella regione o nel comune: Lazio[39], Campania[40], Molise[41], Puglia[42], Basilicata[43]. La Calabria chiede la residenza da almeno sei mesi in uno dei comuni dell'ambito territoriale, ma in alternativa all'attività lavorativa nello stesso ambito[44]. Dunque, solo cinque regioni risultano "in linea" con la sen-

---

[24] V. l'art. 28 l. Lombardia 27/2009 e, prima ancora, l'art. 1 l. Lombardia 7/2005.

[25] Art. 25 l.r. 39/2017.

[26] Art. 3 l.r. 3/2010.

[27] Art. 5 l.r. 10/2004.

[28] Art. 17 d.P.Reg. 70/2017.

[29] All. A alla l.r. 2/2019.

[30] Art. 29 l.r. 23/2003.

[31] Art. 18 l.r. 36/2005.

[32] Art. 2 l.r. 96/1996.

[33] Art. 97 l.p. 13/1998.

[34] Delibera del Consiglio regionale 154/2018.

[35] Art. 4 l.p. 21/1992.

[36] Art. 19 l.r. 3/2013.

[37] Art. 8 l.r. 15/1986, specificato dalla circolare ass. 12 maggio 2005.

[38] Art. 2 l.r. 13/1989.

[39] Art. 11 l.r. 12/1999.

[40] Art. 2 l.r. 18/1997.

[41] Art. 2 l.r. 12/1998.

[42] Art. 3 l.r. 10/2014.

[43] Art. 3 l.r. 24/2007.

[44] Art. 10 l.r. 32/1996. La ricerca sulla disciplina delle altre regioni è stata svolta nel gennaio 2020 dal dott. Alberto Di Chiara. Per una "panoramica" non recentissima delle

tenza 44/2020 della Corte costituzionale: le altre dovranno verosimilmente modificare la propria legislazione, salvo rischiare di vederla contestata in via incidentale davanti alla Corte (su ciò v. il § 8).

È poi da ricordare che, in base all'art. 11, co. 2, d.l. 112/2008, il "piano casa"[45] è rivolto, fra l'altro, a «immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione». Si tratta di una norma derogatoria rispetto a quella generale contenuta nell'art. 40, co. 6[46], t.u. immigrazione (nel senso che si applica in relazione agli interventi operati in attuazione dell'art. 11 d.l. 112/2008[47]), ma ciò non toglie che il requisito censurato dalla Corte fosse utilizzato anche a livello statale. Dunque, rispetto ad altri recenti casi di discriminazione indiretta, che si segnalavano per la "singolarità" delle norme regionali censurate dalla Corte (v. le sentt. 107/2018, in materia di asili nido, e 254/2019, in materia di edilizia di culto), la sent. 44/2020 ha un "impatto" maggiore, perché colpisce un requisito utilizzato da molte regioni e anche a livello statale.

___

norme regionali che pongono requisiti di residenza prolungata v. F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali*, Napoli 2011, 204 ss.

[45] Art. 11: «1. Al fine di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana, è approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, un piano nazionale di edilizia abitativa. 2. Il piano è rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale, da realizzare nel rispetto dei criteri di efficienza energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti, con il coinvolgimento di capitali pubblici e privati, destinate prioritariamente a prima casa per: […]».

[46] «Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica».

[47] Attuazione andata a rilento, come risulta dalla deliberazione della Corte dei conti, sez. centrale di controllo, n. 20/2011: «visto che le attese finali riposte nella previsione del Programma straordinario e del Piano casa si sono mostrate di incerta o molto lenta realizzazione, il giudizio sulle modalità e tempi di attuazione di tali iniziative, sia pure tutto sommato rispettosi delle prescrizioni di legge relative alla loro gestione, non può essere positivo sotto l'aspetto dell'efficacia, efficienza ed economicità della spesa pubblica all'uopo destinata»: § 7 a p. 48.

La seconda ragione per cui la sent. 44/2020 appare importante è che, in materia di accesso all'ERP, la giurisprudenza costituzionale presentava significative oscillazioni. Addirittura, l'ord. 32/2008 aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione *ex* art. 3 Cost., con riferimento alla *stessa* norma adottata dalla *stessa* Regione Lombardia, e anche le sentt. 222/2013[48] e 106/2018 potevano essere invocate a sostegno di una pronuncia di rigetto (v. § 7.2). Dunque, la Corte ha dovuto sciogliere un'incertezza e prendere una posizione: l'ha fatto in modo chiaro, seppur senza confrontarsi espressamente con i propri precedenti divergenti[49].

7. L'incostituzionalità del requisito di residenza protratta per l'accesso all'ERP

7.1 La norma censurata

Prima di analizzare il contenuto della pronuncia della Corte, è opportuno inquadrare meglio la norma censurata. Come visto, il requisito di residenza protratta per l'accesso all'ERP[50] è "diffuso" nelle regioni italiane, ma nella regione Lombardia esso presentava le seguenti caratteristiche: a) era richiesto a tutti i potenziali beneficiari (senza distinguere, dunque, tra italiani, cittadini Ue e stranieri)[51]; b) il periodo di residenza (o occupazione) ultraquinquennale doveva essere continuativo, per cui avrebbe perso il diritto di chiedere un alloggio ERP anche il lombardo che, pur risiedendo in regione dalla nascita, avesse spostato (nell'ultimo quinquennio) fuori regione la residenza, ad es., per sei mesi per ragioni di studio (salvo riacquistare il diritto dopo cinque anni di residenza in re-

[48] Che si segnala per la "dissociazione" fra relatore (Frigo) e redattore (Lattanzi).

[49] Si tratta verosimilmente di una *scelta* compiuta nella redazione della motivazione. Infatti, a differenza di altri casi, in cui la Corte ha espressamente riferito le precedenti oscillazioni e si è orientata in un determinato senso (v. ad es. la nota sent. 171/2007, che per la prima volta ha annullato un decreto-legge per difetto dei presupposti di necessità e urgenza dopo aver riferito e superato le incertezze della stessa Corte in relazione alla «eventuale efficacia sanante della legge di conversione»: punto 5 del *Diritto*), la Corte – nel punto centrale della motivazione – si è limitata a citare due propri precedenti che confortavano la pronuncia di accoglimento: «Se infatti non vi è dubbio che la *ratio* del servizio è il soddisfacimento del bisogno abitativo, è agevole constatare che la condizione di previa residenza protratta dei suoi destinatari non presenta con esso alcuna ragionevole connessione (sentenze n. 166 del 2018 e n. 168 del 2014)».

[50] Sull'equivalenza fra ERP e i «servizi abitativi pubblici» di cui all'art. 22 l.r. 16/2016 v. l'art. 43, co. 10, l.r. 16/2016.

[51] Peraltro, fra le altre regioni solo la Sicilia e la Sardegna differenziano gli stranieri dagli altri richiedenti quanto al requisito di "radicamento".

gione); c) la stanzialità non fungeva solo da requisito di accesso ma anche da titolo di preferenza, in quanto l'art. 23, co. 10, lett. d), l.r. 16/2016 prescrive di tener conto, ai fini della graduatoria, «del periodo di residenza nel comune dove è localizzata l'unità abitativa da assegnare e della durata del periodo di residenza in Regione»[52].

7.2 Il thema decidendum e la giurisprudenza costituzionale in materia

Il giudice *a quo* ha opportunamente incentrato la questione sull'art. 3 Cost., senza denunciare la violazione del nucleo minimo del diritto all'abitazione (v. § 7.5) o l'irragionevolezza del bilanciamento tra diritto all'abitazione ed esigenze finanziarie[53]. In effetti, il caso di specie non era strettamente connesso al tema del bilanciamento tra diritti sociali e esigenze finanziarie: nel caso dell'ERP la limitatezza delle risorse si traduce nell'assegnazione di alloggi in ragione della loro disponibilità, sulla base di una graduatoria, mentre il requisito della residenza ultraquinquennale in regione non garantisce alcun risparmio ma produce solo l'effetto di escludere *a priori* dall'ERP chi è privo del requisito. A riprova di ciò, si può osservare che l'accoglimento della questione non implica alcun maggior esborso a carico dei bilanci comunali: l'effetto diretto è solo di legittimare i soggetti precedentemente esclusi a presentare domanda, mentre l'effetto indiretto è quello di escludere dall'assegnazione alcuni residenti ultraquinquennali a favore di residenti infraquinquennali.

Dunque, il baricentro della questione era la legittimità della deroga al principio di uguaglianza: la mancanza della residenza ultraquinquennale in regione rappresentava una ragionevole causa di esclusione dall'ERP?

La giurisprudenza prevalente della Corte conduceva alla risposta negativa. Infatti, in relazione ai limiti alle prestazioni sociali, la Corte – a partire dalla senten-

---

[52] Tale norma è stata attuata dall'art. 12 del regolamento attuativo n. 4 del 2017 e dal relativo allegato 1: il risultato è una notevole valorizzazione della stanzialità perché i residenti da lungo tempo nel comune (ove si trova l'alloggio da assegnare) e nella regione ricevono punteggi alti, tali punteggi sono cumulabili e, a parità di punteggio complessivo, i primi criteri di priorità sono la maggiore durata della residenza nel comune e nella regione, e non le condizioni di disagio (familiare, abitativo ed economico): v. l'allegato 1, p. 8, e l'art. 12, co. 3, del regolamento.

[53] La giurisprudenza costituzionale (ad es. sent. 166/2018) ha chiarito che «il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali in ragione della limitatezza delle risorse destinate al loro finanziamento», ma «la scelta legislativa non è esente da vincoli di ordine costituzionale», che sono i seguenti: a) il rispetto dei vincoli europei; b) il principio di ragionevolezza, che richiede un collegamento tra il limite previsto e la *ratio* della prestazione; c) il rispetto del nucleo minimo del diritto.

za "capostipite" n. 432/2005 – ha censurato costantemente le norme che prevedevano requisiti scollegati rispetto alla *ratio* del servizio e ha annullato numerose volte le norme che ponevano la "barriera" della residenza protratta[54].

Cominciando dalle pronunce più recenti, la Corte ha annullato l'art. 11, comma 13, del d.l. 112/2008, dichiarando «palesemente irragionevole e sproporzionato» il requisito della residenza almeno quinquennale nella medesima regione, previsto dalla norma citata a carico dei soli stranieri (in alternativa alla residenza almeno decennale nel territorio nazionale) per poter usufruire dei contributi integrativi per il pagamento dei canoni di locazione ("bonus affitti": sent. 166/2018); ha dichiarato illegittima una norma legislativa della Regione Veneto che riconosceva un «titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido» ai «figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che prestino attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni» (sent. 107/2018); ha considerato incostituzionale una legge valdostana che annoverava, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente» (sent. 168/2014[55]); ha annullato una norma della Provincia di

---

[54] La letteratura in materia è vasta: mi limito a rinviare, anche per ulteriori citazioni, a F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste 2019, 180 ss.; C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *le Regioni*, 5-6/2018, 1170; D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in www.dirittiregionali.it, n. 2/2018, 28.8.2018; M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *le Regioni*, 5-6/2018, 1138 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 56 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino 2013, in part. 54 ss., 133 ss. e 209 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti e l'eguaglianza*, in *Questione giustizia*, 2009, 87 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *le Regioni*, 2008, 1099 ss. Per contributi più generali v., ad es., A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, e A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, entrambi in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma 2011, 15 ss. e 96 ss.

[55] La Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, lettera *b*), della legge della Regione Valle d'Aosta n. 3 del 2013, nella parte in cui indica, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente», per violazione dell'art. 3 e dell'art. 117, primo comma, Cost. in riferimento all'art. 21, paragrafo 1, del TFUE, all'art. 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, nonché all'art. 11, paragrafo 1, lettera *f),* della direttiva 2003/109/CE».

Trento che richiedeva ai cittadini italiani e dell'Ue la residenza triennale per beneficiare dell'assegno di cura (sent. 172/2013[56]) e agli stranieri extracomunitari il possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (sent. 172/2013); ha annullato una norma della Regione Trentino-Alto Adige che richiedeva, quale condizione per l'erogazione ai cittadini stranieri extracomunitari dell'«assegno regionale al nucleo familiare per i figli ed equiparati», il «possesso della residenza in regione da almeno cinque anni» (sent. 133/2013); ha annullato una norma della Regione Calabria nella parte in cui, con riguardo ai cittadini extracomunitari, limitava l'accesso al Fondo regionale per la non autosufficienza ai soli soggetti che, oltre a risiedere in Calabria, erano in possesso della carta di soggiorno (sent. 4/2013); ha annullato norme della Provincia di Bolzano che richiedevano agli stranieri extracomunitari «un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza e dimora stabile in provincia di Bolzano» per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale aventi «natura economica», alle «agevolazioni per la frequenza di una scuola fuori della provincia di Bolzano» e alle «prestazioni di natura economica per il diritto allo studio universitario» (sent. 2/2013[57]); ha annullato una norma della Provincia di Bolzano che richiedeva ai cittadini dell'Unione europea la residenza ininterrotta per un anno nella Provincia per usufruire delle sovvenzioni previste per l'apprendimento delle lingue straniere (sent. 2/2013); ha annullato una norma del Friuli-Venezia Giulia che rendeva accessibile il sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione soltanto ai cittadini comunitari ivi residenti «da almeno trentasei mesi» (sent. 40/2011[58]); ha annullato una norma della Lombardia che non includeva i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili (sent. 432/2005[59]).

---

[56] «[N]on è dato riscontrare proprio tale ragionevole correlazione tra l'impugnato presupposto di ammissibilità al beneficio (residenza protratta nel tempo) e gli altri peculiari requisiti (situazione di bisogno e di disagio anche economico riferibili direttamente alla persona non autosufficiente in quanto tale), che costituiscono le condizioni di fruibilità della provvidenza in esame».

[57] «Se la necessità del concorso rende legittima la previsione di forme di graduazione tra gli aventi diritto, esse devono tuttavia sempre avere un nesso con il bisogno e la meritevolezza dello studente: il che non può dirsi per la durata della residenza in Provincia».

[58] Sulla quale v. F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *le Regioni*, 2011, 1257 ss.

[59] Commentata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *le Regioni*, 2006, 510 ss. (519: l'art. 3 Cost. richiede «la coerenza tra la discriminazione effettuata e gli

Tale orientamento è stato precisato con la sent. 222/2013[60], che ha dato rilievo alla «dimensione regionale» in relazione alle provvidenze legate non ai bisogni della persona ma al «sostegno dei membri della comunità»[61]. Proprio in relazione all'edilizia residenziale pubblica, però, nella giurisprudenza costituzionale si trovano talora affermazioni di segno diverso (sentt. 106/2018[62] e 222/2013 e ord.

---

obiettivi perseguiti dalla norma rispetto alla quale la differenziazione è introdotta»). Sull'illegittimità dell'esclusione dello straniero dai benefici assistenziali v. anche il filone di sentenze riguardante l'art. 80, co. 19, l. 388/2000 e F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare*, cit.

[60] Sulla quale v. D. MONEGO, *La «dimensione regionale» nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *le Regioni*, 2014, 244 ss.

[61] In base a tale criterio, la sent. 222/2013, da un lato, ha annullato una norma friulana «nella parte in cui per il solo straniero subordina l'accesso ai benefici [di vario tipo] al requisito della residenza in Italia da non meno di cinque anni», per violazione dell'art. 3 Cost., e norme friulane relative al «contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale» e al diritto allo studio, «nella parte in cui tali disposizioni subordinano l'accesso alle prestazioni sociali da esse regolate al requisito della residenza nel territorio regionale da almeno 24 mesi, e non al solo requisito della residenza nella Regione»; dall'altro, ha fatto salve le norme del Friuli-Venezia Giulia che fissavano il requisito della residenza nel territorio regionale da almeno 24 mesi, con riferimento agli assegni di sostegno alla natalità (anche la sent. 141/2014 ha fatto salvo il requisito della residenza biennale per il c.d. bonus bebè: «non è irragionevole la previsione regionale che si limiti a favorire la natalità in correlazione alla presenza stabile del nucleo familiare sul territorio, senza che vengano in rilievo ulteriori criteri selettivi concernenti situazioni di bisogno o disagio, i quali non tollerano di per sé discriminazioni»), all'accesso ad abitazioni in locazione, al sostegno in caso di contrazione del reddito familiare, alla fruizione di beni e servizi e all'eventuale riduzione di imposte e tasse per mezzo della "Carta Famiglia" e per mezzo di *vouchers* volti a favorire il reinserimento lavorativo dei genitori, agli interventi di edilizia convenzionata ed agevolata.

[62] La sent. 106/2018, pur annullando una norma ligure che richiedeva, per l'accesso all'ERP, la residenza «da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale», per violazione della direttiva 2003/109/CE e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, e pur precisando che il diritto sociale all'abitazione «è diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato», ha premesso che «questa Corte, in altre occasioni, ha affermato che le politiche sociali delle Regioni ben possono richiedere un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola residenza (sentenza n. 432 del 2005; ordinanza n. 32 del 2008); e, in linea con tale affermazione, ha argomentato che l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, ag-

32/2008). Nella sent. 44/2020 la Corte, come accennato, ha aderito al filone prevalente senza confrontarsi con questi precedenti di segno opposto. L'implicita "presa di distanza" della Corte è comunque condivisibile per due ragioni.

La prima è che le tre pronunce citate (che hanno "avallato" il requisito della residenza protratta per l'accesso all'ERP) trovano la propria origine nel travisamento di un precedente, cioè della sent. 432/2005, che, in realtà, come detto, è la "capostipite" dell'orientamento maggioritario[63]. Tale pronuncia ha annullato una norma regionale che discriminava gli stranieri osservando che, «mentre la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio – a conclusioni diverse deve pervenirsi per la cittadinanza». Dunque, la sent. 432/2005 non ha affatto avallato i requisiti di residenza prolungata ma solo il criterio della residenza *tout court.* L'origine del travisamento si ha con l'ord. 32/2008[64], che ha fatto salva proprio una norma legislativa in tema di ERP, uguale all'art. 22, co. 1, lett. b) l.r. 16/2016, basandosi esclusivamente sul rinvio a due precedenti: la sent. 432/2005 (che, come visto, è stata travisata) e la sent. 493/1990, che risulta non del tutto pertinente[65]. Questa cop-

---

gravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia. Ma ciò sempreché un tale più incisivo radicamento territoriale, richiesto ai cittadini di paesi terzi ai fini dell'accesso alle prestazioni in questione, sia contenuto entro limiti non arbitrari e irragionevoli (sentenza n. 222 del 2013)». Inoltre, la sent. 106/2018 ha escluso che la norma regionale censurata si potesse giustificare con l'art. 11 d.l. 112/2008 osservando che «[t]ale normativa, nell'includere gli "immigrati regolari a basso reddito" tra le categorie di soggetti che possono beneficiare del "Piano casa", richiede bensì, per gli stessi, una residenza "da almeno dieci anni nel territorio nazionale", ma ciò – diversamente dalla odierna legge della Regione Liguria – come requisito (non già cumulativo, bensì) solo "alternativo" rispetto al requisito, di per sé sufficiente, della residenza "da almeno cinque anni nella medesima regione": dunque, la sent. 106/2018 pareva "avallare" il requisito della residenza ultraquinquennale in regione.

[63] Infatti, è citata in quasi tutte le sentenze sopra menzionate, che hanno censurato i requisiti di residenza protratta.

[64] Criticata da A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti e l'eguaglianza*, cit., 97, che parla di «manipolazione dei precedenti», e da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *le Regioni*, 2008, 611 ss.

[65] La sent. 493/1990 si è pronunciata su una norma siciliana contestata nella parte in cui non includeva il limite massimo del reddito fra i requisiti per l'inserimento nella graduatoria degli aspiranti alla assegnazione di un alloggio eseguito con la contribuzione pubblica. Essa, dunque, si sofferma sul requisito della residenza protratta solo incidentalmente e, inoltre, la norma censurata non riguardava gli «usuali programmi di edilizia sovvenzionata, che hanno normalmente come scopo principale quello di fornire un'abitazione, ovvero un'abitazione più adeguata, a nuclei familiari che non hanno risorse eco-

pia di precedenti (sent. 432/2005 e ord. 32/2008) è stata poi ripresa dalle sentt. 222/2013 e 106/2018, che contengono – a sostegno dell'ammissibilità del requisito della residenza protratta per l'accesso all'ERP – argomenti ulteriori[66].

La sent. 168/2014 prova a conciliare i due filoni, citando la sent. 222/2013 (là dove ammette il requisito di residenza protratta) ma ribadendo anche il criterio del nesso tra il limite introdotto e la situazione di bisogno. In realtà, la conciliazione appare difficile, perché lo sbarramento della residenza protratta impedisce *a priori* di prendere in considerazione anche le situazioni di maggior bisogno.

La seconda ragione è che gli argomenti utilizzati dalla sent. 222/2013 (e ripresi dalla sent. 106/2018) appaiono poco convincenti. Il primo argomento[67] non persuade sia perché scardina le fondamenta dello Stato costituzionale unitario (v. il § 8) sia per una sorta di contraddizione interna: se un bene è «di primaria importanza», l'accesso ad esso non può essere consentito solo alla fine del percorso di integrazione del soggetto presso la comunità locale[68]. Se il servizio abitativo è una prestazione «essenziale», che fa fronte a «necessità elementari» e che serve «a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (v. la citata sent. *Kamberaj* e la giurisprudenza costituzionale citata nel punto 3 della sent. 44/2020[69]), pare inaccettabile che le regioni richiedano una particolare integrazione presso la comunità locale, perché quel servizio attiene alla dimensione intima della persona e allo svolgimento della sua personalità in un nucleo familiare separato dall'esterno (formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.): ferma restando la possibilità di una disciplina nazionale relativa agli stranieri (v. § 8).

---

nomiche sufficienti per provvedervi autonomamente», ma una legge che aveva «l'obiettivo del completo risanamento di alcune zone del territorio del Comune di Messina, con l'abbattimento e la sostituzione di tutte le abitazioni precarie o degradate ancora esistenti».

[66] Vedili riportati nella nota 62. È significativo che la sent. 222/2013 citi la sent. 432/2005 prima *contro* il requisito di residenza protratta (punto 6) e poi *a favore* (punto 10, tramite la citazione dell'ord. 32/2008).

[67] «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale».

[68] V. anche F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 212.

[69] V. poi il d.m. 22 aprile 2008 («L'alloggio sociale si configura come elemento essenziale del sistema di edilizia residenziale sociale costituito dall'insieme dei servizi abitativi finalizzati al soddisfacimento delle esigenze primarie») e l'art. 11, co. 7, d.l. 112/2008 (che parla di «servizio abitativo finalizzato al soddisfacimento di esigenze primarie»).

Quanto al secondo argomento (l'esigenza di stabilità o di "radicamento")[70], si tratta della giustificazione addotta – a difesa della norma censurata - dalla Regione Lombardia nel giudizio deciso dalla sent. 44/2020, che l'ha respinta con considerazioni difficilmente confutabili (v. § 7.3).

La sent. 44/2020 si è dunque collocata nella scia dell'orientamento prevalente, in particolare di tre decisioni dell'ultimo periodo che pure avevano censurato norme contemplanti requisiti di residenza protratta: due sempre in materia di alloggi (166/2018 e 168/2014) e una in materia di asili-nido (107/2018).

7.3 La decisione della Corte

Il risultato maggiore della sent. 44/2020 è già stato sottolineato (§ 6): essa supera le precedenti oscillazioni in tema di requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP, non solo per l'esito di accoglimento ma anche per la nettezza di alcuni passaggi della motivazione.

A questo proposito viene in rilievo soprattutto la parte della pronuncia che "smonta" l'argomento della stabilità del richiedente, addotto dalla Regione a giustificazione della norma censurata e utilizzato anche in due precedenti della Corte[71] per far salvi i requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP[72]. La sent. 44/2020 afferma in modo chiaro che: a) la residenza protratta in regione «non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale»: «evitare il "rischio di instabilità" del beneficiario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica» è un «obiettivo che dovrebbe invece essere perseguito avendo riguardo agli indici di probabilità di permanenza per il futuro», più che ad una situazione passata[73]; b) comunque, «[l]a prospettiva della stabilità

---

[70] «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, […] per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia».

[71] Sentt. 106/2018 e 222/2013.

[72] Un altro argomento talora speso a sostegno del requisito di residenza protratta è quello del "contributo pregresso" al sistema di *welfare* regionale, nel senso che le prestazioni sociali dovrebbero essere riservate a chi ha contribuito in passato, con il pagamento dei tributi, al sostegno della comunità: ma la sent. 107/2018 della Corte costituzionale ha dimostrato con numerosi argomenti che si tratta di una giustificazione del tutto fallace.

[73] Sul tema v. F. BIONDI DAL MONTE, *Radicamento territoriale e accesso dei minori agli asili nido*, in *Studium juris*, 2019, 449: «potrebbero invece essere esplorati altri possibili criteri di accesso al welfare basati sul legame di fatto tra l'individuo e la comunità, finalizzati ad esempio a rilevare la stabilità della presenza su quel territorio con uno sguardo rivolto non soltanto al passato, e cioè alla durata della residenza fino a quel momento

può rientrare tra gli elementi da valutare in sede di formazione della graduatoria […] ma non può costituire una condizione di generalizzata esclusione dall'accesso al servizio», cioè non può fungere da soglia di accesso[74].

Il primo assunto era già emerso nella giurisprudenza costituzionale[75] e soprattutto in quella europea[76] e pare difficilmente confutabile: è chiaro, ad es., che un venticinquenne senza lavoro e figli, da sempre residente in regione, offre meno garanzie di stabilità rispetto a un neoresidente che ha determinati legami col territorio (lavoro stabile, frequenza di corsi universitari o di formazione, figli frequentanti scuole in zona ecc.)[77]. Il secondo assunto, invece, pare rappresentare una novità[78]: la Corte esclude che il "radicamento territoriale" possa fungere da soglia di accesso, in quanto si negherebbe qualsiasi rilievo al bisogno del richiedente. Ciò conduce a negare compatibilità costituzionale a qualunque requisito di accesso incentrato sul "radicamento territoriale" del soggetto, anche se di breve durata. Del resto, la sent. 44/2020 non dà mai rilievo all'entità del periodo di residenza richiesto ai fini dell'illegittimità della norma regionale censurata e ribadisce quanto già osservato nella sent. 107/2018, cioè che il requisito della residenza

---

maturata, ma anche, in prospettiva futura (es. numero di figli, bambini in età scolare che frequentano le scuole della Regione, tipologia di contratto lavorativo, frequenza di un corso universitario, ecc.)».

[74] Anche la sent. 168/2014 nota che il requisito della residenza prolungata era presupposto di ammissione all'ERP e non «mera regola di preferenza». Si può aggiungere che pare paradossale porre una condizione di stabilità per l'accesso all'ERP, quando è la stessa assegnazione dell'alloggio che garantisce una certa stabilità del soggetto.

[75] V. esplicitamente le sentt. 166/2018 e 222/2013 e, implicitamente, la sent. 168/2014.

[76] La Corte di Giustizia ha censurato i requisiti di residenza pregressa quando il criterio adottato era «troppo esclusivo», potendo sussistere altri elementi rivelatori del «nesso reale» tra il richiedente e lo Stato: ad es. sent. 26 febbraio 2015, C–359/13, *B. Martens contro Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap*, e sent. 21 luglio 2011, C-503/09, *Stewart c. Secretary of State for Work and Pensions*.

[77] Si può anche aggiungere che più significativa ai fini della stabilità sarebbe la residenza protratta nel *comune* o comunque nell'ambito territoriale in cui è situato l'alloggio, perché essa sarebbe indice perlomeno di legami sociali nella zona, mentre la residenza protratta nella *regione* può implicare legami sociali (parenti, amici) a notevole distanza dal luogo dell'alloggio.

[78] La sent. 166/2018 ha annullato il requisito della residenza almeno quinquennale nella medesima regione per il "bonus affitti" ma pare ammettere che un altro indice di radicamento sia condizione di accesso: «[r]esta ferma ovviamente la possibilità che il legislatore individui altri indici di radicamento territoriale e sociale a cui *subordinare* l'erogazione del sostegno al canone di locazione ed altri sussidi per l'alloggio, nei limiti imposti dal principio di non discriminazione e di ragionevolezza» (enfasi aggiunta).

protratta integra di per sé una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente). In effetti, sotto questo profilo la norma censurata risultava più "arretrata" della legge Crispi n. 6972/1890 sulle Ipab, in base alla quale il «povero» manteneva il «domicilio di soccorso» nel comune *a quo*, fino all'acquisto di esso nel comune *ad quem* (art. 72)[79].

7.4 La sent. 44/2020 e l'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione

È ora il momento di dedicare qualche parola all'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione, in base al quale «[g]li stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica […]».

Si tratta di una norma che il giudice *a quo* non ha invocato come parametro, benché possa essere considerata un livello essenziale di una prestazione sociale, in relazione agli stranieri[80]: il che avrebbe forse consentito di ipotizzare un contrasto tra la norma regionale censurata (che derogava *in pejus* al livello essenziale) e l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Inoltre, la Corte non ha utilizzato l'art. 40, co. 6, a sostegno della irragionevolezza della norma regionale (verosimilmente in quanto l'art. 40 riguarda solo gli stranieri), benché in passato avesse attribuito specifico rilievo, ai fini del sindacato di ragionevolezza, al contrasto tra le norme regionali e quelle del t.u. immigrazione, censurando una legge lombarda che escludeva gli stranieri da un beneficio in materia di trasporto pubblico, in dif-

---

[79] Su ciò V. F. CORVAJA, *Lo straniero nella città: la cittadinanza amministrativa*, in F. Pizzolato – A. Scalone – F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino 2019, 140 s.

[80] Il primo «livello normativo» dell'ERP riguarda la «determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti» e in «tale determinazione – che, qualora esercitata, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. – si inserisce la fissazione di principi che valgano a garantire l'uniformità dei criteri di assegnazione su tutto il territorio nazionale»: sent. 121/2010. Sul tema del rapporto tra diritti e potere amministrativo v. ad es. A. D'ALOIA, *Il Giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la "maschera" dell'interesse legittimo*, in P. Bonetti – A. Cassatella – F. Cortese – A. Deffenu – A. Guazzarotti (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino 2012, 578: «l'interesse legittimo appare tutt'altro che incompatibile con la nozione di diritto fondamentale (costituzionale), anzi può essere una sua manifestazione, quando il diritto fondamentale incontra l'esercizio del potere amministrativo».

formità dall'art. 41 t.u., in quanto priva di una «trasparente e razionale "causa giustificatrice", idonea a "spiegare", sul piano costituzionale, le "ragioni" poste a base della deroga» (sent. 432/2005)[81]: così come era priva di una causa giustificatrice la deroga apportata all'art. 40, co. 6, t.u. imm. dalla norma lombarda annullata dalla sent. 44/2020, per le ragioni già viste.

7.5 L'art. 40, co. 1 e 6, t.u. imm: nucleo minimo e livello essenziale del diritto all'abitazione

Non è raro che in dottrina (e anche in giurisprudenza) i concetti di nucleo minimo del diritto e livello essenziale della prestazione vengano confusi: essi vanno in realtà distinti, benché la nostra Costituzione (a differenza di altre: v. l'art. 19, par. 2, GG[82] e l'art. 53 Cost. spagnola) menzioni solo il secondo nell'art. 117, secondo comma, lett. m). Il nucleo minimo del diritto fondamentale è un limite che la Costituzione (implicitamente) pone alla scelta del legislatore: questo può bilanciare e differenziare ragionevolmente quello che "sta sopra" il nucleo minimo ma deve rispettare il nucleo stesso (v. ad es. le sentt. Corte cost. 55/2019, in materia di indennizzo per sindrome da talidomide, 20/2019, in materia di diritto alla trasparenza amministrativa, 275/2016[83], in materia di trasporto degli studenti disabili,

---

[81] Sent. 432/2005: «Questa disposizione [art. 41] – al pari delle altre contenute nel medesimo testo unico – costituisce, a norma dell'art. 1, comma 4, del medesimo decreto legislativo n. 286 del 1998, principio fondamentale "ai sensi dell'art. 117 della Costituzione" (ovviamente nel testo allora vigente) "nelle materie di competenza legislativa delle regioni", fra le quali rientra quella del trasporto regionale. Un principio, dunque, il quale – al di là del diverso risalto che ad esso può annettersi nel quadro della nuova distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni – ben può essere richiamato come necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare l'odierno scrutinio di ragionevolezza; e ciò in quanto, proprio avuto riguardo al rilievo generale che quel principio continua a svolgere nel sistema, qualsiasi scelta del legislatore regionale che introducesse rispetto ad esso regimi derogatori – come senz'altro è avvenuto nella disposizione oggetto di impugnativa – dovrebbe permettere di rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale "causa giustificatrice", idonea a "spiegare", sul piano costituzionale, le "ragioni" poste a base della deroga. […] Non essendo, quindi, enucleabile dalla norma impugnata altra *ratio* che non sia quella di introdurre una preclusione destinata a scriminare, dal novero dei fruitori della provvidenza sociale, gli stranieri in quanto tali, ne deriva la illegittimità costituzionale *in parte qua* della norma stessa, per violazione dell'art. 3 della Costituzione». Su tale punto della sent. 432/2005 v. F. CORVAJA, *Quanto eguali?*, cit., 157.

[82] «In no case may the essence of a basic right be affected».

[83] La Corte costituzionale ha annullato una norma legislativa regionale in quanto rendeva incerto il finanziamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, osservando

87/2013, in materia di indennità di malattia del lavoratore sottoposto a dialisi). Tale limite viene presidiato dalla Corte costituzionale e anche dal giudice ordinario, ritenendosi che la p.a. non abbia il potere di incidere sul nucleo minimo dei diritti fondamentali[84].

I livelli essenziali delle prestazioni rappresentano, invece, il contenuto di una scelta del legislatore statale e un limite che esso pone al legislatore regionale e alla p.a.[85]. Si tratta di una competenza esclusiva statale prevista al fine di conciliare l'uguaglianza tra i privati con l'autonomia degli enti territoriali (sentt. 282/2002 e 88/2003[86]). Il nucleo minimo va garantito (dai giudici) a prescindere da conside-

---

che la discrezionalità del legislatore trova un «limite invalicabile nel "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» (sent. 275/2016, nella quale si afferma, fra l'altro, che «[è] la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»). Per fare un altro esempio, la sent. 309/1999 ha dichiarato l'illegittimità della norma legislativa che non prevedeva «forme di assistenza sanitaria gratuita» a favore dei cittadini italiani indigenti che si trovavano temporaneamente all'estero per motivi diversi dal lavoro. Anche in questo caso la Corte ha invocato il «nucleo irriducibile del diritto alla salute». V. anche la sent. 67/1990 in materia di diritto alla difesa.

[84] Non esistendo un potere amministrativo, il giudice ordinario può ordinare un *non facere* o un *facere* alla p.a., come è stato confermato dalla Cassazione soprattutto in materia di diritto alla salute: v. ad es. Cass., s.u., 8.11.2006, n. 23735, in materia di elettrodotti. Sul tema v., ad es., A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, e G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, entrambi in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli 2013, 162 ss., 178 ss. e 425 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino 2017, 54 ss.; F. URBANI, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Corr. giur.*, 2017, 649 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2016, 120 ss.

[85] V. ad es. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino 2010, 60 ss.: «i "lep" si affermano *mediante* la legge, il "contenuto essenziale" (di solito) *contro* la legge» (64); v. anche R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 43 s.

[86] «L'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei

razioni di ordine finanziario, i livelli essenziali vanno determinati (dal legislatore) tenendo conto delle risorse disponibili[87]. Detto ciò, l'art. 40 differenza l'accesso degli stranieri all'ERP sia rispetto alle prestazioni abitative "di emergenza" (per le quali basta lo *status* di straniero regolarmente soggiornante)[88] sia rispetto alle altre prestazioni sociali (per le quali basta il «permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno»: art. 41 t.u. imm.[89]), richiedendo uno *status* che garantisca una certa stabilità e una certa integrazione nella comunità nazionale (carta di soggiorno o permesso di soggiorno almeno biennale unito ad una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo)[90].

Questo approccio al tema dell'alloggio pare condivisibile: se è vero che il diritto all'abitazione è un diritto inviolabile, pare necessario distinguere – come per altri diritti inviolabili – il nucleo minimo del diritto da quello che "sta sopra". La sistemazione temporanea in un centro di accoglienza[91] soddisfa il nucleo minimo

---

diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto».

[87] La differenza tra nucleo minimo e LEP emerge dallo stesso dPCm 12.1.2017, che definisce i LEA sanitari: v. ad es. l'art. 4, co. 2 (che prevede prestazioni che difficilmente si possono ricondurre al nucleo minimo del diritto), e l'art. 63, che prevede prestazioni "minime" spettanti anche agli stranieri irregolari. Sui LEP v. ad es. L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 103 ss.; M. CARTABIA, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro su "Livelli essenziali delle prestazioni e condizione giuridica dello straniero"*, in AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo*, cit., 543 ss.; C. PANZERA, *op. cit.*, 57 ss. Sul nucleo minimo v. anche A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 592 ss.

[88] Art. 40, co. 1: «Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni e con le associazioni e le organizzazioni di volontariato predispongono centri di accoglienza destinati ad ospitare, anche in strutture ospitanti cittadini italiani o cittadini di altri Paesi dell'Unione europea, stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza». La sent. 61/2011 ha fatto salva una legge regionale che estendeva i centri di accoglienza agli stranieri irregolari.

[89] Peraltro tale norma è stata implicitamente modificata dall'art. 80, co. 19, l. 388/2000, oggetto di plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale: su ciò v. ad es. A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano*, Torino 2018, 162 ss.

[90] Sull'art. 40 t.u. imm. v. ad es. A. RANDAZZO, *Il "diritto all'abitare" al tempo delle migrazioni*, in *Dirittifondamentali.it*, 3.3.2019, § 6.

[91] Art. 40, co. 3: «Per centri di accoglienza si intendono le strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché, ove possibile, all'offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all'assistenza so-

del diritto all'abitazione, mentre l'assegnazione dell'alloggio ERP attua in modo completo il diritto inviolabile al bene primario dell'abitazione[92]. A sostegno di tale assunto si può richiamare l'art. 31 della Carta sociale europea[93], che, menzionando il concetto di *housing of an adequate standard* e di *homelessness*, potrebbe essere utilizzato per individuare il nucleo minimo del diritto all'abitazione, consistente nel diritto di avere una sistemazione salubre e fornita degli elementi essenziali[94].

Se si volesse sostenere che "abitazione" è solo un alloggio vero e proprio e non il centro di accoglienza, e che dunque la negazione dell'alloggio ERP viola il nucleo minimo del diritto, occorrerebbe accettare le seguenti conseguenze: a) sussisterebbe un diritto incomprimibile all'alloggio ERP, che chiunque potrebbe far valere davanti al giudice ordinario e che dovrebbe essere assicurato a prescindere da ogni considerazione di natura finanziaria; b) l'ERP ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 2, co. 1, t.u. imm.[95] e, dunque, dovrebbe essere accessibile

---

cio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero».

[92] V. la stessa sent. 44/2020, punto 3.

[93] Article 31 – *The right to housing*. «With a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed: 1. to promote access to housing of an adequate standard; 2. to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination; 3. to make the price of housing accessible to those without adequate resources».

[94] V. l'*Explanatory Report* all'art. 31 della Carta: «By housing of an "adequate standard" is meant housing which is of an acceptable standard with regard to health requirements». Sull'art. 31 v. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 87 ss. Sui casi in cui l'art. 31 è stato applicato dal Comitato europeo dei diritti sociali, anche con riferimento ai campi rom in Italia, v. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione*, cit., § 3.1; M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubblico*, 2014, 179 ss.; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in , in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 504 ss. In generale sull'attuazione del diritto all'abitazione v. ad es. F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*, in www.questionegiustizia.it, 27.7.2018; A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?*, in *Istituzione del Federalismo*, 2019, 207 ss.

[95] «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale gene-

anche da parte degli stranieri irregolari. L'inaccettabilità di tali conseguenze pare costituire una conferma del fatto che la distinzione tra centri di accoglienza e alloggi ERP (operata dall'art. 40 t.u. imm.) risulta condivisibile: dunque, all'interno dell'art. 40 il comma 1 riguarda il nucleo minimo del diritto, mentre il comma 6 fissa un livello essenziale della prestazione abitativa in relazione agli stranieri.

8. Conclusioni: la sent. 44/2020 fra "cittadinanza regionale" e "radicamento nazionale"

L'affermazione nuova (§ 7.3) compiuta dalla sent. 44/2020 solleva un dubbio: la condizione di "radicamento" posta dall'art. 40, co. 6, t.u. imm. è diventata "a rischio" di incostituzionalità a seguito della sent. 44/2020? La lettera di tale pronuncia (secondo la quale la prospettiva di stabilità non può fungere da soglia di accesso, perché si negherebbe qualsiasi rilievo al bisogno del richiedente) potrebbe legittimare la risposta positiva ma una riflessione ulteriore induce a ritenere poco probabile che la Corte accolga un'eventuale questione sollevata sull'art. 40, co. 6, t.u. imm. per il fatto che esso esclude stranieri regolari solo perché non soddisfano i requisiti fissati dalla norma, a prescindere dal bisogno.

Nella sent. 44/2020 la Corte si è trovata di fronte a una norma regionale che escludeva dall'ERP *tutti* i soggetti privi del requisito di residenza protratta (compresi gli italiani e i cittadini Ue); cioè, ad una legge con cui la Regione in sostanza "degradava" una buona parte dei propri residenti, "a protezione" della parte restante, incrinando la struttura unitaria dell'ordinamento quale configurata da diverse norme costituzionali (*in primis*, artt. 5 e 120, primo comma, Cost.)[96]. Differenziando il bagaglio di diritti spettanti ai propri "cittadini amministrativi", a seconda della durata della residenza, la Regione trasformava la cittadinanza amministrativa "qualificata", legata alla residenza protratta, in cittadinanza vera e propria, nel senso che il superamento dei confini della Regione Lombardia (e delle numerose altre regioni che hanno norme simili: v. § 6) equivaleva all'ingresso in uno Stato straniero, in quanto il neoresidente (colpevole solo di aver esercitato la propria libertà di circolazione) era privato di certi diritti fino all'acquisizione della cittadinanza amministrativa "qualificata". Si tratta di un'operazione ritenuta impraticabile anche in ordinamenti federali, come risulta da diverse sentenze della Corte suprema americana, che ha censurato norme degli Stati membri che richiedevano, per l'accesso a certe prestazioni sociali, la residenza anche di un solo

---

ralmente riconosciuti». Sulla spettanza anche agli irregolari del nucleo minimo dei diritti fondamentali v. ad es. la sent. Corte cost. 61/2011 (punto 5.1 del *Diritto*).

[96] V. F. CORVAJA, *Lo straniero nella città*, cit., 141 s.

anno (v. ad es. *Shapiro v. Thompson*, 1969; *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 1974; *Zobel v. Williams*, 1982; *Saenz v. Roe*, 1999)[97].

Diverso è il caso dell'art. 40, co. 6, t.u. imm., che richiede solo agli stranieri un certo grado di integrazione nella comunità nazionale ai fini dell'accesso all'ERP. Mentre le norme regionali "protezionistiche" incrinano diverse fondamenta dello Stato unitario, come evidenziato dalla giurisprudenza americana sopra citata (concetto di cittadinanza, principio di uguaglianza, libertà di circolazione), l'art. 40, co. 6, t.u. imm. non mina quei capisaldi, perché è noto che per gli stranieri il principio di uguaglianza e la libertà di circolazione operano in modo diverso[98].

Dunque, se l'assegnazione dell'alloggio ERP "sta sopra" il nucleo minimo del diritto all'abitazione (§ 7.5), pare difficile che la Corte censuri una norma statale che richiede un certo grado di integrazione e stabilità dello straniero nella comunità *nazionale*, fermo restando che si potrebbe discutere dello specifico tipo di integrazione richiesto dall'art. 40, co. 6: infatti, da un lato appare troppo rigido il requisito del «permesso di soggiorno almeno biennale», dal momento che lo straniero può essersi integrato con una serie di permessi annuali rinnovati e la scelta della durata del permesso dipende dalla discrezionalità della pubblica amministrazione[99], in collegamento con il tipo di contratto di lavoro; dall'altro appare paradossale che requisito per accedere all'ERP, cioè ad un beneficio destinato ai soggetti economicamente deboli, sia la «regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo». Nella sent. 50/2019[100], relativa all'assegno sociale, la Corte è riuscita a superare analogo "paradosso" (per l'assegno sociale è richiesto il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 9 t.u. imm., che a sua volta presuppone «la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale»: il che crea un evidente circolo vizioso)

---

[97] L'interessante analisi della giurisprudenza della Corte suprema americana si trova in F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata*, cit., 1272 ss.

[98] Sul tema ovviamente la letteratura è molto ampia: v. ad es. (oltre a varie opere già citate) A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano*, cit., 68 ss. e 167 ss.; M. LOSANA, *"Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza*, in A. Giorgis – E. Grosso – M. Losana (a cura di), *Diritti uguali per tutti?*, Milano 2017, 67 ss.; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 24.10.2014.

[99] L'ord. 76/2010 ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità sollevata, per tali ragioni, sull'art. 40, co. 6, t.u. imm. Su ciò v. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 260; F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde, *op. cit.*, 204 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 207.

[100] Che si segnala per la "dissociazione" fra relatore (Morelli) e redattore (Prosperetti).

osservando che lo straniero può avere un peggioramento della propria situazione economica dopo aver acquisito il permesso "soggiornanti di lungo periodo", ma nel caso dell'art. 40, co. 6, t.u. imm, il lavoro deve sussistere al momento della richiesta di alloggio ERP; del resto, la sent. 44/2020 ha segnalato analoga incongruenza con riferimento al requisito di occupazione protratta, previsto dalla legge lombarda censurata[101].

In conclusione, la sent. 44/2020 sembra aver segnato un positivo assestamento nella giurisprudenza costituzionale in una materia (requisiti di residenza protratta per l'accesso all'ERP previsti da leggi regionali) oggetto di diverse oscillazioni, restando impregiudicata la valutazione del "radicamento nazionale" richiesto dall'art. 40, co. 6, t.u. imm. Restano a questo punto vigenti (nella maggior parte delle altre regioni) numerose norme analoghe a quella annullata dalla sent. 44/2020 (v. § 6). La Corte non ha utilizzato lo strumento dell'illegittimità conseguenziale (art. 27 l. 87/1953) per "depurare" l'ordinamento: comprensibilmente, perché si sarebbe trattato di un intervento dall'impatto enorme, non giustificato dalla particolarità della materia (come invece accaduto nel caso della sent. 422/1995, che annullò in via conseguenziale – fra l'altro - tre leggi regionali contenenti norme sulle "quote rosa", dopo aver dichiarato l'illegittimità della analoga norma contenuta nella legge statale sulle elezioni comunali[102]). Rimane però il problema della vigenza di norme la cui incostituzionalità pare ormai "manifesta" e la cui applicazione, dunque, diventa problematica[103].

---

[101] «configurare l'occupazione ultraquinquennale come soglia rigida di accesso significa negare qualsiasi rilievo al bisogno nella concessione del beneficio, e anzi comporta la sua negazione proprio ai soggetti economicamente più deboli, in contraddizione con la funzione sociale del servizio».

[102] Si trattava di un giudizio incidentale avente ad oggetto la norma sulle "quote rosa" (contenuta nella l. 81/1993) relativa alle elezioni dei consiglieri comunali nei comuni fino a 15000 abitanti. La Corte annullò la disposizione censurata e, in via conseguenziale, annullò anche altre disposizioni analoghe: quella relativa alle elezioni dei comuni sopra i 15000 abitanti, quella relativa alle elezioni della Camera (art. 4 dPR 361/1957), quella relativa alle elezioni regionali (art. 1 l. 43/1995) e quelle di tre Regioni (Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta) sulle elezioni comunali: v. S. BARTOLE, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *le Regioni*, 1996, 313 ss.

[103] Sulla dichiarazione di illegittimità conseguenziale di leggi di altre regioni (seppur con riferimento al giudizio in via principale) e sul problema della posizione delle regioni di fronte all'annullamento di una norma uguale a quella prevista da una loro disposizione legislativa v. l'approfondito lavoro di C. MAINARDIS, *Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 3/2019, 720 ss. e 729 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza

MAURIZIO BOZZAOTRE*

Sommario

1. I lavori parlamentari alla prova del COVID-19 - 2. Voto a distanza e Costituzione - 3. Il voto come volontà: formazione e manifestazione - 4. La libertà di voto alla prova del corpo (fisico e politico) - 5. Libertà come presenza: prolegomeni di metafisica costituzionale.

Data della pubblicazione sul sito: 11 aprile 2020

Suggerimento di citazione

M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore di ricerca in Amministrazione pubblica europea e comparata nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"; avvocato del Foro di Pistoia. Indirizzo mail: maurizio.bozzaotre@fastwebnet.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. I lavori parlamentari alla prova del COVID-19

Uno degli effetti dell'emergenza legata alla diffusione del COVID-19, che sta emergendo in tutta la sua drammaticità, riguarda l'organizzazione dei lavori del nostro Parlamento. La situazione è di tale gravità per cui la stessa accessibilità pratica dei Palazzi in cui le Camere hanno sede viene messa in discussione da esigenze di carattere sanitario. Una condizione che non può che indurre il giurista ad alcune riflessioni. Riflessioni che, portate ad estreme conseguenze, potrebbero perfino coinvolgere il proprio modo di guardare la realtà.

La premessa. Il giurista si occupa di fatti e oggetti "sociali", quali, ad esempio, debiti, reati, provvedimenti e - appunto - istituzioni. Per il giurista, la cosa "Parlamento" è prima di tutto una entità organizzata istituita da norme (in primo luogo quelle contenute nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari), cui vengono attribuiti determinati poteri. Il non-giurista ha invece (quanto meno nell'immediatezza) un'altra immagine della cosa "Parlamento", che coincide quasi esclusivamente con la *sede* intesa in senso *fisico* (Palazzo Madama per il Senato o Palazzo Montecitorio per la Camera). Naturalmente, come sempre accade, le cose non sono così schematicamente disgiunte: è chiaro che il giurista sa benissimo dove fisicamente si riuniscono le Camere del Parlamento; dal canto suo, il non-giurista sa altrettanto bene che il Palazzo non è solo un edificio ma è l'incarnazione di un potere. Il che dimostra ancora una volta, riproponendo qui una felice intuizione di alcuni decenni fa, che il sovrano ha (almeno) *due corpi*: uno fisico e uno politico[1]; e questo vale anche per quello democraticamente eletto[2]. Più o meno come la realtà, che ha anch'essa un corpo *fisico* (fatto di palazzi, tavoli, sedie, ecc.), e uno costruito *socialmente* (fatto di debiti, reati, leggi e istituzioni)[3].

Il problema si pone allorquando, nel dibattito tra chierici, una dimensione tende ad assorbire o schiacciare l'altra. Ed è proprio quel che forse sta accadendo nella discussione sviluppatasi tra i giuristi a proposito di una questione molto importante, anzi fondamentale per un sistema che vuol continuare a definirsi democratico, ossia il cosiddetto "voto a distanza" del Parlamento.

I termini della questione sono - in estrema sintesi - i seguenti.

---

1 Il riferimento è, ovviamente, a E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, 1957; trad. it., *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, 1989.

2 Lo ricorda da ultimo, con la consueta raffinatezza, R. ESPOSITO, *Istituzioni e reti: il sistema immunitario del Paese*, "L'Espresso", 15.03.2020, p. 24.

3 Di questi ultimi si occupa una branca della filosofia teoretica contemporanea denominata "ontologia sociale". Una ricostruzione complessiva e aggiornata in T. ANDINA, *Ontologia sociale. Transgenerazionalità, potere, giustizia*, Roma, 2016.

Da un lato, nella sua cecità livellatrice, il virus non sta risparmiando i nostri parlamentari, molti dei quali sono addirittura in "quarantena" perché contagiati o anche solo in via precauzionale. In aggiunta, esigenze di tutela sanitaria dovrebbero sconsigliare che ci si sposti da ogni parte del Paese per raggiungere Roma e riunirsi in assembramenti (tenendo conto che non c'è solo il lavoro in aula, ma ci si riunisce nelle commissioni, nei gruppi parlamentari, con i vari staff burocratici, ecc.), aumentando il rischio di contagio.

D'altro canto, però, si ricorda giustamente che la massima istituzione rappresentativa della volontà popolare non si possa certo fermare. E ciò - si ammonisce - a maggior ragione in momenti emergenziali come questi[4]. Anche perché tutta una serie di funzioni e servizi essenziali per il nostro vivere quotidiano non sono affatto fermi. Dagli ospedali alle forze di polizia, ai servizi pubblici, alle filiere produttive dei beni di necessità, ecc.

Insomma, una situazione non certo facile, da alcuni efficacemente riassunta nei seguenti termini: da un lato il Parlamento non può fermarsi, ma dall'altro non può neppure rischiare di fermarsi[5].

La questione, come si vede, è della massima delicatezza, trattandosi del Parlamento della Repubblica, organo di rango costituzionale *superiores non recognoscens*. Il che comporta, come ovvia e prima conseguenza, che non possa certo essere il rispetto di un atto emanato dal potere esecutivo (quali che ne siano la forma e le ragioni) ad impedire all'organo titolare del potere legislativo di riunirsi, non potendo tale decisione spettare ad altri che a quest'ultimo. E non sembra che una scelta del genere possa fondarsi su ragioni diverse da quelle basate sui principi (di rango costituzionale) di funzionamento e di continuità istituzionale[6]. Ma, invero, è lo stesso principio che impone che le Camere debbano funzionare a richiedere che esse… siano *in grado* di poterlo fare, ed in questa condizione non può essere che

---

[4] Tra i primi, C. MELZI D'ERIL e G.E. VIGEVANI, *Il Parlamento non sia assente*, "Il Sole-24 Ore", 15.03.2020.

[5] B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it

[6] Sul principio di continuità istituzionale rimane fondamentale L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958. Più di recente, F.S. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997. Si vedano anche R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità*, Napoli, 1969; R. DICKMANN, *Dal principio di continuità al "principio di stabilità" delle istituzioni nella transizione costituzionale*, "Foro Amm. C.d.S.", 2004, pp. 1535 ss. Dal canto suo, la Corte costituzionale si è più volte occupata del tema nelle varie occasioni in cui è stata chiamata a giudicare dell'ammissibilità di *referendum* abrogativi riguardanti leggi elettorali: una rassegna è reperibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu257_continuita.pdf.

lo stesso Parlamento a stabilire la misura del bilanciamento tra *necessità* del proprio funzionamento e *concreta possibilità* di rispettare l'obbligo di funzionare. Tenendo di certo presente che la posta in gioco, oltre alla nostra salute individuale e collettiva, è la stessa *salus rei publicae*[7].

2. Voto a distanza e Costituzione

Al fine di ovviare ad un problema che va a coinvolgere quel che gli anglosassoni definirebbero *The Very Heart* del nostro sistema democratico, è stata pertanto avanzata da più autori la proposta di riorganizzare il lavoro parlamentare, in modo da garantirne la continuità, con modalità tali da poter fare a meno della presenza fisica dei parlamentari[8].

A tale riguardo, viene subito in rilievo l'art. 64 della Costituzione, che al terzo comma prevede che «le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale».

La domanda diventa dunque la seguente: quando la Costituzione richiede una "presenza" intende imporre necessariamente una partecipazione fisica all'interno della sede individuata come tale (che sia l'Aula o la commissione)?

---

[7] Interesse quest'ultimo che la stessa Corte costituzionale ha più volte definito «preminente su qualunque altro, perché riguardante la esistenza stessa dello Stato» (in questi termini, ad esempio, la discussa sentenza n. 24 del 2014, criticamente annotata da A. PACE, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, "Giur. Cost.", 2014, pp. 389 ss.; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, ivi, pp. 394 ss.; G. BARBARA, *Il conflitto di attribuzione sulla vicenda 'Abu Omar'*, "Cass. Pen.", 2014, pp. 1521 ss.). Sarà però il caso di sottolineare come, in una situazione quale quella attuale, assolutamente inedita e assai poco indagata in precedenza in ambito dottrinale, sia quanto mai necessaria una riflessione nella quale benessere del corpo fisico dei consociati e tutela del corpo politico della *res publica* non assurgano a poli frontalmente e dialetticamente contrapposti in un gioco a somma nulla, bensì vengano assunti quali termini di una co-implicazione da stimolare ed esplorare in tutta la sua problematicità. Stimolo che costituisce precisamente la finalità di questo scritto, come si avrà modo di tornare a dire in conclusione.

[8] Ritengono necessario e inevitabile, con varie argomentazioni, il ricorso al voto a distanza F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, "Il Sole-24 Ore", 16.03.2020, P. Pasquino, *Il corona virus contro il Parlamento*, http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/17/il-corona-virus-contro-il-parlamento/, 17.03.2020; C. FUSARO, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, https://perfondazione.eu/le-camere-nellemergenza-della-pandemia/, 18.03.2020; S. CURRERI, *Il Parlamento ai tempi del COVID-19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, https://perfondazione.eu/il-parlamento-ai-tempi-del-covid-19-perche-e-necessario-e-legittimo-il-voto-a-distanza/, 20.03.2020.

Ora, a tal proposito è ormai opinione assai diffusa che la disposizione appena citata (in uno con quelle contenute nei regolamenti parlamentari) possa e debba essere suscettibile di una sua "attualizzazione" - esattamente com'è accaduto per altre espressioni contenute nella Carta costituzionale -, estendendo la nozione di presenza anche a modalità di collegamento virtuale (videoconferenza), come del resto accade in numerosi ambiti della vita associata (dai corsi di insegnamento ai consigli di amministrazione, ecc.)[9]. La possibilità di "presenza" (e voto) a distanza, utilizzando le più avanzate modalità offerte dalla tecnica, sembrerebbe dunque non solo possibile ma anche costituzionalmente legittima.

Questione risolta, allora? Forse non del tutto.

Rimane infatti un problema non da poco determinare e disciplinare le modalità con cui il voto a distanza possa formarsi ed essere espresso. Tenendo conto di quanto sia imprescindibilmente necessario garantire che il voto "da remoto" sia e rimanga «personale ed eguale, libero e segreto» come recita l'art. 48 Cost. (norma che si completa con il divieto di mandato imperativo garantito dall'art. 67)[10]. È infatti di tutta evidenza che, quale che sia il grado di evoluzione tecnologica cui si può praticamente pervenire, si debba avere la certezza pressoché assoluta che l'espressione di voto del singolo parlamentare si formi con pienezza di libertà e si manifesti in modalità personale, eguale e (quando previsto) segreta.

Si tratta di aspetti assolutamente inaggirabili e di non facile soluzione.

---

[9] Cfr., ad esempio, B. CARAVITA, *op. cit.*, per il quale l'idea che la "presenza" richiamata dalla Costituzione debba necessariamente significare compresenza fisica sia ormai da ritenersi "obsoleta". Peraltro, è noto come già oggi la presenza dei membri del Parlamento possa essere "virtuale" in base, ad esempio, alla disciplina dei congedi e delle missioni, a cagion della quale parlamentari fisicamente assenti in aula sono ritenuti presenti ai fini del computo dei *quorum* previsti per le votazioni. La stessa disciplina del voto al Senato, com'è noto, assegnava segno contrario agli assenti in aula. Ma, invero, un conto è attribuire, in modo certo e prevedibile, un *determinato* effetto al *fatto*, obiettivo e incontestabile (o comunque verificabile), della *mancata* presenza; ben altra questione, come si vedrà tra breve, è da ritenersi quella di istituire una forma *alternativa* e virtuale di "presenza" che sostituisca *a tutti gli effetti* quella fisica.

[10] Com'è naturale, vista la collocazione della disposizione nella topografia costituzionale, la dottrina ha concentrato l'analisi assumendo il punto di vista del corpo elettorale (cfr., ad esempio, F. LANCHESTER, voce *Voto (diritto di) (dir. pubbl.)*, "Enc. Dir.", vol. XLVI, Milano, 1993, spec. pp. 1125 ss.; E. BETTINELLI, voce *Diritto di voto*, "Dig. Disc. Pubb.", vol. V, Torino, 1999, spec. pp. 228 ss.), ma è pacifico che la disposizione in esame sia suscettibile di applicarsi (con i debiti distinguo quanto alla segretezza) anche al voto espresso dagli eletti nei vari organi rappresentativi.

3. Il voto come volontà: formazione e manifestazione

Dei quattro requisiti necessari stabiliti dal citato art. 48, conviene innanzi tutto distinguere quelli relativi alla *manifestazione* della volontà da quelli che invece attengono alla *formazione* di quella stessa volontà.

Sotto il primo aspetto (manifestazione) si collocano i requisiti della *personalità* (non delegabilità), dell'*eguaglianza* (ogni voto conta in modo eguale), della *segretezza* (laddove sia prevista o disposta) del voto. Sotto il secondo (formazione), si colloca invece la *libertà* (come assenza di costrizioni, fisiche o psichiche) nella scelta di voto.

Ora, quanto alla manifestazione, sembra che, sia pure con notevole sforzo sia sul piano strettamente tecnico che su quello normativo, si possa immaginare in un prossimo futuro di poter giungere a modalità praticabili in termini di attendibilità e funzionalità. In particolare, sarà primariamente necessario dotarsi di adeguate strumentazioni tecnologiche (che ovviamente avranno bisogno di una fase di sperimentazione), che assicurino senza ombra di incertezza la possibilità di una connessione telematica che funzioni in modo ininterrotto ed in tempo reale, in esatta corrispondenza temporale con tutti gli altri soggetti (parlamentari, funzionari, dattilografi, ecc.) connessi nella "seduta" virtuale.

In secondo luogo, accanto alle predisposizioni tecniche, occorreranno anche "aggiustamenti" sul piano normativo, giacché non sembra si possa procedere senza operare una adeguata modifica dei regolamenti parlamentari (da approvarsi a maggioranza assoluta *ex* art. 64 Cost.). In terzo luogo, è evidente che non potranno comunque aggirarsi le regole sul procedimento legislativo previste direttamente dalla Costituzione (art. 72)[11].

E però, quand'anche si siano risolti gli aspetti problematici (sul piano tecnico e normativo) attinenti alla espressione del voto, rimane da affrontare la questione della *libertà* del medesimo, requisito che non attiene strettamente al momento della manifestazione bensì a quello della *formazione* della volontà del parlamentare. Qui, ovviamente, si intende il termine "libertà" - come già accennato - come *assenza di costrizioni* fisiche o psichiche (non interessando in questa sede la libertà morale, in quanto direttamente proporzionale al peso specifico della coscienza del singolo, dunque non di stretta pertinenza del giurista in quanto tale). Viene qui insomma in rilievo, richiamando l'immagine poc'anzi evocata, il corpo "fisico" del parlamentare, la cui integrità incide ovviamente sulla tutela del suo corpo "politico", ossia la funzione che è chiamato ad esercitare in rappresentanza della collettività nazionale. Due corpi che assumono le sembianze di due corni di un dilemma nient'affatto facile da sciogliere.

---

[11] Per queste considerazioni si veda ancora B. CARAVITA, *op. cit.*

4. La libertà di voto alla prova del corpo (fisico e politico)

Ecco, della esistenza di entrambi questi corpi(-corni), e della notevole rilevanza per il dibattito in esame, è necessario che il giurista sia pienamente avveduto, abituato com'è a "vedere" solo il lato politico dei due corpi dell'odierno sovrano-legislatore; abituato com'è a trattare il Parlamento non come luogo fisico costruito materialmente ma come oggetto sociale istituito normativamente.

Ora, nel momento in cui si faccia questione dell'assenza di costrizioni fisiche, e dunque della stessa integrità del corpo fisico del parlamentare, sembra che la questione del voto a distanza si complichi notevolmente, venendo in luce aspetti che non appaiono agevolmente rimediabili sul piano tecnico-pratico e tecnico-normativo.

Il condensato di tutto quel che è in gioco sembra potersi racchiudere in una domanda: anche riuscendo ad assicurare la personalità, l'eguaglianza e la segretezza del voto mediante i necessari aggiustamenti tecnologici e giuridici, con quali modalità si può garantire, con sufficiente grado di sicurezza, la libertà del voto del singolo parlamentare nel momento in cui questi si trovi ad esercitare la sua scelta non in un ambiente pubblico e "protetto" (com'è certamente un'aula parlamentare), ma in un luogo "altro" e in solitaria? Domanda che non sembra del tutto peregrina, alla luce delle molteplici questioni che essa va a suscitare.

In particolare, è evidente che questi luoghi "altri" dovranno avere caratteristiche in grado di rispondere ad elementari esigenze di tutela non solo del corpo "politico" del parlamentare ma anche di quello puramente fisico. Ma se è così, non potendosi certo presumere in via assoluta che la dimora privata del singolo parlamentare possa automaticamente rispondere a tali requisiti (per tacer delle molteplici ragioni di opportunità che potrebbero addirittura sconsigliare una tale dislocazione), sorge immediato un duplice problema: quali caratteristiche dovrebbero avere i luoghi dai quali il deputato o senatore partecipano da remoto alla seduta di aula o di commissione? E chi avrà il potere-dovere di verificarne la rispondenza? Quesiti dai quali ne scaturiscono progressivamente altri: si giungerà al punto di individuare luoghi "protetti" capillarmente diffusi sul territorio (altrimenti che senso avrebbe il divieto di recarsi nella Capitale)? E quali saranno? Caserme e Questure? Insomma e riassumendo: possiamo serenamente accettare che il rappresentante del popolo eserciti le sue funzioni in solitario e guardato a vista (in casa o in altro luogo attrezzato *ad hoc*) da una scorta armata, sia pure a tutela della sua incolumità[12]?

---

[12] Non potendosi peraltro ignorare le serie implicazioni di rischio in ordine all'effettività del principio di separazione dei poteri, nel momento in cui la concreta possibilità di libero esercizio di voto dei titolari del potere legislativo - si badi: isolatamente dislocati - venga

5. Libertà come presenza: prolegomeni di metafisica costituzionale

Come si vede, si tratta di aspetti di notevole problematicità, che non si possono saltare a piè pari limitandosi a predisporre una connessione web più o meno "sicura" dotata di *pen-drive* con password personalizzata. Aspetti che impongono di valutare con estrema cautela l'opzione di introdurre forme di voto parlamentare a distanza, tenendo conto di tutte le variabili del caso[13]. Un'opzione che - nel caso in cui non si possa proprio far diversamente - sarà bene limitare ai casi di strettissima necessità e urgenza, una volta approntate quelle misure necessarie tali da garantire che il voto espresso sia realmente conforme, in tutti i suoi aspetti, alla norma e allo spirito costituzionale[14].

---

fatta dipendere dagli apparati del potere esecutivo. A meno che non si immagini una modifica ordinamentale che preveda che il singolo parlamentare possa… direttamente "disporre" delle forze di polizia al suo seguito, sulla falsariga di quanto previsto per l'autorità giudiziaria all'art. 109 Cost.

[13] Esprime non poche perplessità sul piano pratico e giuridico, con dovizia di argomenti e puntualità di riferimenti normativi, R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, www.federalismi.it, 1°.04.2020.

[14] Forse non sarà improprio richiamare in questa sede quanto ritenuto da Corte cost., sent. n. 379/1996 (in "Giur. It.", 1997, I, 291 con nota di A. MENCARELLI, *Insindacabilità ex art. 68, 1° comma, Cost. o vizio formale della legge per violazione del principio della personalità del voto parlamentare?*); nell'escludere il sindacato giurisdizionale penale in un caso accertato di sostituzione illecita di deputati assenti al momento del voto da parte di colleghi presenti (i c.d. "pianisti"), la Corte ha chiaramente affermato che «I diritti la cui titolarità ed il cui esercizio abbiano come presupposto lo "status" di parlamentare e ne connotino la funzione possiedono […] uno statuto fondato sulla Costituzione e plasmato dal *principio di autonomia* delle Camere. È in relazione a tali diritti che la *non interferenza* dell'autorità giudiziaria civile o penale si afferma con la *massima cogenza*, in quanto essa è finalizzata al soddisfacimento del bene protetto dagli artt. 64, 72 e 68 della Costituzione: la *garanzia del libero agire del Parlamento* nell'ambito suo proprio e l'esclusiva competenza di ciascuna Camera a prevedere ed attuare i rimedi contro gli atti ed i comportamenti che incidano negativamente sulle funzioni dei singoli parlamentari e che pregiudichino il corretto svolgimento dei lavori. Tra questi comportamenti, aventi una natura squisitamente funzionale, è certamente da includersi *l'esercizio del voto in Parlamento*, alla pari - del resto - con l'esercizio di ogni altra funzione derivante dalla disciplina dei procedimenti parlamentari o dalle norme di organizzazione che ciascuna Camera si sia data autonomamente» (punto 6 in diritto, corsivi miei). Vi è da chiedersi se ad identiche conclusioni la Corte perverrebbe in caso di illecita "surroga" nel voto virtuale. Si tenga a mente che le sostituzioni sopra ricordate erano avvenute per mano (è il caso di dire) di soggetti comunque legittimati a presenziare in aula in quanto colleghi degli assenti; immaginare quali conseguenze giuridiche (in termini, ad esempio, di validità dell'atto così approvato) dovessero scaturire in caso di sostituzione del parlamentare nel voto a distanza da parte di soggetto estraneo e non

In attesa della predisposizione di tali misure e riservando ogni valutazione in merito, si possono nel frattempo esprimere alcune considerazioni relative al dibattito in corso, riprendendo un accenno operato in precedenza.

A tale proposito, dovendo affrontare il tema con la piena consapevolezza che le circostanze impongono, sembrerebbe massimamente opportuno che si recuperasse nel… corpo della discussione anche un aspetto rimasto forse in ombra, ossia il sembiante fisico del Parlamento, inteso questa volta come sede-edificio materiale in grado - in condizioni di normalità democratica - di assicurare (per il carattere pubblico delle sedute, per le prerogative garantite dall'ordinamento, ecc.) l'incolumità del corpo fisico dei suoi "inquilini".

Ma, per operare questo necessario recupero, forse il giurista dovrebbe stavolta cessare di inforcare gli "occhiali" che usualmente utilizza per "vedere" quella realtà sociale a nome "ordinamento giuridico" che ha il compito di comprendere e interpretare, e cogliere che quel che egli chiama "legislatore" non è solo un'entità concettuale frutto di una costruzione normativa socialmente istituita, ma ha anche un corpo fisico da preservare nella sua integrità allo scopo di garantire al massimo quella libertà di voto senza la quale non avrebbe senso anche solo conversare di normalità democratica. Nella consapevolezza, ovviamente, che la tutela del corpo fisico è assicurata anche da oggetti normativi quali prerogative e garanzie, in un gioco di rimandi in cui ciascuno dei due corpi si "tiene" in quanto intimamente legato all'altro (almeno fino a quando il fisiologico ricambio democratico non faccia cessare la permanenza *pro-tempore* di tale duplicità in capo a *quel* singolo deputato o senatore per istituirne una nuova in capo ad altri senza soluzione di continuità). Un rapporto - come si accennava poc'anzi - non di contrapposizione dialettica bensì - all'opposto - di complementarietà; un legame che l'attuale e inedita situazione emergenziale imporrebbe di analizzare sotto una nuova luce in tutte le sue stratificazioni, teoriche e pratiche.

Quanto detto porta a svolgere un'ultima considerazione in ordine al concetto di *presenza*, per quanto fin qui affiorato in questa breve indagine. Senza avventurarsi in dissertazioni di carattere metafisico[15], che si lasciano agli esegeti di pensatori come Martin Heidegger o Jacques Derrida, sembra di poter concludere che, *ai nostri fini* (cioè ai fini di una effettiva resilienza dei corpi in cui si incarna il nostro ordinamento democratico costituzionale), il concetto

---

legittimato non appare impresa agevole, e può forse offrire una misura nient'affatto approssimativa dei fattori di rischio in gioco. Per non parlare della necessità di radicale ripensamento della nozione stessa di *interna corporis acta*.

[15] Prime stimolanti tracce in tale direzione in M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, https://perfondazione.eu/voto-a-distanza-e-modalita-di-presenza-una-questione-di-principio/, 19.03.2020.

in questione pertenga non tanto ad una dimensione spazio-temporale dell'esistenza quanto ad una dimensione *pratica* che investe la *libertà*. La (com)presenza fisica dei parlamentari in uno spazio individuato e circoscritto (il tanto vituperato Palazzo), circondato e protetto da diritti e garanzie (*in primis* costituzionali), è ciò che, ad oggi e salvo alternative tutte da immaginare e implementare, garantisce al meglio la loro libertà. E, a sua volta, è questa libertà del corpo fisico del legislatore (inteso come singolo deputato o senatore) che costituisce la miglior tutela del corpo politico del Legislatore (inteso come organo democraticamente rappresentativo di una collettività).

In fondo, ciò di cui si sta discorrendo non è che uno dei molteplici volti in cui si atteggia il rapporto più generale tra diritto e società. Come ci hanno magistralmente insegnato secoli fa i nostri antichi progenitori, è solo in un "luogo" (che sia una nazione, una città, o anche un Palazzo…) costruito socialmente da norme, edificato da diritti e doveri che ci circondano e proteggono, che possiamo davvero essere liberi. Nel corpo e non solo.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Brevi considerazioni sul rapporto tra *tecnica* e *politica* nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso

MATTEO TERZI*

Sommario

1. Premessa. Tecnica e politica tra contesti ordinari ed eventi straordinari: dall'emergenza economico-finanziaria a quella sanitaria. – 2. *Prima direttrice d'indagine*. Il rapporto tra tecnica e politica nella gestione dell'emergenza sanitaria in corso e i suoi riflessi sulla forma di governo (cenni). – 3. (Segue) *Seconda direttrice d'indagine*. Il precario equilibrio tra tecnica (normativa) e politica nella compressione delle libertà fondamentali: la teorica delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza sanitaria. – 4. Brevi notazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 11 aprile 2020

Suggerimento di citazione

M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale nell'Università degli studi di Pavia. Indirizzo mail: matteo.terzi01@universitàdipavia.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa. Tecnica e politica tra contesti ordinari ed eventi straordinari: dall'emergenza economico-finanziaria a quella sanitaria

Il rapporto tra tecnica e politica si affaccia, con cadenza quasi ciclica, nel dibattito scientifico giuspubblicistico, in seno al quale è stato osservato e studiato da prospettive d'indagine differenti: la latitudine del fenomeno e le implicazioni costituzionali ad esso sottese sono di tale ampiezza da consentire, infatti, una moltitudine di approcci[1].

All'interno del procedere ordinario del sistema istituzionale, l'intima e inscindibile connessione tra quelle due complementari componenti scandisce, inevitabilmente, lo sviluppo di ogni processo decisionale pubblico: qualunque disegno politico, indipendentemente dalla finalità che esso ambisca a realizzare, non può che essere pensato e tradotto con l'apporto del sapere tecnico e scientifico; d'altra parte, le conoscenze scientifiche necessitano di essere inscritte all'interno di un progetto finalistico che non può prescindere, nel nostro assetto costituzionale, dalla volontà dei soggetti politicamente responsabili.

La configurazione e il bilanciamento, nella sfera decisionale pubblica, tra l'apporto tecnico e il potere politico subiscono, tuttavia, una modificazione sostanziale in contesti straordinari ed emergenziali, entro i quali si registra una inversione della rispettiva "forza" delle due dimensioni in gioco e una sottoposizione a ulteriore tensione di quel già delicato equilibrio complessivo che le governa.

Tradizionalmente, uno degli ambiti paradigmatici per misurare, nel campo del diritto costituzionale, il grado della tensione tra tecnica e politica è stato quello dell'emergenza economico-finanziaria, che ha favorito l'emersione, nel corso della storia repubblicana, della figura dei cosiddetti governi tecnici. In taluni nevralgici snodi di funzionamento del sistema democratico rappresentativo e a fronte di gravi crisi della finanza pubblica che avrebbero necessitato di scelte politiche indifferibili e spesso impopolari, si è assistito alla formazione di governi composti, in tutto o in parte, di soggetti esterni al sistema partitico e non direttamente espressione di una maggioranza parlamentare: i "tecnici", appunto[2].

---

[1] Ne è prova, per tutti, l'organica e poliedrica riflessione scientifica che si svolse in seno al Seminario annuale del Gruppo di Pisa tenutosi a Como il 20 novembre 2015 e che diede vita, successivamente, al Volume G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016. La sola lettura dei titoli dei singoli contributi lì raccolti consente, infatti, di percepire le molteplici angolature dalle quali è possibile approcciare, nel diritto pubblico, l'argomento del rapporto tra tecnica e politica.

[2] Sulle esperienze dei tecnici al governo e sulle relative problematiche si è già avuto modo di riflettere in passato, reputandosi che la locuzione *governo tecnico*, oltre a rivelare, con l'immissione nel circuito fiduciario, la sua natura ossimorica, non trovi alcuna

Nella fase contingente, invece, è la drammatica emergenza sanitaria che imperversa nel Paese a rappresentare lo sfondo su cui si staglia, ancora una volta, il delicato problema del rapporto tra tecnica e politica. E, così come nel passato, anche nell'orizzonte odierno questo rapporto si presa a essere differentemente declinato. Due, in particolare, sono le direttrici, fortemente interconnesse, che qui si seguiranno nell'approccio al tema: (i) da un canto, oggi più che mai la peculiare natura della situazione emergenziale e la spiccata dose di tecnica che la sua gestione richiede pongono il potere politico in una posizione di evidente subalternità conoscitiva e, di riflesso, decisionale rispetto all'"istituzione scientifica", portando alla luce tutta una serie di criticità sostanziali la cui portata sembra impattare direttamente sulla democraticità dell'ordinamento; (ii) contemporaneamente, è la tecnica impiegata dal potere politico per trasfondere in disposizioni normative le compressioni (temporanee) di talune libertà fondamentali a dover essere attentamente valutata.

Un'ultima notazione, infine, s'impone: dinanzi alla estrema gravità del momento, segnato dalla necessità di salvaguardare la salute pubblica in una situazione di pericolo finanche per il bene vita, potrebbe sembrare ai più inopportuno un commento, con spirito critico, dei profili menzionati. In fondo, si dirà, quel che conta è affrontare l'emergenza approntando i più efficaci rimedi di contenimento alla propagazione pandemica, a nulla rilevando il mezzo tecnico di attuazione dei medesimi. Nondimeno, anche nei momenti più bui per la Repubblica la relazione tra autorità e libertà, a presidio della quale si situa il costituzionalismo, va preservata tanto nella sostanza quanto nella forma, affinché l'emergenza sanitaria non produca (anche) una «emergenza costituzionale»[3].

2. *Prima direttrice d'indagine.* Il rapporto tra tecnica e politica nella gestione dell'emergenza sanitaria in corso e i suoi riflessi sulla forma di governo (cenni)

Sin dagli albori dell'emergenza sanitaria, la marcata complessità tecnico-scientifica che la connota ha spinto il Governo a dotarsi del supporto, pressoché irrinunciabile, della scienza, sì da poter disporre, primariamente, dei dati via via affioranti nella comunità scientifica. L'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630 (*Primi interventi*

---

autonoma qualificazione giuridica nel testo costituzionale ma si connoti, piuttosto, per una mera valenza descrittiva: sul punto sia consentito fare rinvio alle riflessioni contenute in M. TERZI, *Il "governo tecnico" nella declinazione compositiva: destrutturazione costituzionalistica di un ossimoro giuridico*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo*, *op. cit.*, pp. 285-291.

[3] M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 2.

urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili), emanata dal Capo del Dipartimento della protezione civile, ha istituito, all'articolo 2, un Comitato tecnico-scientifico che formalizza il coinvolgimento degli scienziati nel contrasto all'insorgenza della patologia Covid-19[4]: benché sia espressamente preposto al supporto per l'assunzione delle misure di protezione civile[5], il Comitato, secondo quanto viene costantemente ribadito dagli stessi membri della compagine governativa, fornisce pareri e orientamenti anche agli organi del Governo, supportandone l'operato e "legittimandone", scientificamente, le decisioni pubbliche assunte.

D'altronde, la necessità di fondare le scelte politiche sullo stato della conoscenza scientifica al momento in cui si interviene normativamente è esigenza avvertita, in più d'una occasione, dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la quale ha sottolineato come proprio il canone scientifico rappresenti il parametro alla cui stregua valutare la ragionevolezza delle scelte di bilanciamento operate, in concreto, dal legislatore[6]: fondatamente, dunque, la politica governativa si è orientata,

---

[4] Nel dettaglio, il Comitato tecnico-scientifico, integrabile in relazione a specifiche esigenze, è composto, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della menzionata ordinanza, dal segretario generale del ministero della salute, dal direttore generale della prevenzione sanitaria del ministero della salute, dal direttore dell'ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del ministero della salute, dal direttore scientifico dell'istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal presidente dell'istituto superiore di sanità, da un rappresentante della commissione salute designato dal presidente della conferenza delle Regioni e Province autonome e dal coordinatore dell'ufficio promozione e integrazione del servizio nazionale della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato.

[5] L'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, afferma, significativamente, che «*Per la realizzazione degli interventi di cui alla presente ordinanza, il Capo del Dipartimento della protezione civile si avvale di un Comitato tecnico - scientifico*».

[6] Al punto da indurre una parte della dottrina a parlare della scienza come "parametro interposto di legittimità costituzionale": cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, 2016/2. In argomento vedi anche L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020/2, la quale ricorda come la Corte costituzionale, occupandosi di una serie di leggi aventi contenuto tecnico-scientifico (sentenza 26 giugno 2002, n. 282; sentenza 8 maggio 2009, n. 151; sentenza 10 giugno 2014, n. 162; sentenza 5 dicembre 2014, n. 274; sentenza 18 gennaio 2018, n. 5), ha affermato che la natura tecnico-scientifica della valutazione sottesa alla scelta legislativa che incide sui diritti fondamentali impone che essa non possa fondarsi sull'esercizio di mera discrezionalità politica ma che, piuttosto, in tali casi il

sin dalle primissime fasi dell'emergenza, nella direzione della "istituzionalizzazione" dell'ausilio tecnico.

L'indefettibile legame tra tecnica e politica nella decisione rischia, tuttavia, di allontanarsi oltremodo dall'orbita costituzionale, riflettendosi negativamente sulle dinamiche della forma di governo parlamentare, se il dialogo tra quei due complementari elementi finisce con l'esaurirsi al di fuori del circuito della rappresentanza, escludendo dalla comunicazione il Parlamento, organo vitale della nostra democrazia rappresentativa al quale compete, oltre all'esercizio della funzione legislativa, il fondamentale compito di controllare l'operato dell'Esecutivo. Ed è proprio in questa prospettiva che, come si vedrà, appare problematica, in alcuni punti del suo sviluppo, la costruzione normativa edificata dal Governo per fronteggiare la situazione contingente: l'intreccio continuo dei decreti presidenziali governativi, estromettendo le Assemblee elettive dall'area decisionale (o, quantomeno, dal controllo sulla stessa) e appalesando una presunta asimmetria a vantaggio del contributo tecnico, modella le scelte politiche in un quadro nel quale l'essenza della democrazia, che in quelle Assemblee trova una delle sue più immediate espressioni, appare essere sottoposta a innegabili forzature.

3. (Segue) *Seconda direttrice d'indagine.* Il precario equilibrio tra tecnica (normativa) e politica nella compressione delle libertà fondamentali: la teorica delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza sanitaria

L'osservazione della tecnica normativa impiegata per la regolamentazione dei comportamenti nell'ambito dell'emergenza sanitaria in corso suscita, di primo acchito, delle perplessità, consentendo di svolgere una serie di considerazioni che si mostrano d'interesse per la tematica qui indagata.

Se, da un lato, dopo decenni di abuso quantitativo della decretazione d'urgenza, la concretizzazione – malauguratamente – reale e tangibile di uno di quei «*casi straordinari di necessità e d'urgenza*» ha visto inverato, nella pratica costituzionale, l'impiego dell'istituto del decreto-legge nella originale conformazione attribuitagli dal Costituente, dall'altro lato è il metodo di elaborazione normativa successiva a non apparire ineccepibile[7].

---

legislatore debba provvedere a un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, possibilmente con l'ausilio di organismi dotati di specifiche competenze tecniche. All'accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche deve seguire, poi, l'adozione di scelte legislative con esso coerenti.

[7] Preme qui precisare che quel che si sottopone a critica non è il contenuto delle misure adottate quanto, piuttosto, lo strumento con il quale si è scelto di veicolarlo. Per un primo commento delle misure limitative adottate dal Governo si vedano, tra gli altri, i seguenti Autori: V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*,

In particolare, se inquadrata nella teorica delle fonti del diritto, non convince la decisione governativa di limitare alcune libertà costituzionali fondamentali (segnatamente, ma non esclusivamente, quelle di circolazione e di soggiorno) ricorrendo, in rapida successione, a una stratificazione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri giuridicamente fondati, come base primaria, sul decreto-legge emanato a monte, al quale quelli danno attuazione[8]. Al di là dell'apparente difficoltà di

---

2020/1; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020; M. CAVINO, *Covid-19*, cit., p. 5; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 11 marzo 2020; M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la* pietas *di Enea*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020.

[8] Nell'ordine, per contenere e gestire l'emergenza epidemiologica in corso sono stati adottati, nel momento in cui si scrive, i seguenti atti: (i) decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (ii) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 febbraio 2020 (*Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (iii) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 25 febbraio 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (iv) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (v) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (vi) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*); (vii) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 9 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*); viii) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*). Deve peraltro avvertirsi che l'elenco che precede si limita a riportare i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, base normativa primaria sulla quale quei successivi decreti si radicano: l'articolo 3, comma 1, del citato decreto-legge autorizza, infatti, il Presidente del Consiglio dei ministri, su

qualificare quei decreti presidenziali come fonti normative (sub)secondarie o, piuttosto, come atti aventi natura formalmente amministrativa (ma portata normativa)[9], e prescindendo dal formale rispetto, o meno, delle varie riserve di legge innestate nella Costituzione a garanzia dei singoli diritti fondamentali, sono le conseguenze sostanziali che tale scelta comporta sulla forma di governo a indurre a ritenere che sarebbe stata preferibile l'adozione, più garantistica, di una sequenza di quegli atti primari all'uopo previsti dalla Carta costituzionale[10].

L'esclusione del controllo parlamentare che inevitabilmente consegue a quella impostazione normativa[11] – notoriamente, il Parlamento rimane escluso dal procedimento di formazione degli atti subprimari – comporta, infatti, due ordini di problemi nient'affatto secondari. Anzitutto, così operando, quell'attività di sintesi e di mediazione politica indispensabile per la formazione di una maggioranza attorno all'opportunità e alla profondità dell'azione, anziché confluire nel suo alveo naturale delle sedi parlamentari, finisce per dispiegarsi, con una certa opacità, in circuiti

---

proposta del ministro della salute, sentiti i ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché altri soggetti competenti, ad adottare, con uno più decreti, le misure, di cui agli articoli 1 e 2, per evitare la diffusione del Covid-19.

[9] È noto che la legge 23 agosto 1988, n. 400, recante «*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*», prevede, all'articolo 17, comma 4, che i regolamenti ministeriali, adottati con decreto ministeriale, debbano, tra gli altri requisiti prescritti, «*recare la denominazione di "regolamento"*» affinché possano essere ritenuti di natura regolamentare. Tale previsione, ancorché espressamente riferita ai regolamenti ministeriali, può ritenersi estesa, per analogia, anche ai regolamenti adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Sembrerebbe, allora, che i decreti presidenziali in esame, difettando di quel requisito, non presentino natura regolamentare. Al contempo, è sostanzialmente arduo negare la portata normativa di atti che, già nel titolo, si qualificano come attuativi di un atto normativo di rango primario. Nel dibattito dottrinale che si è recentemente innescato, M. CAVINO, *Covid-19*, cit., p. 5, sostiene che «i DPCM di attuazione del decreto legge n. 6/2020 [...] non hanno natura regolamentare, ma devono senz'altro essere ricondotti al *genus* delle ordinanze». L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti*, cit., p. 28, ritiene, invece, che si tratti di «atti amministrativi». Di «ordinanze *extra ordinem*» parla, infine, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020/2, p. 4.

[10] Quantomeno, sarebbe stato preferibile conferire la forma del decreto-legge alle stringenti misure adottate, per l'intero territorio nazionale, con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri emanati nel periodo compreso tra il 9 e l'11 marzo 2020.

[11] A cui si aggiunge, chiaramente, anche il venire meno del duplice controllo esplicato dal Presidente della Repubblica nel corso del procedimento che interessa il decreto-legge e la sua conversione.

esterni a quello della rappresentanza, impedendo la comprensione della esatta allocazione delle singole frazioni di responsabilità[12]. Secondariamente, a ben guardare, quella scelta di tecnica normativa disvela una certa subalternità del potere politico rispetto alla componente tecnica, il cui perimetro di azione è certamente più esteso di quanto non possa essere all'interno della plurale dialettica che caratterizza il procedimento parlamentare, quale che esso sia (ordinario o di conversione).

Certo, non s'intende qui negare la primaria importanza che le competenze tecnico-specialistiche assumono nella gestione di una endemica emergenza sanitaria; specie se, com'è oggi, si tratti di decidere attorno a questioni nuove e controverse, rispetto alle quali l'incertezza, anche in seno alla comunità scientifica medesima, è fisiologicamente elevata. Né, tantomeno, si vogliono ignorare le ragioni che, presumibilmente, hanno suggerito al Governo di intervenire mediante una successione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge assunto originariamente a fondamento: nei momenti di massima emergenza, infatti – e non v'è dubbio alcuno che quello attuale lo sia –, la rapidità decisionale e l'agilità del procedimento di formazione di un atto rappresentano, certamente, dei parametri che confluiscono nelle più generali considerazioni sulla individuazione dello strumento normativo che si reputi, in quel frangente, più adatto al raggiungimento dello scopo; e, in tale prospettiva, è indubitabile che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, configurato senza la qualificazione regolamentare[13], sia lo strumento che, meglio di ogni altro, intercetta tutti i parametri pocanzi evocati.

Al contempo, però, è di tutta evidenza che la traduzione del contenuto di quelle stringenti limitazioni alle libertà fondamentali attraverso atti che non contemplano, in alcun modo, l'intervento parlamentare di controllo sull'operato del Governo concreta, in un momento già contrassegnato da una rilevante compressione della vita democratica, la marginalizzazione del Parlamento, con gli inevitabili effetti distorsivi riverberati sulla democraticità dell'ordinamento. Quando, invece, dal tessuto della Carta del 1948 parrebbe trapelare, proprio nella gestione delle situazioni

---

[12] Per di più, come evidenzia, in termini dubitativi, B. CARAVITA, *L'Italia*, cit., p. 4, «in una fase di debolezza dei partiti come quella attuale, il reale processo decisionale rischia di essere più oscuro: ad esempio, come è organizzata la catena che conduce dal Comitato tecnico scientifico al capo della protezione civile e infine al Presidente del Consiglio o ai ministri competenti?».

[13] Si rimanda, a tal proposito, alle considerazioni di cui alla nota n. 9.

extra ordinem, la necessità, se non di garantire all'organo rappresentativo del corpo elettorale una centralità, quantomeno di non annichilirne il ruolo[14].

La democraticità di un ordinamento si misura, invero, osservando – tra l'altro – la posizione concretamente rivestita dalle Assemblee elettive all'interno delle concrete dinamiche di funzionamento della forma di governo. Come nota Andrea Gratteri, il Parlamento, prodotto della «manifestazione delle preferenze politiche del popolo», rappresenta «l'organo costituzionale deliberativo che, quali che siano gli assetti della forma di governo, è alla base del carattere democratico di un sistema costituzionale complessivamente considerato»[15]. Ed è proprio quel «carattere democratico» a vacillare alla luce dello scarso coinvolgimento delle Camere nella gestione – o, meglio, nel controllo sulla gestione – dell'attuale emergenza sanitaria.

4. Brevi notazioni conclusive

Volendo concludere, il garantismo costituzionale sembrerebbe sospingere, perlomeno di fronte alla riduzione della sfera di operatività di talune pubbliche libertà su tutto il territorio della Repubblica, verso l'utilizzo, in luogo del decreto governativo presidenziale – ancorché autorizzato, quale fonte di validità, da un atto primario –, della decretazione d'urgenza: istituto, questo, pensato giustappunto per far fronte a circostanze straordinarie e urgenti, insorte improvvisamente, che non riuscirebbero appagate se vi si dovesse provvedere con apposite leggi formali, data la non breve durata del procedimento che conduce alla loro formazione.

Poi, certo, si potrebbe obiettare che, quand'anche l'impianto normativo costruito dal Governo per fronteggiare l'emergenza si esponesse al rischio di integrare una potenziale "sospensione della Costituzione", esso troverebbe comunque la sua giustificazione giuridica nella necessità operante quale fonte[16]. Ciononostante, l'obiezione – ammesso che la si reputi incontestabile a livello teorico – non risolve quelle lacune di democraticità che si è cercato di accennare in queste brevi note.

---

[14] Emblematiche, sul punto, le argomentazioni di B. CARAVITA, *L'Italia*, cit., p. 4: «In tutti i circuiti costituzionalmente previsti di gestione di situazioni *extra ordinem*, la Costituzione chiede il mantenimento di un rapporto – pur derogatorio del regime ordinario – tra legislatore, quale espressione della rappresentanza politica del Paese, e governo, quale titolare del potere esecutivo».

[15] A. GRATTERI, *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali. Una riflessione comparata su fonti normative e prassi mutevoli*, Napoli, 2015, p. 45.

[16] Si vedano, al riguardo, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976, pp. 629-645, e S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909/1, pp. 251-272.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019

ALESSANDRA MAZZOLA*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 6 marzo 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0040s-20.html

Sommario

1. Alcune valutazioni introduttive sulla sentenza n. 40 del 2019. – 2. I precedenti della Corte costituzionale. – 3. La Consulta ritiene inammissibile il richiamo all'art. 25, comma secondo, Cost. – 4. Viceversa, ammette la questione relativa agli artt. 3 e 27 Cost. e ne dà una lettura congiunta. – 5. Cosa ha sancito la Corte con la sentenza n. 40 del 2019. – 6. Una nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale in materia penale? Cenni a possibili soluzioni alternative.

Data della pubblicazione sul sito: 13 aprile 2020

Suggerimento di citazione

A. MAZZOLA, *La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate.Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoressa in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Brescia.

1. Alcune valutazioni introduttive sulla sentenza n. 40 del 2019

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 40 del 2019[1], è stata chiamata a interrogarsi sul principio di proporzionalità della pena come limite alla discrezionalità del legislatore. A seguito di un accurato ragionamento la Consulta ha sancito l'illegittimità del minimo edittale di anni otto di reclusione previsto per il delitto dell'art. 73, comma primo, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico stupefacenti) che sanzionava i fatti di non lieve entità relativi alle c.d. droghe pesanti. Per effetto della sentenza il minimo edittale è stato sostituito con quello di anni sei di reclusione.

Ad avviso del giudice *a quo*, la differenza di quattro anni di reclusione tra la fattispecie di lieve entità e quella di non lieve entità era lesiva della posizione del singolo sia perché la disposizione era la normativa di risulta della declaratoria di incostituzionalità pronunciata con la sentenza n. 32 del 2014[2], sia perché, così po-

---

[1] La vicenda trae origine da un processo penale pendente presso la Corte d'appello di Trieste che aveva considerato eccessiva la sanzione di otto anni di reclusione rispetto alla condotta posta in essere dall'imputato. La condotta in questione era essenzialmente al confine con la fattispecie di lieve entità disciplinata dal quinto comma dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 e perciò punita in modo sensibilmente inferiore. Cfr. sul punto R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul 'quantum' di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 967 ss.; C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 994 ss.; F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale? A margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Diritti comparati*, 15 aprile 2019; G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 10/2019, p. 1403 ss.; M. PASSIONE, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 3/2019. Si veda anche M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

[2] Con tale pronuncia la Consulta ha affermato l'illegittimità costituzionale della Legge 21 febbraio 2006, n. 49 (anche nota come Legge Fini-Giovanardi) di conversione del Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 che aveva novellato il D.P.R. n. 309 del 1990. Con la Legge n. 49 erano state inasprite le sanzioni relative alle condotte di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti ed era stata annullata la distinzione tra le c.d. droghe leggere e le c.d. droghe pesanti. Dichiarando l'illegittimità della Legge a causa di un vizio formale – cioè la violazione dell'art. 77, comma 2 della Costituzione, dunque senza entrare nel merito della norma – la Corte ha "riesumato" la previgente disciplina

del D.P.R. a norma della quale l'uso di droghe "pesanti" comporta l'aggravamento sanzionatorio della reclusione (da otto a vent'anni e non più da sei a venti). Mentre, per le droghe "leggere" il trattamento sanzionatorio è quello sancito dal comma quarto dell'art. 73 T.U. stupefacenti (reclusione da due a sei anni), notevolmente inferiore a quanto previsto con la c.d. Legge Fini-Giovanardi. Inoltre, con la sentenza n. 32 del 2014 il Giudice costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di numerose disposizioni inserite nella legge di conversione del decreto-legge a causa della loro eterogeneità rispetto al testo del decreto-legge convertito e, soprattutto, a cagione dell'assenza di un'interrelazione funzionale con esso. Si è parlato in proposito di vizio dell'atto, ovvero di un vizio formale (cfr. su quest'ultimo aspetto F. MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 2003, p. 43 ss.). La Corte, invero, ha affermato che «l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa» (§ 5 *Considerato in diritto*), perciò l'unica conseguenza è il "ripristino" della normativa modificata per effetto della legge dichiarata incostituzionale. La Consulta ha così ristabilito l'applicabilità della normativa previgente, ripristinando tuttavia «un trattamento penale più gravoso (in talune ipotesi) rispetto a quello introdotto dalla legge dichiarata incostituzionale» comportando così un effetto di riviviscenza *in malam partem* (P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "*tamquam non essent" *anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017, p. 4). Sulla sentenza n. 32 del 2014 c'è un'ampia letteratura, cfr. A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 T.U. Stup.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 febbraio 2014; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale (nota a C. cost. 25 febbraio 2014, n. 32)*, in *Giur. cost.*, 1/2014, p. 505 ss.; A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme più favorevoli" ad una svolta. La corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge delega*, in *Osservatorio AIC*, giugno 2014; G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 396 ss.; G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della "omogeneità normativa"*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; G.M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi*, 11 luglio 2014; F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *federalismi*, 11 luglio 2014. Specificamente sulla reviviscenza della normativa abrogata si veda, *ex multis*, F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, 1972, p. 647 ss.; A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi* (voce), in *Enciclo-*

sta, incoraggiava i Giudici di merito ad allargare l'ambito applicativo delle ipotesi di lieve entità previste dal quinto comma in tutti i casi "limite".

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Consulta ha affermato che la differenza di quattro anni tra il minimo edittale previsto per la fattispecie relativa alle droghe pesanti (anni otto di reclusione) e la pena massima prevista per quella di lieve entità (anni quattro) comportava una discontinuità sanzionatoria che si poneva in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di rieducazione della pena (art. 27 Cost.). La pronuncia rileva per la parte in cui ha aperto la strada al sindacato sulla pena in virtù della rivalutazione dei limiti edittali, anche in assenza di un'opzione costituzionalmente obbligata.

Il Giudice costituzionale ha avallato il percorso iniziato con la sentenza n. 179 del 2017 con la quale aveva sollecitato il legislatore a intervenire modificando il trattamento sanzionatorio degli illeciti in materia di stupefacenti ristabilendo ordine tra le pene previste per i fatti di lieve entità e per quelli di non lieve entità di cui all'art. 73, commi 1 e 5 T.U. stupefacenti. Siccome con la sentenza n. 179 la Consulta «aveva invitato in modo pressante il legislatore a risanare la frattura» presente nell'ordinamento e siccome l'invito è rimasto inascoltato, «la Corte ha ritenuto ormai indifferibile il proprio intervento per correggere l'irragionevole sproporzione»[3] vigente nel sistema penale italiano.

2. I precedenti della Corte costituzionale

La Corte costituzionale è intervenuta in materia penale mediante una pronuncia manipolatoria già con la sentenza n. 236 del 2016[4]. In quell'occasione si era oc-

---

pedia giuridica, Roma, 1998, p. 5 ss.; A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione. La reviviscenza di norme abrogate*, Torino, 1998.

[3] Comunicato stampa della Corte costituzionale, 8 marzo 2019.

[4] La peculiarità di questa sentenza consiste nella possibilità di verificare la proporzionalità della pena in maniera assoluta rispetto all'offensività in astratto di un reato, tanto è vero che la Consulta si è dotata di una tecnica di giudizio inedita con riguardo alla cornice edittale della pena, preoccupandosi di sanzionare lo sviamento funzionale rispetto al suo finalismo rieducativo. In questo caso il *tertium comparationis* è utilizzato esclusivamente *ex post*, così da offrire una sola risposta sanzionatoria coerente al quadro normativo vigente. Per di più, entra in gioco solo in un secondo momento e funge da modello al quale attingere per individuare la soluzione normativa idonea a riempire il vuoto che altrimenti residuerebbe all'indomani di una declaratoria di incostituzionalità. Con questa pronuncia peraltro il sindacato di costituzionalità della pena diventa a rime "possibili" e non più "obbligate", integrando una sostituzione sanzionatoria immediatamente applicabile onde evitare vuoti di tutela penale provvisori e transitori. Cfr. su questa sentenza E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

cupata del principio della proporzionalità della pena che era assurto al novero di limite alla discrezionalità delle scelte del legislatore[5]. Detto principio, dato dalla lettura combinata degli articoli 3 e 27 Cost., «nega[re] legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

La novità della pronuncia risiede nell'individuazione del *thema decidendum*, giacché accanto all'articolo 3 della Costituzione è stato invocato il comma terzo dell'articolo 27[6]. Non solo, la pronuncia ha aperto la strada a una tecnica che permette di svincolare la valutazione della proporzionalità della pena da un necessario *tertium comparationis* che si caratterizzi per il medesimo disvalore, ma per un diverso trattamento sanzionatorio. Ciò nonostante, pur risolvendo la questione nel senso dell'illegittimità della norma contestata in virtù della lettura congiunta degli articoli 3 e 27 della Costituzione, il Giudice costituzionale ha insistito per un intervento del legislatore «che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame» (§ 5 *Considerato in diritto*).

4/2016, p. 1956 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Diritto penale e processo*, 4/2017, p. 473 ss.; M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione stato mediante falsità e principio di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 6/2017, p. 1431 ss.; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 381 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, p. 785 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *Discrimen*, 23 maggio 2019.

[5] V. su questo specifico aspetto D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017.

[6] Su questo passaggio si sofferma la Corte che, sin dall'apertura della motivazione, afferma che «il tratto caratteristico» della questione «risiede nella censura di manifesta irragionevolezza intrinseca» e che, così poste, le questioni «sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*» (§ 4.3 *Considerato in diritto*).

A tal proposito la stessa Corte indica «il proprio intervento manipolativo come "transitorio"»[7], conscia di aver superato i confini che la separano dal legislatore incidendo sul *quantum* della pena[8].

Non può peraltro essere sottaciuto che la Consulta ha sollecitato in più occasioni l'intervento del legislatore affinché ristabilisse ordine nell'ordinamento, onde evitare che fosse essa stessa a incidere la materia con pronunce di tipo caducatorio. È nel solco di questi inviti al legislatore che si inserisce la sentenza n. 40 del 2019, la quale, nella motivazione, fa espresso riferimento a sue precedenti pronunce.

Rileva inoltre la sentenza n. 148[9] del 2016, terminata con una pronuncia di inammissibilità per vizi dell'ordinanza di rimessione.

Le sentenze nn. 233[10] e 222[11] del 2018 con le quali la Corte costituzionale si è dichiarata competente a sostituirsi al legislatore qualora le disposizioni normative approvate ledano fondamentali beni giuridici.

---

[7] M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 19.

[8] La perplessità del Giudice costituzionale in ordine a tali interventi è evidente se si considera che talvolta ha lasciato spazio al *self-restraint* a favore del legislatore (cfr. la sentenza n. 223 del 2015 con la quale ha mantenuto nell'ordinamento una norma divenuta incostituzionale), talaltra invece è intervenuta con pronunce manipolative (come con le sentenze nn. 229 del 2015 e 56 del 2016) che, benché possano far ritenere che la Consulta rispetti la discrezionalità del legislatore, creano problemi nel momento in cui vengono inserite nell'ordinamento.

[9] Già con questa sentenza la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla sproporzione del minimo edittale (pari a otto anni di reclusione) previsto dall'art. 73, comma 1, D.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle condotte di non lieve entità concernenti le droghe c.d. pesanti. La questione di legittimità era stata dichiarata inammissibile perché il rimettente aveva sollecitato, da un lato, il controllo di ragionevolezza *intrinseca* in relazione alla sproporzione dell'elevato minimo edittale e, dall'altro lato, lo scrutinio di ragionevolezza *estrinseca* in virtù del confronto tra il massimo edittale (pari a quattro anni di reclusione) previsto invece dall'art. 73, comma 5 per le condotte di lieve entità aventi ad oggetto qualsiasi sostanza stupefacente. La ragione di fondo della questione consisteva nel fatto che la norma prevedeva una «divaricazione punitiva eccessiva per reagire a comportamenti non così distanti, invece, in termini di offensività» (S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 31), tuttavia il giudice *a quo* non aveva suggerito alcun parametro che orientasse la Corte verso una soluzione costituzionalmente obbligata e quindi si pronunciò per l'inammissibilità.

[10] L'elemento innovativo della pronuncia risiede nel fatto che il Giudice costituzionale ha dichiarato la legittimità del proprio intervento laddove le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli «e il sistema legi-

Ma, ancor più, la sentenza n. 179 del 2017 e l'ordinanza n. 184 del 2017 che hanno dato vita a pronunce di inammissibilità poiché i giudici *a quo* «non avevano individuato "soluzioni costituzionalmente obbligate" idonee a rimediare al *vulnus* costituzionale denunciato»[12].

Segnatamente, la sentenza n. 40 del 2019 segue la via intrapresa dalla sentenza n. 179 del 2017[13] con la quale la Corte ha affermato che il trattamento sanziona-

---

slativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche *alternative tra loro*» (§ 3.1 *Considerato in diritto*. Corsivo mio). Per un approfondimento si rimanda a M.C. UBIALI, *Una pronuncia della Corte costituzionale in tema di pena pecuniaria proporzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2019, p. 614 ss.; M. TARANTINO, *La retroattività della sanzione amministrativa più gravosa della sostituita sanzione penale: note a margine della sentenza della Corte costituzionale 5 dicembre 2018, n. 233*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2019; E. APRILE, *Per la Corte costituzionale è legittima la pena pecuniaria proporzionale prevista per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri*, in *Cassazione penale*, 4/2019, p. 1555 ss.

[11] La Consulta in questo caso è intervenuta con una pronuncia di tipo sostitutivo dando vita a «una vera e propria [nuova] disposizione» (E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, cit., p. 9), ponendo l'accento sull'«inerzia del legislatore rispetto ad un precedente monito» (M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., p. 651) e dichiarando di non essere più vincolata, «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» (§ 8.1 *Considerato in diritto*). La Corte ha infatti affermato che affinché possa intervenire non è necessario che sia presente nell'ordinamento una soluzione costituzionalmente vincolata idonea a sostituirsi a quella censurata, giacché è sufficiente rinvenire «punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» nel sistema costituzionale italiano (Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2016). V. R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 6/2018, p. 2566 ss.; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2018; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, p. 183 ss.; G. DE MARZO, *Nota a Corte cost., sent. 222/2018*, in *Il Foro italiano*, 1/2019, p. 15 ss.; E. APRILE, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessori*, in *Cass. pen.*, 3/2019, p. 1004 ss.; F. BARBERO, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta: l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2019.

[12] Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2019, § 4.1 *Considerato in diritto*.

[13] La Corte costituzionale è stata chiamata a verificare la sussistenza dell'(eventuale) irragionevolezza del divario sanzionatorio tra il minimo della pena per i fatti di non lieve entità relativi alle c.d. droghe pesanti – per i quali era prevista la pena minima di anni otto

torio previsto dall'art. 73 T.U. stupefacenti non era lesivo dei principi di ragionevolezza, uguaglianza, offensività e proporzionalità della pena, pur tuttavia invitando il legislatore a intervenire «prima di una (futura ma possibile) pronuncia di illegittimità costituzionale»[14]. La Consulta aveva altresì sollecitato un rinnovo della disciplina attraverso una riformulazione dei parametri edittali delle pene delle fattispecie previste nell'art. 73, «risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990» (§ 8 *Considerato in diritto*). In quell'occasione la Corte ha riaffermato la non piena discrezionalità del legislatore circa le scelte sulla misura della pena, giacché queste devono essere conformi ai principi sanciti dagli artt. 3 e 27 Cost. Inoltre, ha ribadito «il limite dell'intervento censorio» perché la Corte non può sostituirsi alle scelte del Legislatore, «quantunque costituzionalmente illegittime», mediante «proprie ed autonome qualificazioni punitive»; diversamente «invaderebbe un campo di discrezionalità intangibile»[15].

Il Giudice delle leggi ha affermato che la sola via praticabile per incidere sulla dosimetria della pena consiste nell'individuare, nel sistema penale vigente, una

---

di reclusione – e il massimo della pena per i fatti di lieve entità concernenti tutte le sostanze stupefacenti – in relazione ai quali era stata sancita la pena massima di anni quattro di reclusione. La pronuncia ripercorre la propria giurisprudenza «sull'ampiezza e i limiti del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale, in riferimento alle norme sanzionatorie» (§ 4 *Considerato in diritto*) affermando che il principio di legalità dell'art. 25 Cost. rimette le scelte relative alla misura della pena alla discrezionalità del legislatore, quantunque il risultato dell'esercizio della discrezionalità possa essere realizzato solo avendo riguardo ai parametri costituzionali sanciti dagli artt. 3 e 27 Cost. La Consulta si è pronunciata per l'inammissibilità della questione perché lo iato sanzionatorio poteva essere risolto attraverso diverse soluzioni costituzionalmente orientate, ha inoltre affermato che è suo precipuo compito «richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità». Nondimeno, laddove l'organo legislativo non dovesse accogliere il monito inviato dalla Corte, allora sarà «successivamente obbligata a intervenire, non mai *in malam partem*, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza» (§ 4.6 *Considerato in diritto*). V. *ex multis* G. AMATO, *Soluzione obbligata che "bacchetta" la Cassazione*, in *Guida al diritto*, 33/2017, p. 24 ss.; E. APRILE, *"Monito" della Consulta al legislatore sulle sproporzioni del trattamento sanzionatorio previsto per i reati in materia di stupefacenti*, in *Cassazione penale*, 11/2017, p. 3988 ss.; F. BAILÒ, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179 del 2017)*, in *Studium iuris*, 3/2018, p. 306 ss.

[14] C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11/2017, p. 231.

[15] S. MESSINA, *Costituzionalità del regime sanzionatorio delle sostanze stupefacenti*, in *Il diritto amministrativo. Rivista giuridica*, 1/2020.

disposizione sanzionatoria che possa sostituirsi a quella colpita dalla scure dell'incostituzionalità dimodoché, da un lato, non si verifichino *vulnus* normativi e, dall'altro lato, sia rispettata la riserva di legge dell'art. 25, secondo comma Cost. Qualora tali strade non siano percorribili la Corte dovrà sollecitare un intervento legislativo che, se non accolto, legittimerà la Consulta a pronunciarsi, purché «non *in malam partem* e sempre nei limiti fissati dalla giurisprudenza»[16].

La Corte ha così posto le basi per «afferma[re] di non potersi sottrarre al controllo circa la ragionevolezza e la proporzionalità della pena, ma – allo stesso tempo – di non poter decidere arbitrariamente quale sia quella preferibile tra le tante soluzioni costituzionalmente accettabili»[17], inviando pertanto un puntuale monito al legislatore[18]. Con la sentenza n. 179 del 2017 la Consulta specifica che solo il legislatore può (deve) rimediare all'«anomalia sanzionatoria» scegliendo tra una «pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime» (§ 7 *Considerato in diritto*). Per tali ragioni termina la pronuncia con un «pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi» (§ 8 *Considerato in diritto*).

Questione analoga è stata oggetto dell'ordinanza n. 184 del 2017[19] che prendeva le mosse dal trattamento sanzionatorio previsto per le c.d. droghe pesanti

---

[16] *Ivi*.

[17] C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, cit., p. 234.

[18] Con il quale dichiara che «in assenza di una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema giuridico, questa Corte reputa necessario […] richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa […]. In mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente obbligata a intervenire» (§ 4.6 *Considerato in diritto*).

[19] Il Giudice delle leggi in quest'occasione non ha accolto la questione di legittimità a causa delle contraddittorietà interne del quesito perché «il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale costituirebbero fonti del diritto equiparate alla legge – e, dall'altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.» (ord. n. 184 del 2017). La Consulta ha inoltre affermato che la questione posta con riguardo all'articolo 25, secondo comma della Costituzione era inammissibile perché tendeva a risolversi in «un improprio tentativo di impugnazione», già vietato dal terzo comma dell'articolo 137 Cost. e che, peraltro, avrebbe determinato «un inammissibile ripristino di una disciplina sanzionatoria contenuta in una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per vizi procedurali di tale gravità da determinare l'inidoneità dello stesso a innovare l'ordinamento» (ord. n. 184 del 2017). Cfr. P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle*

così come modificato con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. In quest'occasione la Consulta ha affermato che «la reviviscenza della normativa in materia di stupefacenti abrogata dalla legge *ritenuta* viziata» determina la reintegrazione «di un trattamento penale più gravoso rispetto a quello introdotto dalla legge ritenuta incostituzionale»[20]. Vale la pena ricordare che il giudice rimettente non aveva chiesto la revisione di una precedente pronuncia, bensì una nuova valutazione di legittimità costituzionale dell'art. 73, primo comma del T.U. stupefacenti che aveva riacquisito valore a seguito della sentenza n. 32 del 2014. Com'è noto, la reviviscenza della precedente disciplina è *ex se* sottratta al sindacato di costituzionalità, altrimenti si riconoscerebbe a quella normativa una specifica capacità di resistenza – che non ha – *anche* nei confronti del sindacato di costituzionalità.

3. La Consulta ritiene inammissibile il richiamo all'art. 25, comma secondo, Cost.

La sentenza n. 40 del 2019, continuando il percorso giurisprudenziale intrapreso, prende le redini della questione ritenendo ormai indifferibile l'intervento del legislatore. I Giudici di Palazzo della Consulta dichiarano inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione perché, così come presentata, sarebbe «una censura degli effetti della sentenza di questa Corte n. 32 del 2014, di cui costituisce un improprio tentativo di impugnazione» (§2 *Considerato in diritto*).

Giova precisare che nonostante la sentenza n. 32 del 2014, non si è verificato alcun effetto abrogativo e perciò nessuna vicenda di successione delle norme penali generali che altrimenti avrebbero posto limiti all'intervento – *in malam partem* – del Giudice costituzionale. Ne deriva allora che non avrebbe potuto configurarsi la violazione della riserva di legge dell'art. 25, secondo comma della Costituzione, posto che la Corte ha espunto dall'ordinamento «un atto *apparentemente*

---

fonti delle leggi "tamquam non essent" *anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, cit.; C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018; S. IOPPOLI, *Una inammissibilità annunciata tra riserva di legge e proporzionalità della pena*, in *La giustizia penale*, 6/2018, p. 185 ss.

[20] C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, cit., p. 5.

legislativo»[21] che, in quanto incostituzionale, non aveva consentito alla norma di esplicare i propri effetti, ripristinando così la disciplina precedente.

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Consulta ricorda che nella giurisprudenza costituzionale non è mai stato accolto l'assunto dal quale muove il giudice rimettente circa la riserva di legge dell'articolo 25 della Costituzione; viceversa, in circostanze ben determinate sono stati accettati «interventi con possibili effetti *in malam partem* in materia penale, restando semmai da verificare l'ampiezza e i limiti dell'ammissibilità di tali interventi nei singoli casi» (§ 2 *Considerato in diritto*). Specifica inoltre che l'effetto peggiorativo è consentito nella misura in cui deriva dalla «rimozione di disposizioni costituzionalmente illegittime», atteso che l'effetto *in malam partem* è lecito in quanto «mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore» (§ 2 *Considerato in diritto*) [22].

Il Giudice delle leggi ha dunque affermato il proprio e legittimo potere a adottare pronunce che realizzano un effetto deteriore in materia penale, intendendosi con tale attività la naturale conseguenza della propria funzione e cioè la *reductio ad legitimatem* della norma dichiarata costituzionalmente illegittima. Nel settore penale dell'ordinamento costituzionale italiano, infatti, sono consentiti effetti peggiorativi solo mediante pronunce ablative, così avvalorando il corollario dell'articolo 25 Cost. e cioè che la Corte costituzionale non è assistita dalla possibilità di introdurre in via additiva reati nuovi, né può ampliare o aggravare fattispecie di reato già previste dall'ordinamento costituzionale.

4. Viceversa, ammette la questione relativa agli artt. 3 e 27 Cost. e ne dà una lettura congiunta

La Corte costituzionale ha accolto la questione sollevata dal giudice *a quo* ritenendo illegittimo il divario sanzionatorio di quattro anni – pari al doppio – tra il massimo della pena per il fatto di lieve entità (art. 73, comma 5) e il minimo della

---

[21] P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "*tamquam non essent" *anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, cit., p. 11.

[22] La Corte costituzionale affronta il caso posto dal rimettente al precipuo scopo di evitare "zone franche" (esenti dal sindacato di costituzionalità), là dove è pregnante l'esigenza di assicurare tutela ai diritti fondamentali. Evidenzia, in particolare, che in «assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate» essa è legittimata a intervenire sulla misura sanzionatoria in virtù «degli approdi cui è giunta la più recente giurisprudenza costituzionale relativa all'ampiezza e ai limiti dell'intervento di questa Corte sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

pena per il fatto di non lieve entità (art. 73, comma 1). Tale discrasia, infatti, renderebbe dubbia l'attività sanzionatoria del Giudice di merito che, nella valutazione del caso concreto, potrebbe incorrere nel vizio di punire con modalità incoerentemente differenti fatti che – con riguardo all'offensività dell'illecito – si collocherebbero al limite tra la (non) lieve entità. Da ciò trae origine la violazione dei fondamentali principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza dell'articolo 3 Cost., nonché del principio di rieducazione della pena ai sensi dall'articolo 27[23].

La Consulta ha superato il vincolo delle "rime obbligate" facendo leva sulle proprie recenti sentenze concernenti i limiti e l'estensione del sindacato delle sanzioni penali. Tanto è vero che si è dichiarata legittimata a intervenire «quando le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da "ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze"» (§ 4.2 *Considerato in diritto*)[24].

Siccome «oggetto della questione di legittimità costituzionale non è la "disposizione" astrattamente intesa, bensì la "norma", ossia la disposizione interpretata»[25], la Corte ammette l'esame *nel merito* della questione presentata dai Giudici

---

[23] Viepiù, il Giudice costituzionale, affermando che tale soluzione non è obbligatoria, ha considerato costituzionalmente legittima la previsione della pena minima pari ad anni sei di reclusione introdotta con una precedente pronuncia (la n. 32 del 2014) caratterizzata da un indubbio contenuto sostitutivo.

[24] A tal proposito afferma che «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*, essendo sufficiente che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" (sentenza n. 236 del 2016), ancorché non "costituzionalmente obbligate", che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

[25] M. D'AMICO, F. BIONDI, *Art. 134, 1° alinea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 2582. Com'è noto, il giudizio sulle norme è legittimo «se ed in quanto la norma non è solo una interpretazione tra le tante, ma è la disposizione interpretata ossia è diritto oggettivo essa stessa. Solo se l'interpretazione ha dignità di norma può essere cancellata dalla Corte» (*Ibidem*). Cfr. su questo aspetto V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 207 ss.; ID., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, V, Milano, 1969, p. 2872 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 42 ss.

triestini giungendo a individuare nell'art. 73 c. 5 il modello normativo di riferimento per disporre un trattamento sanzionatorio conforme a Costituzione. Ha affermato inoltre che la soluzione di questi problemi, a fronte della sordità del legislatore – che non ha novellato il T.U. stupefacenti dopo la sentenza n. 179 del 2017 – non può più essere rimandata perché è stringente la necessità di garantire i diritti fondamentali della persona e, in particolare, la libertà personale[26].

La Corte ha così posto l'accento sulla circostanza che la misura della pena, ancorché «non costituzionalmente obbligata», non può essere arbitraria, atteso che trae origine «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore» (§ 5.3 *Considerato in diritto*). Dopo aver eliminato l'irragionevolezza intrinseca dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, la Corte auspica che il legislatore rivaluti gli argini sanzionatori previsti dal T.U. stupefacenti, a condizione che il principio di proporzionalità venga rispettato.

L'elemento innovativo della sentenza n. 40 risiede, da un lato, nel fatto che la Corte è intervenuta proprio a causa dell'inattività del legislatore e, dall'altro lato, nel fatto che il giudice *a quo* è stato in grado di fornire alla Corte costituzionale punti di riferimento e soluzioni già esistenti nell'ordinamento giuridico. Il Giudice delle leggi, con la sentenza che si commenta, ha garantito l'effettività del principio della proporzionalità della pena previsto in Costituzione (artt. 3 e 27 Cost.) e ha altresì assicurato il rispetto dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[27] riuscendo a salvaguardare i diritti fondamentali anche nei

---

[26] A tal proposito la Corte sostiene che l'estensione del divario sanzionatorio tra i commi primo e quinto dell'art. 73 «condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto […], con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte» (§ 5.2 *Considerato in diritto*), esplicitando così la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione della pena.

[27] Rubricato *Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*, sancisce «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». V. *ex multis*, M. D'AMICO, *Art. 49*, in R. BIFULCO, M.

settori in cui la discrezionalità del legislatore è stata, talvolta, ritenuta insindacabile.

5. Cosa ha sancito la Corte con la sentenza n. 40 del 2019

La soluzione offerta dalla Corte costituzionale mira a impedire che a una pena sproporzionata si sostituisca una pena che sia anch'essa sproporzionata. Benché la sanzione di anni sei di reclusione sia stata "riesumata" con la sentenza n. 32 del 2014, resta il fatto che la stessa è stata dichiarata incostituzionale. È per tali ragioni che nella sentenza n. 40 del 2019 si rinvengono richiami ad altri riferimenti normativi che permettono di individuare il *quantum* di pena da sostituire a quella (contestualmente) dichiarata incostituzionale. Il Giudice delle leggi, specificando i limiti e le condizioni del proprio intervento in materia penale, ammette che «la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità» (§ 5.3 *Considerato in diritto*).

Da questo passaggio si evince che la Consulta deve intervenire anche nelle materie coperte da riserva di legge, quantunque non possa vincolare la propria pronuncia ad una soluzione "già data" dalla Costituzione, a maggior ragione là dove la questione controversa ammette una pluralità di soluzioni di natura (squisitamente) discrezionale perché di competenza legislativa. La Corte ha infatti ribadito la primazia del legislatore in quanto organo naturalmente posto all'esercizio del potere legislativo, purché tenga conto sia del principio di proporzionalità, sia del principio di ragionevolezza. Del resto, il fine è «evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale» (§ 4.2 *Considerato in diritto*).

6. Una nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale in materia penale? Cenni a possibili soluzioni alternative

La Corte costituzionale, giudice speciale *ad hoc*, è garante della Costituzione e del suo effettivo rispetto. Suo precipuo compito è vagliare la conformità delle leggi alla Carta costituzionale nel rispetto di quel «valore necessario» che è posto a presidio «di ogni forma democratica di Stato e di governo»[28]. D'altro canto, il

---

CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 334 ss.

[28] H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 293.

Giudice costituzionale con il suo sindacato non dà vita a una propria volontà politica contraria a quella espressa dal legislatore, piuttosto attua la *voluntas Constitutionis* che si ritiene essere stata violata dal legislatore. La Consulta è altresì chiamata a intervenire in quanto organo di garanzia posto a presidio della Costituzione che, com'è noto, pone al centro «la persona umana, soggetto, fondamento e fine dell'ordinamento repubblicano», che gode dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.) «ad essa consustanziali, non cristallizzati, che ad essa si riconnettono nel continuo fluire della storia, che l'ordinamento statuale riconosce, non crea»[29]. L'espressa previsione che la Corte costituzionale possa annullare una legge del Parlamento (art. 134, primo comma Cost.) non solo è la «massima espressione della rappresentanza del popolo sovrano», ma è altresì la palmare dimostrazione del fatto che «nessuno, nemmeno il popolo, è più "sovrano" assoluto, dovendo tutti operare "nei limiti della Costituzione"»[30].

La circostanza che in un ordinamento il sindacato di costituzionalità sia affidato a un'istituzione speciale che ha il preciso scopo di svolgere tale funzione, diventa uno strumento tanto opportuno, quanto necessario, affinché sia preservata la realizzazione dei principi democratici dello Stato democratico di diritto. Le decisioni della Consulta hanno invero efficacia *erga omnes* e i "precedenti" assumono un'importanza fondamentale perché esprimono l'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, cioè «lo schema formale sulla cui base l'ordinamento giuridico si evolve, in relazione alle esigenze della collettività, che si vengono affermando nel corso storico»[31].

Il legislatore ordinario, «spesso impossibilitato […] ad esercitare adeguatamente le funzioni essenziali attribuitegli dalla Costituzione»[32], ha determinato il costante intervento della Corte che supplisce la stasi degli organi costituzionalmente previsti grazie alla propria attività interpretativa[33]. Tale circostanza ben si

---

[29] N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana della Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995, p. 76.

[30] V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, I, Milano, 2006, p. 1668.

[31] F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scajola*, IV., Bologna, 1953, p. 361.

[32] N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale: «esigenza intrinseca» della Costituzione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, III, *Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006, p. 542.

[33] Tale circostanza ha portato una modifica nell'attività classicamente intesa della Corte che, accanto alle sentenze interpretative e manipolative ha dovuto dar vita a un ampio ventaglio di decisioni, tra le quali: sentenze prescrittive, sentenze normative, sentenze auspicio, sentenze monito, sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, etc. (Cfr. sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 403 ss.; G. ZAGRE-

verifica con la sentenza n. 40 del 2019 ove il Giudice delle leggi, accogliendo la questione di costituzionalità dell'articolo 73, primo comma, D.P.R. n. 309 del 1990, ha considerato costituzionalmente proporzionata, benché non obbligata, la pena minima di anni sei di reclusione introdotta con un dispositivo avente natura sostitutiva. Siccome la Corte, quando accoglie le eccezioni di legittimità costituzionale non si limita a caducare le disposizioni legislative impugnate, ma cerca di auto-limitare il proprio intervento demolitorio non facendo cadere la norma nella sua interezza, ma impegnandosi a "puntellarla" aggiungendovi qualcosa o, come nel caso in esame, sostituendo l'elemento mancante, si suole parlare di «sentenze interpretative di accoglimento»[34], altrimenti dette «sentenze manipolatrici» o «manipolative»[35]. Con queste sentenze la Corte costituzionale non incide sulle disposizioni di legge, ma dichiara l'illegittimità di «uno o più significati in esse contenuti, o per meglio dire da esse deducibili»[36]. Sono cioè sentenze che mediante l'attività interpretativa considerano un solo significato tra i molteplici che possono essere attribuiti ad una disposizione legislativa e, individuando in questo l'incostituzionalità della norma, lo dichiarano illegittimo[37]. Tuttavia, secondo parte della dottrina[38] tali pronunce sono difficilmente conciliabili con il diritto penale perché l'ambito dei fatti punibili deve essere ristretto e ben specificato, onde

---

BELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 192 ss.). Si è dunque registrato, per garantire la tutela della Costituzione, «un allargamento delle funzioni e del ruolo della Corte» che muove i suoi primi passi proprio nel momento in cui gli organi che avrebbero dovuto agire «non ha[nno] esercitato le funzioni e il ruolo, consacrati nella Costituzione» e non si sono nemmeno preoccupati di opporsi per la salvaguardia «della propria posizione nell'ordinamento e delle proprie prerogative» (N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, Bologna, 1978, p. 64).

[34] V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 9 ss.

[35] Cfr. L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 562 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 58 ss. Specificatamente in materia penale si veda A. PUGIOTTO, *Sentenze normative: legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4214 ss.

[36] A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in AA. VV., *Studi in onore di Giacchino Scaduto*, Padova, 1979, p. 353.

[37] Cfr. G. BRANCA, *L'illegittimità parziale delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, p. 62.

[38] A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, cit.; ID., *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3464 ss.

evitare la violazione del principio di eguaglianza[39]. Inoltre, si considera necessario salvaguardare il principio di legalità dell'art. 25 Cost., giacché con tali sentenze il Giudice costituzionale arroga a sé una competenza *politica* – che non gli è propria – nella scelta delle pene[40].

Con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte costituzionale ha adottato due strumenti decisionali per valutare la questione di legittimità delle pene. In particolare, da un lato si è servita della tecnica del *tertium comparationis*[41] e, dall'altro lato, ha svincolato la proporzionalità della pena all'offensività (in astratto) del reato in questione. In quest'ultimo caso «il problema non è più l'irragionevole disparità di trattamento tra due fattispecie analoghe, ma è l'intrinseca irragionevolezza – *sub specie* di manifesta sproporzione per eccesso – del trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie sottoposta all'esame della Corte»[42] e il *tertium comparationis* è utilizzato solo *ex post*, avendo come unico scopo l'individuazione di un trattamento sanzionatorio in armonia con il quadro normativo vigente. Viepiù, con la pronuncia in esame la Consulta sembra addirittura adoperare due differenti *tertia comparationis* perché prima richiama l'art. 73, comma 5, T.U. stupefacenti per affermare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio del minimo edittale di anni otto di reclusione previsto dal primo comma. Poi indaga i commi 4 e 1 dell'art. 73, i quali prevedono la pena di anni sei – come limite edittale massimo, nel primo caso e minimo, nel secondo – ravvisando in questo un trattamento san-

---

[39] Sul punto si rimanda a E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, cit.

[40] A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, cit., p. 4214, ma anche A. PIZZORUSSO, *Limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 2/1982, p. 309, il quale sosteneva che la Corte non può pronunciare sentenze sostitutive non tanto in virtù del principio di legalità, bensì a causa dell'art. 28 della Legge n. 87 del 1953, il quale preclude sia valutazioni politiche, sia il sindacato sul potere discrezionale del Parlamento. Peraltro, viene meno la possibilità per la Consulta di pronunciare sentenze manipolative quando queste comportano una scelta tra più soluzioni compatibili con la Costituzione, pur tuttavia non essendo precluse alla Corte là dove la modifica o la sostituzione della norma è la sola soluzione possibile.

[41] Trattasi peraltro di uno strumento imprescindibile nell'ambito del sindacato giuridico di proporzionalità, atteso che «il giudizio di proporzione può essere intrinseco solo per la volontà del legislatore […] mentre per la razionalità della giurisdizione il giudizio non può che essere "relativo", o meglio, *relazionale*» (R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 147).

[42] F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, p. 65.

zionatorio adeguato, logico e coerente ai principi cardine del sistema costituzionale italiano.

La Corte, per sanare il *vulnus* tra la sanzione e la condotta effettivamente realizzata, avrebbe dovuto piuttosto disciplinare – in una logica di continuità – la pena prevista per i fatti lievi di maggiore gravità e quella indicata per i fatti non lievi di minore intensità. In tal modo avrebbe altresì superato l'iniquità e la non uniformità delle pene previste e perciò delle diverse (e infondate) applicazioni della normativa in esame. Non solo, la Consulta avrebbe potuto sostituire la pena dichiarata incostituzionale con quella di quattro anni di reclusione, giustificata dal massimo edittale indicato per i fatti di lieve entità relativi alle "droghe pesanti" (art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti)[43].

---

[43] Cfr. C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, cit., p. 235.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Ai sensi della normativa vigente. Recensione al volume del Prof. Alfonso Celotto, *È nato prima l'uomo o la carta bollata?*, Roma, Rai Libri, 2020

LUCA DI MAJO*

Data della pubblicazione sul sito: 13 aprile 2020

Suggerimento di citazione
L. DI MAJO, Ai sensi della normativa vigente. *Recensione al volume del Prof. Alfonso Celotto,* È nato prima l'uomo o la carta bollata?*, Roma, Rai Libri, 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vaanvitelli", Caserta. Indirizzo mail: luca.dimajo@unicampania.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Il libro del Prof. Alfonso Celotto è una lettura intrigante e rivolta non soltanto a chi ha destrezza nella comprensione di un tema – la burocrazia ed il sistema regolatorio – particolarmente complesso, ma anche allo studente, al lavoratore, al pensionato, i quali almeno una volta nella vita hanno avuto a che fare con l'articolata macchina amministrativa e il capillare ordinamento normativo dello Stato italiano.

Attraverso numerosi esempi di *capolavori normativi e burocratici*, il Prof. Alfonso Celotto proietta il lettore direttamente nella realtà, fornendo un affresco sintomatico dell'"ingranaggio grande e complicato che troppo spesso non produce risultati, ma solo procedure, carte, dichiarazioni" (p. 113).

Una critica pulita, lineare, ma allo stesso tempo dura e tagliente della burocrazia italiana, definita "un mostro che non ha funzione" (p. 23), "pienamente legittima e conforme alla legislazione vigente, con le carte sempre a posto, ma estremamente complicata per i cittadini e le imprese (p. 92); "una grande macchina che ci accompagna e ci incalza dalla nascita alla morte, in ogni attimo della nostra vita, obbligandoci ad adempiere ad una serie di richieste formali: certificazioni, copie conformi, firme autenticate, nulla-osta, sempre ai sensi della normativa vigente" (p. 145) che si è tramutata in una sorta di "pedantocrazia, che ingloba, complica e procedimentalizza ogni attività umana. Un sistema con troppe regole, troppi enti, troppe carte. Procedimenti troppo lunghi che non guardano al risultato. Un linguaggio oscuro e autoreferenziale. Una enorme gabbia in cui è praticamente impossibile vivere legalmente" (pp. 176-177), paradossalmente "basata su regole e procedure puntuali, eppure non funziona[nti]" (p. 20).

Nell'approfondimento di queste espressioni significative si articola la *narrazione* del Prof. Alfonso Celotto che, da un lato mette in guardia il cittadino dai tranelli del "burocratese" (p. 42), ma dall'altro apre allo studioso del diritto una serie di finestre su alcuni *temi caldi* del dibattito dottrinario: qualità della normazione e semplificazione sono i due *fili rossi* che accompagnano le vicende descritte, alcune incredibilmente paradossali[1], che rendono perfettamente l'idea delle criticità di un sistema regolatorio obsoleto ed inidoneo a rispondere alle esigenze pluralistiche di cittadini ed imprese.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, i temi che riecheggiano nel volume continuano ad essere nervi scoperti sui quali si annida la storica inefficienza dello Stato, in cui regole oscure, oneri amministrativi, informativi e fiscali imperversano insistentemente sui cittadini e sulle imprese, generando effetti negativi sul rapporto tra regolatore e regolati, nonché sulla crescita e sullo sviluppo economico.

L'estenuante e costosa (p. 10) macchina burocratica statale e "l'antilingua inesistente" (p. 132) con la quale si rivolge al cittadino e alle imprese si riflettono

---

[1] Come ad esempio la vicenda della panificazione o dell'Inno di Mameli.

inevitabilmente sull'applicazione della normativa. Il tema della burocrazia è diventato, con il passare del tempo, un profilo critico della forma di stato e di governo, tanto che l'esperienza tutta italiana, risalente addirittura all'Impero Romano[2], evidenzia un altissimo grado di tecnicità, complessità, capillarità e la pervasività dell'apparato amministrativo statale.

Gli aspetti descritti dal Prof. Alfonso Celotto riportano all'attenzione temi cari a parte della dottrina costituzionalistica che ha affrontato i problemi della semplificazione normativa, amministrativa e della qualità della regolazione rispetto alla ingombrante invasione di qualsiasi profilo socio-economico da parte dello Stato nella vita quotidiana degli *stakeholder*.

Al problema della proliferazione continua delle leggi (c.d. *regulatory inflation*), di cui il Prof. Alfonso Celotto *prova* a fornire un dato numerico *preciso ma non troppo*[3], si accompagna spesso la scarsa qualità della legge stessa (c.d. *regulatory pollution*), gli enormi oneri burocratici e fiscali che imperversano sui cittadini e sulle imprese a causa della presenza di norme obsolete (pp. 49-50) che rappresentano, ancora oggi, un *freno a mano tirato* per lo sviluppo economico e la competitività del Paese.

Diverse sono le cause che lo stesso Prof. Alfonso Celotto individua tra le righe del suo libro richiamando, per ogni diversa tipologia di esempio proposto al lettore, il risvolto critico dal punto di vista del costituzionalista: l'accentuato policentrismo normativo, il riconoscimento di numerose competenze in Costituzione che richiedono adeguata disciplina e strutture amministrative per l'adempimento e l'attuazione, l'affannosa esigenza di visibilità del regolatore attraverso la continua attività di produzione normativa e di leggi manifesto (p. 35 ss.)[4]; la perdita della centralità della legge ordinaria e il progressivo accrescimento del ruolo del Governo in Parlamento, l'uso anomalo del potere di decretazione d'urgenza[5], il dirigismo economico, lo scarso utilizzo delle regole di *drafting*; la diffusione di atti normativi innominati e di incerta collocazione nel sistema delle fonti. L'insieme di questi fattori non soltanto si pongono all'origine di ipertrofia ed inquinamento normativo (p. 132 ss.), ma concorrono ad alimentare lentezza, corruzione (p. 173 ss.) complicazioni (p. 107)[6] che appaiono oggi elementi fisiologici di un sistema giunto ormai

---

[2] Il Prof. Alfonso Celotto descrive puntualmente, nelle pagine iniziali, alcuni profili storici di antiche vicende burocratiche.

[3] Per via della difficoltà ad enumerare puntualmente le norme in vigore, p. 25 ss.

[4] Come il femminicidio o l'omicidio stradale che, secondo l'Autore, "sono servite soprattutto a porre l'accento sulla gravità del problema e non certo a risolverlo", p. 37.

[5] Uno dei classici degli studi giuridici del Prof. Alfonso Celotto.

[6] Emblematico, tra tutti, il caso del mazzo di fiori con cui il Sindaco di Pesaro voleva omaggiare la vittoria di una giovane atleta (p. 109).

al collasso anche a causa delle riforme inutili di cui è stato passivo ed incolpevole vittima (p. 178 ss.).

Ciò ha modificato profondamente il rapporto tra governanti e governati: il punto di rottura secondo il Prof. Alfonso Celotto si individua nella trasformazione dallo Stato liberale allo Stato sociale, maggiormente sensibile alle diverse esigenze e rivendicazioni di un pluralismo sociale i cui attori chiedono insistentemente politiche maggiormente incisive, regolazioni protettive e redistributive della ricchezza. Da *guardiano notturno*, lo Stato si è posto sempre più come interprete dei bisogni dei cittadini attraverso politiche della differenziazione, della specialità, dell'eccezione. La durata delle regole si è fatta progressivamente più compressa e limitata, con lo Stato che ha preteso di disciplinare in modo così capillare la vita quotidiana dei cittadini che le regole sono state via via costruite per essere efficaci *puor l'espace d'un matin*[7], ovvero sottoposte a continue modifiche e abrogazioni (p. 43 ss.).

La produzione normativa è diventata sempre più incessante e incontrollata, le leggi spesso sovrapposte le une alle altre, ogni singola fattispecie ha avuto la sua particolare disciplina regolatoria per quante erano (e sono) le diverse sfumature.

L'evoluzione dei connotati classici della legge (astrattezza, generalità, chiarezza, parsimoniosità, stabilità) a favore di fenomeni disgregativi e dispersivi delle fonti del diritto ha colto impreparato il legislatore, palesando i limiti e l'incapacità in punto a produzione di buone regole che potessero sopravvivere al di là di quell'isolato episodio contingente e straordinario che ne aveva sollecitato l'adozione, privilegiando, al contrario, una regolazione balbettante, occasionale, sovrabbondante, disordinata, non riconducibile ad una ragione comune[8] e "prigionier[a] delle occasioni"[9].

Il sacrificio della certezza del diritto generato dalla moltiplicazione delle fonti[10] non può non avere impatti negativi sulla gestione del sistema amministrativo

---

[7] Secondo F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione della legge*, in AA.VV., *Scritti Carnelutti*, Vol. I, Padova, Cedam, la legge doveva essere periodicamente aggiornata se si vuole mirare ad attuare quel compito che il pubblico potere si è assunto sempre più ai nostri giorni, di regolare la nostra vita nelle singole e concrete determinazioni: curare la salute, assicurare la vecchiaia.

[8] Così F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3 ss.

[9] S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2009.

[10] F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi,* in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000.

statuale. Se le regole diventano complicate e non intellegibili, i funzionari amministrativi fanno fatica ad individuare l'anello di congiunzione tra le affermazioni di principio e l'operatività concreta delle stesse, annaspando nel *mare magnum* di una legislazione sempre più ipertrofica e sempre più oscura[11].

Non meno complesse le conseguenze sulla forma di governo in virtù delle prassi[12] distorsive, in cui il Parlamento è diventato sempre più "marginale" (p. 30) nell'ambito del rapporto fiduciario e relegato ad organo di "mera ratifica"[13] di scelte compiute al di fuori del tradizionale circuito politico-rappresentativo[14].

La tensione dei rapporti tra gli organi costituzionali ha poi trovato l'arena del conflitto nella Corte costituzionale[15], chiamata a pronunciarsi sulle principali violazioni dei procedimenti normativi, a partire dall'abuso della decretazione d'urgenza[16] e dei profili critici della decretazione delegata[17].

Per quanto concerne, infine, il profilo della semplificazione normativa ed amministrativa, il Prof. Alfonso Celotto individua senza mezze misure i profili problematici irrisolti da una continua opera di abbattimento e ricostruzione di regole e procedure di cui cittadini ed imprese ne farebbero volentieri a meno.

Rispetto alla dottrina che si è occupata dei temi affrontati dal volume del Prof. Alfonso Celotto, è opinione largamente condivisa che regole chiare, intellegibili, ben formulate sono tra "i fattori chiave per la competitività dei Paesi e la loro capacità di attrarre gli investimenti"[18]. Regolazione e politica economica sono infatti

---

[11] Il termine è stato coniato da M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, Laterza, 2010.

[12] Su cui A. BARBERA e T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2008.

[13] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 195.

[14] Su questo aspetto, mi si consenta un rinvio a L. DI MAJO, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 luglio 2016, nel quale indago sulle nuove forme di rappresentanza a partire dalla crisi dei partiti politici. Su tale ultimo tema, tuttavia, lo spunto è tratto da A. BARBERA, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006, p. 323 ss.

[15] Per una ricognizione, ancorché limitatamente ai profili della qualità della legislazione, si consenta un rinvio al mio *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 201-234.

[16] Su cui A. Celotto ben può essere considerato un *pioniere* con il suo *L'abuso del decreto legge*, Padova, Cedam, 1997.

[17] A. CELOTTO e E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo,* in *Enc. dir.,* VI agg., Milano, 2002.

[18] M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole,* Bologna, Il Mulino, 2011, p. 11; U. KARPEN, *Law drafting and the legislative process: outline of a*

strettamente connesse poiché i vincoli normativi e amministrativi si riflettono inevitabilmente sui vincoli fiscali, oggi irrigiditi dalle recenti decisioni in sede europea messe in atto al fine di garantire la riduzione dei debiti pubblici dei Paesi dell'Eurozona.

Il ruolo assunto dalla pubblica amministrazione in un contesto del genere è certamente delicato, perché essa rappresenta una delle componenti essenziali del Paese e il luogo principale in cui il funzionamento si traduce in competitività.

Tuttavia, come si preoccupa di specificare continuamente il Prof. Alfonso Celotto, uno dei fattori deficitari che da una parte rendono difficile una rapida ripresa sta nel mal funzionamento degli apparati amministrativi pubblici che dovrebbero, viceversa, rappresentare il motore per il rilancio del Paese. A supporto delle tesi, è sufficiente consultare i rapporti dell'Ocse, della Bce, della Banca d'Italia o della Confindustria per rendersi conto di quanto sia importante la pubblica amministrazione, di quanto pesa e quanto costa laddove si traduce in pratiche inutili o corrotte nei suoi rapporti con l'economia, incidendo sul benessere delle famiglie e sulla vita delle imprese.

Vincoli, rigidità, oscurità si riflettono direttamente anche sulle imprese. Il rapporto *Doing business* 2019 stilato dall' International Financial Corporation della World Bank, vede l'Italia al 51° posto della graduatoria dei Paesi in cui è maggiormente semplice avviare un'impresa, ben lontana dalle potenze economiche mondiali[19].

In aggiunta, secondo il rapporto Censis-Confcommercio, *L'impresa di fare impresa*, per avviare un'attività in forma societaria è necessario espletare 9 diversi adempimenti amministrativi fiscali iniziali, con un impiego di almeno 13 giorni e un costo complessivo di 3600 €. Ciò significa che un imprenditore italiano parte già svantaggiato rispetto ai suoi principali concorrenti stranieri: i costi di *start-up* sono maggiori di ben 17 volte rispetto a quelli di un *competitor* inglese (207 €

---

training course for low drafters, in L. MADER e C. MOLL (ed.), *The learning legislator: proceedings of 7th congress of the European Association of legislation (Eal)*, 31st May – 1st June 2006, Baden-Baden, Nomos, 2009.

[19] Il rapporto mette in chiara evidenza come la forte pressione fiscale e l'eccessivo carico burocratico amministrativo rallentano la produttività e la crescita economica. Il ranking prende in considerazione 10 *topics* dai quali si ricava il complessivo grado di regole che disciplinano l'attività d'impresa nel relativo Paese di riferimento. La situazione italiana, al di là della posizione occupata, è particolarmente preoccupante: soltanto in tre *aree* si sono registrati miglioramenti[19] a fronte dei passi indietro registrati in settori chiave tra i quali *starting a business*, *paying taxes*, *resolving insolvency* che dimostrano le difficoltà del sistema economico, finanziario e burocratico

richiesti in media) e ben 11 volte la spesa richiesta in Francia (in media 310 €)[20]. A ciò si aggiunga che in Italia, un'agenzia deve espletare ben 117 diversi passaggi presso gli uffici della pubblica amministrazione per costruire un immobile da destinare ad uso magazzino. Sono poi necessari ulteriori adempimenti burocratici per la registrazione o la trascrizione della proprietà di un immobile strumentale all'utilizzo di un'attività di impresa, mentre occorrono altri passaggi legali e amministrativi – 1500 giorni mediamente – prima di giungere ad una ingiunzione di pagamento e per definire un contenzioso civile in primo grado.

Il libro del Prof. Alfonso Celotto, nei diversi passaggi, descrive una pubblica amministrazione inefficiente, invasiva, incardinata al principio di legalità e al formalismo, che si ritiene autovincolata al rispetto della legge e solo in base ad essa va valutata.

La scienza del diritto amministrativo, da Santi Romano in poi, è diventata una scienza strettamente giuridica che si vuole sottomessa alla legalità, mentre dovrebbe essere inquadrata da una prospettiva diversa: il mondo della pubblica amministrazione è composto non soltanto da situazione giuridiche e da interessi protetti nel rapporto con lo Stato, ma anche di efficienza ed efficacia perché essa nasce come un apparato servente ai bisogni e agli interessi della collettività, opera al servizio della collettività a prescindere dal rapporto con i singoli, e la sua stessa esistenza – intesa come apparato che vive con le risorse della collettività – si giustifica unicamente se riesce a produrre i servizi necessari.

Questi, in sintesi, i temi su cui il Prof. Alfonso Celotto cerca di *accendere una spia*. Temi complessi dal punto di vista giuridico, ma resi al pubblico con una chiarezza tale che il volume, come già affermato in apertura, si apre ad un pubblico vasto e non limitato ai soli *esperti del settore*.

Rispetto alle questioni prospettate dall'Autore, quali vie di uscita praticabili?

In un contesto del genere, dove gli oneri amministrativi e fiscali imperversano su cittadini e imprese a causa di norme obsolete rimaste ancora in vigore, si rende necessaria preliminarmente la diffusione di una *cultura delle regole*[21], migliorando la qualità della legislazione attraverso il rispetto delle regole di *drafting* formale e sostanziale[22].

---

[20] Peggio potrebbe andare per la mera organizzazione di un mercatino di Natale (p. 75 ss.), per il quale è necessario "consultare dieci differenti amministrazioni e ottenere quattordici tra autorizzazioni, comunicazioni, permessi, intese, concerti, nullaosta e assensi".

[21] M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura,* in M. Raveraira (a cura di) *Buone regole e democrazia*, Catanzaro, Rubbettino, 2007.

[22] Sulle quali, si consiglia il più recente volume di A. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, ult. ed. 2019.

Oltre all'auspicio che il Prof. Alfonso Celotto ripone nella digitalizzazione delle procedure (p. 207 ss.), appare ineludibile una imponente opera di semplificazione[23] e di ridefinizione della struttura e del quadro regolatorio, attraverso la riduzione delle leggi in vigore la rivalutazione delle procedure di analisi e monitoraggio[24]; utilizzare forme di valutazione preventiva dell'impatto che le leggi hanno non soltanto sull'attività dei cittadini e delle imprese, ma anche sul funzionamento della pubblica amministrazione; ottimizzare le prestazioni amministrative attraverso l'uso delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie e dai sistemi informativi gestiti dai diversi soggetti coinvolti nelle procedure, rafforzando anche le competenze del personale; valutare l'efficacia *ex post* degli interventi di semplificazione attraverso la verifica della riduzione degli oneri informativi e degli oneri amministrativi causati da ipertrofia normativa ed eccessiva burocratizzazione, alla cui base sta l'annosa questione della difficoltà di individuare le precise linee di demarcazione delle competenze fra Stato e Regioni[25].

---

[23] Inaugurata anni fa, ma mai portata realmente ad attuazione. Lo stesso Prof. Alfonso Celotto critica l'attuazione del progetto c.d. *taglia-leggi.* Sul punto e con lo stesso spirito critico, si rinvia a M. CECCHETTI, *Problemi e prospettive di attuazione della delega «taglia-leggi»*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 2009; N. LUPO e B.G. MATTARELLA, *Gli sviluppi del "taglia-leggi": per ora, molta immagine e poca sostanza*, in *Studi par. pol. cost.,* n. 161-162/2008; N. LUPO e R. ZACCARIA (a cura di), *La delega "taglia-leggi": i passi compiuti e i problemi da sciogliere*, Atti del seminario svoltosi alla LUISS "Guido Carli" il 1° aprile 2008, Roma, Aracne, 2008; F. MODUGNO, *Procedimento taglia-leggi: profili problematici*, in *federalismi.it*, n. 8/2009.

[24] Sulle possibili prospettive in tema di qualità della legislazione, si consenta un rinvio a L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, cit., in particolare pp. 233-256.

[25] B. CAROTTI, *La semplificazione per le imprese,* in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2012, p. 702 ss.; C. Iuvone, *La misurazione e la riduzione degli oneri amministrativi nel contesto delle politiche di semplificazione*, in R. ZACCARIA, (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo ed., 2010; N. LUPO, *Dal regolamento alla legge. Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. soc.*, n. 3/2006, p. 400 ss.; C. MARZUOLI, *Note in tema di riduzione degli oneri amministrativi,* in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2007, Torino, Giappichelli, p. 241 ss.; L. SALAMONE, *La semplificazione normativa. Esperienze e strumenti in campo nazionale e in campo regionale,* in *Nuove autonomie,* n. 3-4/2008, p. 396 ss.; S. SALVI, *La misurazione degli oneri regolatori: verso un allineamento alle migliori pratiche europee*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2012, p. 696 ss; A. SIMONCINI, *Il rilievo costituzionale del costo della regolazione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2007, Torino, Giappichelli, p. 324 ss.; G. SORRENTI, *L'incerto sovrapporsi di "smaltimento" e "riassetto" nell'ultima stagione di semplificazione legislativa",* in *Nuove autonomie,* n. 3-4/2008, p. 363 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie,* n. 3-4/2008, p. 417 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il ruolo dei partiti politici nella transizione tra i due Governi Conte: spunti sui possibili sviluppi del sistema politico-rappresentativo

DANIELE CODUTI*

Data della pubblicazione sul sito: 14 aprile 2020

Suggerimento di citazione
D. CODUTI, *Il ruolo dei partiti politici nella transizione tra i due Governi Conte: spunti sui possibili sviluppi del sistema politico-rappresentativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Foggia. Indirizzo mail: daniele.coduti@unifg.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. La pandemia generata dal *virus* Covid-19 sta avendo ripercussioni pure sul funzionamento delle istituzioni politico-rappresentative, che operano secondo dinamiche inedite nella storia recente e non prive di difficoltà anche meramente pratiche. Tale emergenza ha portato, in parte, ad accantonare temporaneamente il tema delle riforme elettorali e costituzionali; nondimeno, superata questa fase, occorrerà tornare ad occuparsi del funzionamento "ordinario" del sistema politico-rappresentativo. Per comprendere quali dinamiche potrebbero svilupparsi nel prossimo futuro, le vicende che hanno riguardato la transizione tra i due Governi presieduti da Giuseppe Conte offrono alcuni spunti di interesse, giacché si intrecciano con quello che potrebbe essere un mutamento del quadro partitico italiano, conseguente all'adozione di una nuova disciplina elettorale (in virtù della l. n. 165 del 2017) e connesso al dibattito su una sua ulteriore riforma e a quello su alcune puntuali ma incisive riforme costituzionali.
2. Le elezioni politiche del 2018 – le prime e, sinora, uniche in cui si è utilizzato il sistema elettorale modificato nel 2017 – hanno confermato il superamento del sistema partitico bipolare che ha caratterizzato gran parte di quella che viene sovente definita la seconda Repubblica[1], basato su due coalizioni, una di centro-destra e una di centro-sinistra, e con uno scarso rilievo dei partiti non coalizzati. Infatti, il rilevante peso elettorale acquisito da una forza politica esterna a tali coalizioni, il MoVimento 5 Stelle (M5S), ha ridimensionato le possibilità che uno dei due poli possa "vincere" le elezioni conseguendo la maggioranza dei seggi in entrambi i rami del Parlamento. Il nuovo assetto del sistema partitico è reso ancora più instabile dalle fibrillazioni interne alle due coalizioni: nel centro-destra si assiste al mutamento degli equilibri tra i partiti che ne fanno parte, con la Lega che – dopo la svolta "nazionalista" – sembra diventata stabilmente la prima forza dello schieramento e Forza Italia (FI) che pare vivere un inarrestabile declino, legato anche alla perdita di consenso del suo fondatore e *leader* storico, Silvio Berlusconi; nel centro-sinistra, dopo la nascita del secondo Governo Conte, si è avuta l'ennesima scissione, con una parte degli esponenti del Partito democratico (PD) che hanno lasciato il partito per aderire ad una nuova forza politica (Italia Viva) voluta dall'*ex* Presidente del Consiglio ed *ex* segretario del PD Matteo Renzi.

---

[1] Secondo T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 8ª ed., Milano, 1994, p. 891, «[p]rima e seconda Repubblica sono (…) locuzioni spendibili nel linguaggio politico o nel gergo giornalistico (e non si può negare che abbiano anche una loro suggestione) ma non nel linguaggio e nelle analisi del giurista, che richiedono ben altro rigore terminologico». Sulla "numerazione delle repubbliche" è utile anche un rinvio a M. AINIS, *La forma di governo della Terza Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, part. pp. 111-112.

In un quadro partitico così (s)composto, l'indicazione in campagna elettorale del *leader* dell'intera coalizione, di un programma condiviso da tutti i partiti che ne fanno parte e, forse, la stessa presentazione di liste coalizzate possono essere inutili o addirittura fuorvianti per gli elettori. In effetti, se nessuna coalizione ottiene l'elezione di un numero di parlamentari sufficiente a sostenere autonomamente un Governo, le maggioranze parlamentari devono essere composte dopo le elezioni, tenendo conto dei seggi conseguiti da ciascuna forza politica – indipendentemente dai risultati della propria coalizione "elettorale" e dalle dinamiche di voto che questa può aver generato – e aggregando forze politiche che in campagna elettorale erano contrapposte.

Di conseguenza, da un lato, il programma di governo deve essere definito dopo le elezioni, mediando tra gli interessi di ciascuna forza politica che entra a far parte di tale maggioranza e tenendo conto solo in parte del programma elettorale della coalizione o della lista; dall'altro, l'individuazione di colui che dovrà ricoprire la carica di Presidente del Consiglio dei ministri non potrà essere definita in base all'indicazione del *leader* della coalizione o del capo della forza politica[2] proposti in campagna elettorale, ma dovrà derivare dalla mediazione tra le forze politiche destinate a comporre la maggioranza parlamentare. In un contesto partitico ed elettorale siffatto, l'indicazione in campagna elettorale del capo della coalizione o della forza politica potrebbe – paradossalmente – incidere in negativo sulla scelta della persona deputata a ricoprire la carica di Presidente del Consiglio, perché potrebbe impedire ai *leader* di partito di assumere formalmente la guida dell'Esecutivo: infatti, dovendosi cercare anche per questo aspetto una mediazione tra partiti contrappostisi in campagna elettorale, potrebbe risultare più agevole proporre per la carica di Presidente del Consiglio chi ha avuto un'esposizione mediatica minore di quella dei *leader* politici.

3. A tal riguardo, la formazione dei due Governi Conte è molto indicativa, sebbene vi siano similitudini e differenze nella loro genesi.

Innanzitutto, in entrambi i casi, la maggioranza parlamentare è stata composta aggregando partiti che si erano contrapposti nelle elezioni politiche del 2018, con la forza politica più suffragata in tale tornata elettorale (il M5S) che si è alleata con la Lega, prima, e con il PD e Liberi e Uguali (LeU), poi. Come si è detto, solo dopo la nascita del Governo Conte II, alcuni esponenti del PD sono confluiti in Italia Viva, ma senza togliere il loro appoggio al nuovo Esecutivo.

Inoltre, in entrambi i casi i partiti coinvolti hanno dovuto delineare un programma comune, ma, in proposito, si possono individuare delle differenze rilevanti.

---

[2] Come lo definisce la l. n. 165 del 2017 negli artt. 1 e 4.

Nel caso del primo Governo Conte, M5S e Lega hanno voluto sottolineare la transitorietà della loro cooperazione, escludendo che si trattasse di un'alleanza destinata a divenire stabile o, comunque, a riproporsi nelle elezioni regionali o locali. Per enfatizzare la portata di tale decisione, i *leader* dei due partiti hanno stipulato quello che è stato denominato "Contratto per il Governo del cambiamento"[3], configurato come una sorta di strumento di diritto privato, all'interno del quale sono stati definiti non solo gli obiettivi programmatici, ma anche le modalità di cooperazione tra i due partiti, che, in caso di divergenze persistenti, si sarebbero dovuti rivolgere a un Comitato di conciliazione, il quale, tuttavia, non è stato istituito. Inoltre, il "contratto" limitava espressamente la durata della sua applicazione alla XVIII legislatura, confermando la temporaneità dell'alleanza.

Il "contratto" in questione è stato sottoscritto dai *leader* dei due partiti destinati a formare la maggioranza di governo e, in seguito, sottoposto all'approvazione dei rispettivi elettorati.

Anche questo aspetto merita di essere esaminato.

Le modalità di approvazione dell'accordo di maggioranza manifestano almeno tre profili di interesse: sui rapporti tra i partiti destinati a formare la maggioranza di governo; sulle dinamiche di funzionamento dei partiti; sul ruolo dei parlamentari.

Quanto al primo aspetto, occorre considerare che il M5S e la Lega sono due forze politiche con organizzazione e modalità di funzionamento molto diverse, giacché il primo rivendica la sua diversità dai "vecchi" partiti, riservando poco peso all'organizzazione interna e grande rilievo al coinvolgimento diretto degli iscritti certificati attraverso le votazioni *online* sulla c.d. piattaforma Rousseau[4], almeno apparentemente. La Lega, invece, è un partito strutturato in maniera più

---

[3] Sul quale, criticamente, M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli assetti attuali della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, pp. 361 ss. Si v. anche V. BALDINI, *Il contratto di governo: più che una figura nuova della giuspubblicistica italiana, un (semplice...) accordo di coalizione*, in *Diritti fondamentali*, 2018, n. 1, pp. 1 ss., nonché i contributi di M. CARDUCCI, M. D'AMICO, A. D'ANDREA, C. PINELLI, A. RUGGERI, A. SPADARO e S. STAIANO, nel *forum La intricata vicenda della formazione del Governo Conte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, n. 3, pp. 27 ss., e T. GUARNIER, *L'esperienza del contratto di governo*, ivi, 2019, n. 3, pp. 196 ss.

[4] Delle criticità nell'utilizzo di tale mezzo telematico come strumento di partecipazione alle decisioni del M5S si è occupata anche la dottrina costituzionalistica; tra i contributi più recenti si v. F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, pp. 90 ss., 152 ss. e 193 ss., M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna*, Milano, 2019, p. 306, e, sia consentito, D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, 2019, pp. 176-177, 184 ss., 208-209 e 234 ss.

tradizionale, poiché fondamentali nel suo funzionamento sono gli organi di vertice del partito (quelli definiti "federali"), di cui possono far parte esclusivamente i "soci ordinari militanti", ovvero quegli iscritti che abbiano una certa anzianità di iscrizione e siano coinvolti nelle attività del partito[5]. Nonostante tali differenze, entrambe le forze politiche hanno previsto delle forme di coinvolgimento dei loro sostenitori nella decisione sul "contratto di governo": il M5S attraverso il problematico voto *online* sulla c.d. piattaforma Rousseau[6], la Lega consentendo ai simpatizzanti di votare nei gazebo allestiti in piazza, ma solo dopo l'approvazione del "contratto" da parte del consiglio federale del partito. Nonostante le diverse modalità di coinvolgimento, la decisione di interpellare direttamente elettori e simpatizzanti sembra il frutto dell'influenza di un partito sull'altro; infatti, a fronte della decisione del M5S di far decidere direttamente i propri iscritti certificati sul contenuto del "contratto", la Lega ha probabilmente avvertito la necessità di dare un analogo segnale di apertura verso l'esterno, sebbene con modalità che certo non sono identiche a quelle del movimento: l'accordo con il M5S è stato prima approvato dagli organi dirigenti del partito; il voto nei gazebo non era riservato ai soli iscritti alla Lega; le modalità di voto sembrano notevolmente diverse da quelle telematiche alle quali ricorre il M5S.

Relativamente alle dinamiche di funzionamento dei partiti, va osservato che chiedere ai propri sostenitori di convalidare la scelta di stipulare il contratto di governo e i suoi contenuti può rafforzare la *leadership* all'interno di ciascun partito, poiché le decisioni di quest'ultima vengono avallate direttamente degli elettori, senza coinvolgere gli altri organi direttivi del partito né le minoranze interne. Tale decisione, dunque, ha forse un obiettivo meno "nobile" di quello apparente: infatti, anziché essere uno strumento di apertura dei processi decisionali interni nei confronti (quantomeno) degli iscritti, il coinvolgimento diretto di questi ultimi consente di marginalizzare le minoranze interne al partito, che vengono private della possibilità di aprire un confronto interno e di proporre soluzioni alternative a quelle avanzate dalla *leadership*. Pertanto, questa – più o meno effettiva – apertura al coinvolgimento di iscritti e simpatizzanti può paradossalmente comportare una diminuzione della democrazia interna ai partiti.

Infine, l'avallo "popolare" dell'accordo di governo può influire sulla libertà dei parlamentari, che sono chiamati a concedere la fiducia a un programma di Governo non solo definito dai vertici dei propri partiti (il che non rappresenta una

---

[5] Sulle differenze nell'organizzazione e nel funzionamento di Lega e M5S si consenta un rinvio a D. CODUTI, *Regolare*, cit., rispettivamente pp. 127 ss. e 173 ss., nonché G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici*, Napoli, 2018, pp. 96 ss.

[6] Il quesito era: «Approvi il contratto del governo del cambiamento?».

novità), ma anche rafforzato dal voto (di una parte, almeno) di iscritti, sostenitori o elettori. In tal modo, i parlamentari chiamati a votare la fiducia al Governo potrebbero subire una doppia pressione psicologica: una proveniente dalla *leadership* del proprio partito l'altra proveniente dal probabile elettorato di riferimento. Ovviamente, la tutela offerta dal divieto di vincolo di mandato *ex* art. 67 Cost. consente al parlamentare di assumere le proprie decisioni nell'interesse della Nazione senza rischiare di perdere il seggio nemmeno laddove le sue scelte contrastassero con le indicazioni del proprio partito o di quello che – genericamente – potrebbe essere considerato il proprio elettorato. Tuttavia, se si considera che le dinamiche di approvazione del c.d. contratto di governo si sono saldate con un rafforzamento dell'elemento personalistico (anche) nei partiti italiani, i cui vertici monocratici puntano ad ottenere l'avallo delle proprie decisioni direttamente dall'elettorato, scavalcando gli organi interni del partito e ridimensionando il ruolo delle minoranze interne, la capacità di tali vertici di "imporre" le proprie scelte sia all'interno del partito sia ai propri parlamentari sembra aumentare.

Anche nel percorso che ha condotto alla nascita del secondo Governo Conte si è assistito a un parziale coinvolgimento degli iscritti ai partiti che intendevano formare la maggioranza di governo, ma le differenze con la formazione del Governo Conte I appaiono rilevanti. Dopo la crisi di governo dell'agosto 2019, infatti, uno dei due partiti destinati a formare la nuova maggioranza, il PD, non ha coinvolto gli iscritti nella decisione, rimettendola ai vertici del partito; il M5S, invece, ha nuovamente chiesto l'avallo degli iscritti attraverso il voto sulla c.d. piattaforma Rousseau, ma, in questo caso, senza sottoporre al voto un programma già definito, bensì la sola decisione di formare una nuova maggioranza di governo con il PD a sostegno di un Governo presieduto ancora da Giuseppe Conte[7].

Si tratta di differenze che influenzano sia i rapporti tra i partiti sia il funzionamento della forma di governo.

Quanto al primo aspetto, va osservato che la decisione del PD di non coinvolgere gli iscritti nelle scelte sulla formazione del nuovo Governo è coerente con le regole di funzionamento di una delle poche forze politiche italiane che continua ad utilizzare la denominazione "partito" e che coinvolge iscritti e simpatizzanti nella selezione della propria classe dirigente attraverso le c.d. elezioni primarie[8],

---

[7] Il quesito era: «Sei d'accordo che il MoVimento 5 Stelle faccia partire un Governo, insieme al Partito democratico, presieduto da Giuseppe Conte?».

[8] Sulle quali si rinvia a L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018.

per poi rimettere a quest'ultima ogni decisione sul modo in cui attuare l'indirizzo programmatico definito proprio con le primarie[9].

La scelta del M5S, invece, è stata simile a quella operata nel 2018, ma non del tutto sovrapponibile. Infatti, nella vicenda più recente, quella che ha condotto alla nascita del secondo Governo Conte, il movimento ha coinvolto i suoi iscritti prima della definizione del programma con le altre forze politiche della maggioranza e dopo aver concordato con i futuri alleati di governo di confermare Giuseppe Conte alla presidenza del Consiglio dei ministri. Dunque, in tale ultimo caso, pur ricorrendo al voto sulla c.d. piattaforma Rousseau, i vertici del M5S hanno conservato un ampio margine di autonomia nel definire con le altre forze politiche il programma di governo, che – non a caso – non è stato nuovamente configurato alla stregua di un contratto dall'apparente natura civilistica. Anche in questo caso, è possibile che le scelte di un partito abbiano influenzato quelle dell'altro, giacché, la decisione del PD di non coinvolgere direttamente gli iscritti ha probabilmente consentito al M5S di ricorrere ad una soluzione meno netta di quella utilizzata in occasione della nascita del primo Governo Conte, coinvolgendo comunque gli iscritti certificati, ma con un quesito meno stringente, che ha lasciato alla dirigenza del movimento un più ampio margine di manovra nel definire l'accordo di governo con le altre forze politiche destinate a formare la nuova maggioranza parlamentare. Basti considerare, al riguardo, che nel quesito non si fa riferimento ad un accordo con LeU, sebbene i parlamentari di questa forza politica sostengano il Governo Conte II e alcuni di loro facciano parte della compagine governativa.

Quanto alla definizione del programma, dunque, si è assistito ad un ritorno alle dinamiche più ricorrenti nel funzionamento della forma di governo parlamentare italiana, passando – nel dipanarsi della c.d. seconda Repubblica – dal "contratto con gli italiani" del 2001, firmato in televisione prima ancora dello svolgimento delle elezioni dall'allora *leader* del centro-destra, Berlusconi, al "contratto per il governo del cambiamento", sottoscritto dopo le elezioni ma prima della nascita del Governo, a un programma di governo definito dai partiti interessati e con il coinvolgimento del Presidente del Consiglio incaricato dopo le elezioni e dopo l'individuazione di quest'ultimo (il che, ovviamente, non costituisce una novità nell'esperienza repubblicana).

4. Peraltro, le modalità di approvazione del programma di governo sembrano aver avuto dei riflessi anche sul rapporto tra partiti di maggioranza ed Esecutivo.

Infatti, mentre nel 2018 il M5S e la Lega hanno chiesto ai propri iscritti o simpatizzanti di approvare un programma stilato ancor prima che il Presidente della

---

[9] Sull'organizzazione del PD e sulle sue modalità di funzionamento si consenta ancora un rinvio a D. CODUTI, *Regolare*, cit., pp. 144 ss., nonché G. IORIO, *Profili*, cit., pp. 96 ss.

Repubblica concedesse l'incarico a Giuseppe Conte, nel 2019 le forze politiche coinvolte hanno definito il programma dopo il voto sulla c.d. piattaforma Rousseau degli iscritti al M5S e, soprattutto, dopo che lo stesso Conte aveva accettato con riserva l'incarico di formare il nuovo Governo.

Le modalità e i tempi seguiti nel 2018 sembrerebbero aver marginalizzato se non escluso il futuro Presidente del Consiglio dalla definizione del programma del "suo" Governo, destinandolo ad un ruolo di mero garante delle previsioni del contratto di governo e configurando quella che è parsa una marcata deviazione dal ruolo che l'art. 95 Cost. assegna al Presidente del Consiglio[10]. Inoltre, le decisioni sulla formazione del governo, sul suo programma e sulla sua successiva attuazione sono parse il risultato di un continuo confronto/scontro tra i due partiti di maggioranza, in cui un ruolo preminente è stato assunto dai rispettivi *leader*, Luigi Di Maio e Matteo Salvini[11]. Tale preminenza, che è derivata da vari fattori (la continua esposizione mediatica, il ruolo ricoperto all'interno del proprio partito, il ruolo, in qualche modo, dimidiato del Presidente Conte), si è manifestata anche nella composizione del Governo, in cui entrambi hanno ricoperto la carica di vicepresidente del Consiglio dei ministri e assunto la guida di due ministeri di indubbio rilievo politico. In tal modo, le scelte fondamentali di attuazione dell'indirizzo politico sono parse determinate da tali due *leader*, le cui decisioni, assunte sovente dopo dichiarazioni pubbliche contrastanti, difficilmente potevano trovare adeguati margini di discussione e modifica da parte del Presidente del Consiglio, dei rispettivi partiti e del Parlamento. In proposito, è significativo che persino la decisione di

---

[10] In tal senso Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 5, p. 18. Analoghi i dubbi di A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, p. 94, il quale osserva: «il Presidente del Consiglio, essendo estraneo al circuito politico ma presiedendo un governo squisitamente politico, sembra succube dei due Vicepresidenti del Consiglio, veri "domini" del governo, nel quale pare svolgere (...) la funzione di semplice portavoce, esecutore o tutt'al più di moderatore». Si v. altresì B. PEZZINI, *Fenomenologia e risorse nei circuiti decisionali della forma di governo parlamentare dopo 70 anni*, ivi, part. p. 125, e G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, n. 2, part. p. 159. Utile, infine, un rinvio al più recente contributo monografico sul ruolo costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri: I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, Napoli, 2018, part. pp. 119 ss.

[11] Un elevato livello di conflittualità già evidenziato da B. CARAVITA, *I governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 5, pp. 7 e 8. Considerazioni analoghe in F. GIRELLI, *La crisi di governo nella logica del "libero" mandato parlamentare*, in *Forum costituzionale*, 2019, n. 9, p. 1.

terminare l'esperienza del primo Governo Conte sia parsa derivare dalla scelta del solo segretario federale della Lega, che l'ha annunciata durante un comizio, dando l'impressione di non averla adeguatamente e preventivamente condivisa neanche all'interno del proprio partito.

Tuttavia, proprio tale episodio ha iniziato a dare luogo a un mutamento nei rapporti tra partiti, Governo e Parlamento.

Infatti, in seguito alla decisione del *leader* leghista, i partiti hanno dovuto riprendere l'iniziativa: la Lega ha dovuto sostenere la scelta del suo segretario federale, presentando una mozione di sfiducia al Governo Conte I (poi ritirata); il M5S si è invece schierato a sostegno del Presidente del Consiglio, ma al suo interno è iniziato un percorso di ridimensionamento del capo politico Di Maio; il Presidente Conte ha assunto un ruolo più attivo all'interno di un Governo ormai sostenuto – di fatto – solo dalla forza politica a lui più vicina, sebbene nessuno dei componenti leghisti dell'Esecutivo si fosse dimesso; inoltre, il Presidente del Consiglio ha avuto il merito di provare a parlamentarizzare la crisi di governo, con un aperto – e a tratti quasi surreale – confronto in Senato. Tale episodio ha consentito temporaneamente al Parlamento di recuperare una sua centralità nel dibattito pubblico e – almeno in parte – nella definizione dell'indirizzo politico, anche se la crisi non si è definita con un voto delle Camere bensì con le dimissioni del Presidente del Consiglio, sicché non può essere considerata una crisi parlamentare in senso proprio[12].

Il mutamento dei rapporti tra partiti, Parlamento e Governo durante la crisi del primo Governo Conte è parso proseguire nella soluzione della crisi stessa e nella nascita del secondo Governo presieduto da Conte.

Quanto ai partiti, nel 2019 si è assistito ad un ridimensionamento del ruolo dei *leader* delle forze politiche destinate a sostenere il nuovo Governo: da un lato, infatti, pur partecipando alle trattative per formare una nuova maggioranza, il segretario del PD, Nicola Zingaretti, non ne è parso il principale artefice, giacché all'interno del suo partito altri esponenti di spicco si sono adoperati affinché si raggiungesse tale accordo, evitando, così, il ritorno anticipato alle urne e una complicata gestione della sessione di bilancio. Il partito, dunque, è parso poco dipendente dal suo segretario e ha visto un vivace confronto interno tra le sue varie anime, senza che la ratifica dell'accordo di governo dovesse essere sottoposta a una qualche forma di sanzione da parte di iscritti e sostenitori. Pure nel M5S il ruolo del capo politico, Di Maio, è parso ridimensionato, perché ritenuto responsabile dell'alleanza con la Lega e delle sue conseguenze, anche in termini di rendimento

---

[12] Sul punto si rinvia a M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse e qualche numero sulla crisi di governo dell'agosto-settembre 2019, in prospettiva storica*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 16, pp. 4 ss.

elettorale, sebbene sia riuscito a conservare la sua carica all'interno del movimento. Invero, l'individuazione del Presidente del Consiglio prima della definizione del programma e il voto sulla c.d. piattaforma Rousseau – che ha confermato il sostegno degli iscritti al movimento ad un nuovo Governo presieduto da Conte – sono parsi spostare il sostegno del M5S (o di una sua parte, almeno) dal capo politico del movimento allo stesso Conte. Ciò ha ridimensionato la posizione del capo politico, rafforzando quella del Presidente del Consiglio, anche in virtù dalla composizione della squadra di Governo, della quale non fa parte il segretario del PD, mentre il capo politico del M5S ha dovuto rinunciare al ruolo di vicepresidente del Consiglio, pur ottenendo la guida di un ministero rilevante come quello degli Esteri.

Il Presidente del Consiglio, dunque, sembrerebbe recuperare un ruolo più coerente con quello riconosciutogli dalla Costituzione a causa di alcune dinamiche: il consenso guadagnato nella gestione della crisi di governo e nella sua soluzione; il (contingente, probabilmente) ridimensionamento del rilievo dei *leader* dei partiti che sostengono il suo Governo sia all'interno dei rispettivi partiti sia nella composizione dell'Esecutivo; il sostegno ricevuto da parte di esponenti delle istituzioni dell'Ue e da ambienti internazionali.

Ciò non deve far pensare, tuttavia, ad un Presidente del Consiglio politicamente forte, con rilevanti margini di autonomia nella determinazione dell'indirizzo politico e nella direzione della politica generale del Governo, tali da valorizzare le funzioni assegnategli dall'art. 95 Cost. e, più in generale, da rafforzare il principio monocratico in seno all'organizzazione dell'Esecutivo. Invero, il secondo Governo Conte ha il sostegno di quattro forze politiche principali (M5S, PD, LeU e Italia Viva) e quello di alcuni altri parlamentari, che, soprattutto al Senato, può essere determinante per la sopravvivenza dell'Esecutivo. Pertanto, la nascita del Governo Conte II non sembra destinata a rafforzare particolarmente il ruolo del Presidente del Consiglio, bensì ad aumentare il rilievo dei partiti e della loro attività di confronto e mediazione politica, che sarà determinante per la durata dell'Esecutivo e della legislatura una volta superata la crisi sanitaria in atto.

Più difficile è comprendere se il rinnovato ruolo della mediazione partitica avrà degli effetti anche sul ruolo del Parlamento. Infatti, l'articolata composizione della maggioranza parlamentare potrebbe favorire il confronto nelle Aule parlamentari per concordare delle soluzioni di compromesso che possano ottenere il sostegno della maggioranza dei deputati e dei senatori. Tuttavia, sono ipotizzabili anche altre soluzioni: ad esempio, che tale compromesso si raggiunga al di fuori del Parlamento, nei vertici tra i partiti, eventualmente con la mediazione dello stesso Presidente del Consiglio. In tal caso, il Parlamento potrebbe non essere in condizione di mettere in discussione gli accordi assunti altrove, se non correndo il rischio di

provocare una crisi di governo, anche perché è ragionevole presumere che continuerà ad essere frequente il ricorso alla questione di fiducia.

5. Provando a tirare le fila del discorso sin qui svolto e considerando che – superata l'emergenza causata dal *virus* Covid-19 – occorrerà riportare le istituzioni ad un funzionamento "ordinario", si può osservare che il sistema partitico italiano sembrerebbe in una fase di ricomposizione[13] che potrebbe comportare il superamento del bipolarismo che ha caratterizzato il periodo successivo alla fine della c.d. prima Repubblica e vivere una nuova fase di frammentazione, con inevitabili riflessi sul funzionamento della forma di governo.

Se questa tendenza dovesse essere confermata, le future maggioranze di governo sarebbero destinate a comporsi dopo le elezioni, tra partiti contrappostisi in campagna elettorale, con l'inevitabile valorizzazione del ruolo del Presidente della Repubblica, soprattutto nella fase di formazione dei Governi, e con l'aumento del rilievo della mediazione partitica e di quella del Presidente del Consiglio, soprattutto dopo la nascita degli Esecutivi. Il Presidente del Consiglio, inoltre, potrebbe essere sempre più caratterizzato da una certa (apparente, quantomeno) equidistanza dalle forze politiche di maggioranza e destinato a giocare un ruolo di mediatore[14], come sembra stia accadendo nel caso del secondo Governo Conte.

Tuttavia, sarà necessario osservare il prosieguo della XVIII legislatura, lo svolgimento delle prossime elezioni politiche e l'inizio della nuova legislatura per comprendere se la rinnovata vitalità della mediazione partitica sia destinata a durare o sia meramente contingente.

Ciò dipenderà in primo luogo dall'impatto sui partiti, sul sistema che essi costituiscono, sulla rappresentanza politica e sul funzionamento del Parlamento della riduzione del numero di deputati e senatori approvata in seconda lettura da entrambi i rami del Parlamento[15] in mancanza di un ripensamento del sistema

---

[13] In senso analogo S. CASSESE, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, p. 118.

[14] Si tratta di un ruolo che sovente i Presidenti del Consiglio hanno dovuto ricoprire nell'esperienza italiana, talvolta spingendosi ad operare come "prestigiatori" per disinnescare le tensioni tra i partiti di maggioranza: in questo senso S. FABBRINI, S. VASSALLO, *Il governo*, Roma-Bari, 1999, p. 154.

[15] Il riferimento è al disegno di legge costituzionale che prevede la riduzione del numero dei deputati a 400 e del numero dei senatori a 200, approvato in seconda lettura sia dalla Camera sia dal Senato, ma, in questo ramo del Parlamento, senza raggiungere la maggioranza dei due terzi in seconda lettura: cfr. d.d.l. cost. A.C. 1585-B, XVIII legislatura. In proposito si rinvia a G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 3, pp. 4 ss., F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero di parlamentari: non sempre «less is*

bicamerale paritario, qualora tale riforma dovesse effettivamente entrare in vigore, visto che il *referendum* di cui all'art. 138 Cost., previsto per il 29 marzo 2019 è stato rinviato a causa della pandemia in atto[16].

Sebbene tale riforma appaia circoscritta, il suo impatto sulla rappresentanza politica e sul funzionamento del Parlamento potrebbe essere considerevole. In effetti, la riforma, comportando un aumento della dimensione dei collegi elettorali, potrebbe ridimensionare la capacità rappresentativa dei singoli parlamentari e il loro rapporto con i territori, rafforzando il voto di opinione e il peso dei *leader* carismatici di ciascun partito sia in campagna elettorale, sia all'interno dei partiti, sia, potenzialmente, nei processi decisionali dei futuri Governi. Inoltre, la riduzione del numero dei parlamentari potrebbe ridurre la rappresentanza delle forze politiche di minori dimensioni e – forse – il numero complessivo dei partiti rappresentati in Parlamento, sebbene questo aspetto sarà influenzato anche dalle scelte che si faranno in materia elettorale. Infine, la riduzione dei parlamentari e, soprattutto, quella dei senatori, potrebbe compromettere la funzionalità delle due Camere, marginalizzando ulteriormente il Parlamento rispetto al Governo; peraltro, in tale senso potrebbe spingere ulteriormente l'eventuale riforma degli artt. 71 e 75 Cost., volta a modificare l'iniziativa legislativa e il *referendum*[17].

Invero, queste eventuali conseguenze saranno influenzate anche dalle decisioni che si assumeranno in tema di legge elettorale. Infatti, se l'opportunità di cambiare

---

more», in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, pp. 1 ss., A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum costituzionale*, 2019, n. 2, pp. 1 ss., e D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 14, pp. 1 ss.

[16] Cfr. il d.p.r. 5 marzo 2020 e il d.l. n. 18 del 2020, nonché V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 3, pp. 1 ss.

[17] Il riferimento è al d.d.l. cost. A.S. 1089, XVIII legislatura, sul quale si v. quantomeno i contributi di E. CHELI, P. CARNEVALE, M. LUCIANI, E. PALICI DI SUNI, G.M. SALERNO, U. DE SIERVO, G. D'ALESSANDRO, G. GRASSO e A. PERTICI, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 1-2, pp. 180 ss. Considerando il complesso delle riforme in discussione al momento in cui si scrive, M. LUCIANI, *Audizione Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati*, 27 marzo 2019, p. 1, consultabile, in *www.camera.it*, osserva che, sebbene l'eventuale introduzione del c.d. *referendum* propositivo, la drastica riduzione del numero di parlamentari e l'attuazione del c.d. regionalismo differenziato *ex* art. 116, co. 3, Cost. siano interventi separati e puntuali, essi si riverberano fatalmente sull'intera architettura costituzionale e «la somma di queste varie iniziative potrebbe finire per avere un "segno" antiparlamentare, non necessariamente rintracciabile nelle tre iniziative separatamente considerate».

la legge elettorale vigente appare ampiamente condivisa – tanto più se dovesse entrare in vigore la riforma che riduce il numero di parlamentari –, le opinioni sulle modifiche da apportare sono molto diverse, poiché ipotizzano soluzioni spesso contrapposte e non di rado caratterizzate da troppa genericità, che sfruttano la portata fortemente simbolica ed evocativa dei termini "proporzionale" o "maggioritario"[18], ma non considerano che il principio proporzionale e quello maggioritario possono variamente combinarsi[19], creando sistemi elettorali dalle caratteristiche e dagli effetti molto diversi e, talvolta, imprevisti.

Va osservato, infine, che l'esperienza del Governo Conte II e il prosieguo della legislatura consentiranno anche di comprendere meglio le strategie che decideranno di seguire i singoli partiti, poiché, mentre il M5S e la Lega hanno sempre ribadito la temporaneità della loro esperienza di governo, l'accordo di governo tra il movimento e il PD potrebbe avere ulteriori sviluppi, trasformandosi in un'alleanza più duratura o, comunque, destinata a riproporsi nelle elezioni regionali o locali, come accaduto per le ultime elezioni regionali in Umbria. Tuttavia, le scelte dei partiti dipenderanno anche dalle eventuali riforme costituzionali ed elettorali, sicché, non è al momento possibile ipotizzare secondo quali dinamiche sia destinato a ricomporsi il sistema dei partiti né quale potrebbe essere l'impatto sul funzionamento della forma di governo.

Se prevedere a quali trasformazioni delle regole elettorali e del sistema dei partiti si assisterà in futuro è impossibile, si può comunque osservare che le vicende riguardanti i due Governi presieduti da Giuseppe Conte confermino quella condizione di transizione perenne[20] che caratterizza le istituzioni politico-rappresentative italiane quantomeno dalla fine della c.d. prima Repubblica e che sembrerebbe destinata a durare anche dopo il superamento dell'attuale fase di emergenza.

---

[18] Sulla connessione tra i due sistemi elettorali idealtipici e la democrazia parlamentare si può rinviare a H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, [1929], trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, 5ª ed., Bologna, 1995, part. pp. 106 ss.

[19] Sul punto, si rinvia alla nota distinzione di D. FISICHELLA, *Elezioni (sistemi elettorali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, pp. 649-650.

[20] In proposito, inevitabile un rinvio a G. GUZZETTA, *La Repubblica transitoria*, Soveria Mannelli, 2018, *passim*.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere… ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)

RENZO DICKMANN*

Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 60 del 26 marzo 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0060o-20.html

Sommario

1. Premessa. – 2. I profili contestati dai ricorrenti e le conclusioni della Corte. – 3. L'esclusione della legittimazione al conflitto dei gruppi parlamentari. – 4. La soggettività 'organica' e 'politica' dei gruppi parlamentari si risolve all'interno dell'ordinamento delle Camere. – 5. Il necessario bilanciamento tra ortodossia del procedimento ed efficienza e tempestività delle decisioni legislative.

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione

R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere… ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Consigliere parlamentare della Camera dei deputati. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa.

Si torna in queste pagine sulla legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli parlamentari e sulle relative stringenti condizioni di ammissibilità, già evidenziate dalla Corte costituzionale nel 2019[1] e confermate con l'ordinanza in esame. In questa sede si desidera svolgere alcune riflessioni ad integrazione di quanto svolto a commento delle pronunce della Corte del 2019, in particolare in ordine al diniego di legittimazione al conflitto dei gruppi parlamentari, questione già prospettatasi un anno fa davanti alla Corte ma in quella occasione non trattata[2].

2. I profili contestati dai ricorrenti e le conclusioni della Corte.

La Corte nell'ordinanza in commento tratta dei ricorsi per conflitto di attribuzioni proposti da parlamentari e gruppi di opposizione nei confronti del Governo e di alcuni organi delle Camere, contestando l'*iter* di esame ed approvazione della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge annuale di bilancio 2020-2022). Gli argomenti addotti sono essenzialmente analoghi a quelli alla base del conflitto dichiarato inammissibile dalla Corte con l'ordinanza n. 17 del 2019 con riferimento alla legge annuale di bilancio 2019-2021. I ricorrenti hanno affermato in particolare la violazione delle funzioni costituzionali dei parlamentari nel procedimento legislativo, conseguita ai ridotti tempi di esame al Senato, dove l'*iter* si era concluso previa approvazione mediante voto di fiducia di un maxi-emendamento interamente sostitutivo dell'articolo 1; alla Camera i ricorrenti hanno contestato anche l'impossibilità di esaminare e approvare emendamenti, considerando che il disegno di legge era stato approvato, sempre previo voto di fiducia sull'articolo 1 nel testo trasmesso dal Senato, con conseguente impossibilità per i deputati di intervenire nel procedimento legislativo, che sarebbe stato reso sostanzialmente monocamerale. Peraltro, osserva la Corte, i deputati di opposizione non avevano partecipato ai lavori della Commissione Bilancio della Camera in segno di protesta per i limitatissimi tempi di esame degli oltre mille emendamenti ivi presentati.

---

[1] Si tratta delle note ordd. n. 17 del 2019 e nn. 274 e 275 del 2019. Per una ricognizione delle numerosi voci di dottrina intervenute a commento di tali ordinanze si vedano, *ex multis*, i contributi i cui *links* sono indicati *in capite* alle ordinanze in *ConsultaOnLine* (www.giurcost.org).

[2] In quella occasione la Corte non aveva esaminato la questione sulla scorta di un difetto argomentativo nel ricorso introduttivo. Per considerazioni sullo specifico punto si veda R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione contro il disegno di legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, spec. § 3.2, e rif. bibl. ivi cit.

Quanto al ricorso dei singoli parlamentari la Corte ne ha escluso l'ammissibilità, ribadendo la propria consolidata giurisprudenza e gli specifici argomenti espressi a partire dall'ordinanza n. 17 del 2019, in quanto non ha ravvisato in concreto né violazioni manifeste di loro prerogative costituzionali, che fossero evidenti già in sede di sommaria delibazione, né prove di una "sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente".

3. L'esclusione della legittimazione al conflitto dei gruppi parlamentari.

La Corte invece ha escluso la legittimazione ad agire dei gruppi parlamentari ricorrenti, con ciò sciogliendo una specifica riserva nell'ambito dell'ordinanza n. 17 del 2019. In particolare secondo la Corte ai gruppi parlamentari va riconosciuto secondo la propria uniforme giurisprudenza il carattere di "espressioni istituzionali del pluralismo politico"[3] in quanto gli artt. 72, terzo comma, e 82, secondo comma, della Costituzione prescrivono la tendenziale proporzionalità ai gruppi stessi nella composizione delle commissioni parlamentari; ma questo carattere secondo la Corte "*non comporta*, di per sé, che si debba riconoscere agli stessi la titolarità delle medesime prerogative spettanti a ciascun membro del Parlamento", visto che in concreto nei ricorsi i gruppi ricorrenti hanno lamentato nei propri confronti "la lesione delle stesse prerogative indicate in riferimento ai singoli deputati, senza una specifica e articolata argomentazione, basata sulla Costituzione, sul perché tali prerogative dovrebbero essere riconosciute nella stessa identica declinazione ai gruppi".

In breve, nel caso concreto la Corte ancora non esclude in linea di principio la legittimazione al conflitto dei gruppi parlamentari, anche se poi lo fa implicitamente quando chiarisce che la mancanza di ogni originale base costituzionale che conferisca loro specifiche attribuzioni non è supplita dalle citate previsioni degli artt. 72, terzo comma, e 82, secondo comma, Cost. Afferma inoltre in modo esplicito la mancanza di una qualche base costituzionale che legittimi i gruppi a rappresentare nel giudizio costituzionale i parlamentari ad essi iscritti, per far valere lesioni di loro eventuali specifiche attribuzioni.

Tali indicazioni della Corte chiariscono un altro aspetto di sistema, ai fini della qualificazione del ruolo dei gruppi nel sistema parlamentare. Anche se i regolamenti delle Camere prevedono che tutti i deputati e tutti i senatori appartengano ad un gruppo, questa previsione non può implicare né sul piano applicativo né su quello interpretativo alcuna contraddizione rispetto al principio del divieto di

---

[3] La Corte trae questa definizione dei gruppi dalle proprie precedenti sentt. n. 174 del 2009, spec. punto 5 in diritto; n. 193 del 2005, spec. 2.4 in diritto; n. 298 del 2004, spec. punto 4 in diritto; e n. 49 del 1998, spec. punto 4 in diritto.

mandato imperativo *ex* art. 67 Cost., che garantisce la libertà di ciascun parlamentare sul piano politico e giuridico-costituzionale, pertanto all'occorrenza anche nei confronti del gruppo al quale è iscritto. Il che chiude il ragionamento della Corte sul piano del diritto costituzionale positivo, dove non può trovarsi nemmeno in via interpretativa alcuna base di legittimazione del ruolo dei gruppi in termini autonomi dalla dimensione regolamentare di ciascuna Camera di riferimento.

Con questa pronuncia si può dunque ritenere acquisito alla giurisprudenza costituzionale che i gruppi parlamentari non sono legittimati al conflitto di attribuzione né in proprio né in rappresentanza dei parlamentari iscritti.

4. La soggettività 'organica' e 'politica' dei gruppi parlamentari si risolve all'interno dell'ordinamento delle Camere.

In questa sede non c'è modo di proporre una riflessione organica sulla natura del gruppo parlamentare[4]. Ci si limita a sottolineare la rilevanza delle affermazioni

---

[4] La bibliografia in materia è piuttosto ampia, anche se occorre considerare che la disciplina dei gruppi ha subito varie e profonde revisioni soprattutto dopo la soppressione del finanziamento pubblico ai partiti politici, disposto dal d.l. n. 47 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 13 del 2014; per una sintesi della disciplina vigente si veda, volendo, R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, III ed, Jovene, Napoli, 2018, spec. 32 ss. Per il dibattito dottrinale si segnalano comunque, tra i contributi usciti nell'ambito temporale in cui si sono registrate le più importanti novità in materia: M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, pp. 140 ss.; A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare: profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Carocci, Bari, 2019; E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, pp. 177 ss.; ID., *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in *Costituzionalismo*.it, n. 2/2017, pp. 133 ss.; A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei gruppi parlamentari a seguito della riforma del Regolamento del Senato*, in forumcostituzionale.it, n. 3/2018; R. TERREO, *Libertà di mandato del deputato e appartenenza al gruppo in sei ordinamenti parlamentari*, in forumcostituzionale.it, n. 3/2018; R. BIFULCO, *Osservazioni in tema di espulsione del parlamentare dal gruppo*, in *Amministrazione in cammino*, 29 settembre 2017; S. CURRERI, *Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo*, in *Il Filangieri*, 2017, pp. 117 ss.; N. LUPO, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, pp. 1 ss.; T. GIUPPONI, *La nuova disciplina dei gruppi parlamentari tra autonomia contabile e autodichia*, in *Scritti G. Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, vol. 2, pp. 1114 ss.; F. FABRIZZI, *Partiti politici e gruppi parlamentari ai tempi delle riforme*, in *Fedalismi.it*, n. 8/2015; F. BIONDI, *Presidenti di assemblea e gruppi parlamentari*, in *I Presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo e G. Rivosecchi, Bologna, Il Mulino, 2014, 127

della Corte sul punto, che, pur concise, presentano consistenza di principio generale, capace di riverberarsi anche nella dinamica interna ai gruppi parlamentari. Dopo questa pronuncia risulta chiaro che essi rilevano soggettivamente, sul piano organico e politico, solo all'interno delle Camere[5], quindi ad essi non è consentito l'esercizio legittimo di alcun ruolo rappresentativo (o costrittivo) nei confronti dei parlamentari iscritti, quanto meno in ordine alle loro prerogative e attribuzioni costituzionali, *che invece hanno sul piano della natura giuridica una vocazione anche esterna all'organo parlamentare*.

I gruppi parlamentari inoltre non sono esponenziali di funzioni e attribuzioni costituzionali delle Camere.

Presentano piuttosto una rilevanza funzionale di tipo organico *interna* alle Camere nell'economia di quanto previsto dai (soli) regolamenti parlamentari, che ne definiscono competenze prive pertanto di rango costituzionale. In tale contesto i gruppi esprimono una caratterizzazione politica originale, che ne consente la qualificazione come "di maggioranza" o "di opposizione" in termini corrispondenti al voto fiduciario, presupposto per il quale sono chiamati dai (soli) regolamenti allo svolgersi della rappresentazione democratica in Parlamento. Tale ruolo si qualifica nell'economia degli istituti regolamentari della democrazia rappresentativa e non rileva come originale attribuzione costituzionale.

Il regolamento della Camera in particolare definisce i gruppi come "associazioni di deputati" e come "soggetti necessari al funzionamento della Camera, secondo quanto previsto dalla Costituzione e dal Regolamento" (art. 14, comma 01, RC). Tali attributi sono validi anche nella prassi del Senato. I gruppi possono considerarsi organi (temporanei) delle Camere *funzionalmente*, in connessione alle competenze ad essi attribuite dai regolamenti parlamentari, che disciplinano anche i presupposti e le condizioni per la loro costituzione, vincolandone la funzionalità organica. Questa soggettività organica dunque, radicandosi nei regolamenti parlamentari, è tutta interna alle Camere e si svolge in termini tali da non consentire in alcun modo condizionamenti o limitazioni dell'esercizio di attribuzioni costituzionali delle Camere stesse o dei propri membri. Si tratta di una indicazione che dopo questa ordinanza si può ritenere univoca nella giurisprudenza costituzionale e che

---

ss.; E. BETTINELLI, *L'irriducibile ambiguità dei gruppi parlamentari (in un sistema politico precario)*, in *Il Politico*, n. 2/2013, pp. 22 ss.

[5] È evidente che i rappresentanti dei gruppi, ed i gruppi stessi, sono attivi anche all'esterno delle Camere; sotto questo profilo possono essere coinvolti in attività istituzionali informali o non procedimentalizzate, nell'ambito delle quali esprimono solo la propria soggettività politica, non anche il ruolo funzionale loro riconosciuto dai regolamenti parlamentari.

trova consistenza anche alla luce delle indicazioni con le quali la stessa Corte ha escluso la qualità di poteri dello Stato in capo ai partiti politici[6].

In conclusione la rilevanza dei gruppi si esaurisce sul piano e nell'ambito del *modus procedendi* delle Camere e la relativa organizzazione funzionale a tal fine è di esclusiva competenza dei regolamenti parlamentari, nello svolgimento dell'autonomia costituzionale dei due rami del Parlamento, che la Corte ha chiaramente escluso dalla portata del proprio sindacato[7].

5. Il necessario bilanciamento tra ortodossia del procedimento ed efficienza e tempestività delle decisioni legislative.

Il secondo ordine di argomenti di cui si ritiene di dare sommario conto in questa sede emerge dalla riflessione della Corte sulla 'duttilità' dei regolamenti parlamentari[8], specie nella disciplina del procedimento legislativo di esame del disegno della Legge annuale di Bilancio.

Secondo quanto indica la Corte nell'ordinanza in commento esiste una stretta connessione tra procedimento legislativo ed efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari; la questione, sempre secondo la Corte, è più evidente in materia

---

[6] L'argomento è rilevantissimo. Una disamina del dibattito dottrinale è pertanto impossibile in questa sede. Basti rinviare sul punto a Corte cost., ord. n. 79 del 2006, a partire dalla quale tale dibattito si è ampiamente articolato (per una rassegna selettiva di tale dibattito si veda la bibl. cit. in R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile*, cit., spec. nt. 7).

[7] La Corte, sulla base degli argomenti svolti nelle note sentt. n. 120 del 2014 e n. 262 del 2017, ampiamente commentate in dottrina (si vedano anche in tal caso, *ex plurimis*, i contributi i cui *links* sono riportati *in capite* alle sentenze in *ConsultaOnLine* - www.giurcost.org), ha chiaramente escluso la propria competenza con riferimento al sindacato degli *interna corporis acta* delle Camere sia per quanto concerne gli aspetti inerenti propriamente lo svolgimento delle attribuzioni espressive di autonomia parlamentare sia in ordine allo svolgimento del 'momento applicativo' di tale autonomia sulla base delle discipline interne dell'organo parlamentare. In tal senso, per quanto concerne l'organizzazione del procedimento legislativo, si veda anche Corte cost., sent. n. 1 del 2008, spec. punto 5.1 in diritto, in ultimo confermata in ord. n. 17 del 2019, punto 4.4. in diritto, dove la Corte si è riservata il vaglio delle procedure parlamentari solo ove sia implicato lo svolgimento di competenze ed attribuzioni di natura costituzionale.

[8] Anche questo tema ha generato un ampio ed approfondito dibattito dottrinale. Per praticità si fa rinvio, volendo, alla disamina della natura e della competenza dei regolamenti parlamentari come fonti del diritto offerta in R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti parlamentari come fonti del diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018, dove si dà altresì conto della giurisprudenza costituzionale e di ampi rif. bibl. sulla base dei quali ricostruire tale dibattito dottrinale.

economica e di bilancio, da un lato in ragione delle previsioni di cui all'art. 81 Cost., alla legge cost. n. 1 del 2012 ed alla legge rinforzata di attuazione n. 243 del 2012, e successive modifiche, nonché di cui alla legislazione generale in tema di contabilità generale e degli enti locali, essenzialmente imperniata sulla legge n. 196 del 2009, e successive modifiche, e sulla legge n. 42 del 2009, e successive modifiche; e dall'altro in ragione dei vincoli normativi del Semestre europeo.

Tali prescrizioni secondo la Corte hanno imposto che l'esigenza di un contraddittorio parlamentare ampio ed articolato debba trovare un opportuno *bilanciamento* con l'esigenza di decisioni corrette, efficaci e tempestive, determinando condizionamenti nell'evoluzione e nell'interpretazione dei regolamenti parlamentari, che si giustificano sulla base della "naturale elasticità delle regole e degli istituti propri della vita delle istituzioni politiche", in modo da ritenere che le prassi che ne sono scaturite, pur in assenza di modifiche testuali dei regolamenti, costituiscono "un fattore non privo di significato all'interno del diritto parlamentare, contrassegnato da un elevato tasso di flessibilità e di consensualità"[9].

In sostanza secondo la Corte la dimensione formale del procedimento legislativo, ancorché imperniata su previsioni costituzionali, costituisce, sì, un modulo decisionale formalizzato in modo da valorizzare il dibattito politico, e le esigenze del pluralismo che vi devono trovare costante espressione e garanzia, ma non può precludere la tempestività e l'efficacia delle decisioni di finanza pubblica, che oltretutto si svolgono su di un piano ordinamentale che travalica la dimensione dei regolamenti parlamentari e si incardina nella Costituzione e nel diritto europeo, ai fini della garanzia degli equilibri di bilancio. Sotto questo profilo i regolamenti configurano il procedimento legislativo, nella cornice della Costituzione, come un modulo procedurale 'duttile', quindi suscettibile di adattamento in omaggio alla citata esigenza di garantire un efficace bilanciamento tra i valori del pluralismo politico, propri del modello democratico che vi si svolge, ed i valori dell'efficacia e della tempestività delle decisioni di finanza pubblica[10]. La dimensione alla quale attingere per un costante adattamento a questi fini del procedimento legislativo (e dei procedimenti parlamentari in generale) è dunque l'esperienza operativa, che peraltro gli stessi regolamenti parlamentari riconoscono quale fonte per la relativa

---

[9] Tale qualificazione del diritto parlamentare è contenuta anche nell'ord. n. 17 del 2019, punto 4.4 in diritto.

[10] Tale posizione, anche se perfettamente allineata, pare invero più 'morbida' di quella rivelata dagli argomenti in diritto dell'ord. n. 17 del 2019, dove (spec. punti 4.1 e 4.3 in diritto) la Corte aveva rimarcato la necessità di un proprio sindacato molto approfondito circa la rispondenza del procedimento di esame del disegno della legge annuale di bilancio alle esigenze del pluralismo politico, al fine di non consentire derive del dibattito parlamentare ispirate dalla prevalenza delle esigenze della governabilità.

evoluzione (l'art. 16, comma 3, RC lo prevede in modo espresso; il RS accoglie tale principio nella relativa dimensione interpretativa).

Per tali ragioni la Corte, pur rilevando nello svolgimento del procedimento di esame del disegno della Legge annuale di bilancio 2020-2022 una serie di "deformazioni e dilatazioni" (che passa in accurata rassegna), non le ritiene, "di per sé e *prima facie*" espressione di violazioni lesive di attribuzioni parlamentari in ragione del bilanciamento dei valori evidenziati raggiunto in concreto in quel procedimento, escludendo conseguentemente l'ammissibilità dei ricorsi per conflitto di attribuzione ad essa presentati.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza pubblica

CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 101 del 17 maggio 2018 e sentenza n. 6 dell'11 gennaio 2019.

Disponibili agli indirizzi: http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0101s-18.html; http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0006s-19.html.

Sommario

1. Premessa. – 2. Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019. – 3. La motivazione delle sentenze – 4. Questioni metodologiche (cenni) – 5. Le questioni di merito. – 5.1. Il rapporto legge-bilancio. – 5.2. La mancata considerazione dell'impatto finanziario delle sentenze – 5.3. Le osservazioni di dettaglio – 5.3.1. La sentenza n.101: il c.d. principio di anticiclità delle politiche di bilancio – 5.3.2. La sentenza n. 6: equilibrio tendenziale e sana gestione finanziaria.

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione

C. FORTE, M. PIERONI, *Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza pubblica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Consiglieri della Corte dei conti.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa

Le sentenze della Corte costituzionale in commento (**n. 101/2018** e **n. 6/2019**) presentano profili comuni sia quanto a profili processuali e motivazionali sia in relazione alla definizione, nel merito, delle questioni affrontate (rapporto tra legge onerosa e bilancio ed effetti delle sentenze di accoglimento sulla tenuta dei saldi di finanza pubblica).

2. Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019

2.1. Con la **sentenza n. 101/2018**, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 466, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019), nella parte in cui stabilisce che, a partire dal 2020, ai fini della determinazione dell'equilibrio del bilancio degli enti territoriali, le spese vincolate provenienti dai precedenti esercizi debbano trovare finanziamento nelle sole entrate di competenza e nella parte in cui non prevede che l'inserimento dell'avanzo di amministrazione e del fondo pluriennale vincolato nei bilanci dei medesimi enti territoriali abbia effetti neutrali rispetto alla determinazione dell'equilibrio dell'esercizio di competenza (v. anche Corte cost. sentenze n. 94/2018; n. 247/2017).

La Corte, confermando - nella sostanza - la *ratio decidendi* della precedente sentenza n. 247/2017, ha ritenuto la fondatezza della questione in riferimento agli artt. 81 e 97 Cost., nonché all'art. 119 Cost.

Secondo la Corte, "il menzionato comma 466 è illegittimo nella parte in cui stabilisce che, a partire dal 2020, ai fini della determinazione dell'equilibrio del bilancio le spese vincolate nei precedenti esercizi debbano trovare finanziamento nelle sole entrate di competenza. È illegittimo altresì nella parte in cui non prevede che l'impiego […] del fondo pluriennale vincolato abbia effetti rispetto alla determinazione dell'equilibrio del bilancio di competenza".

La Corte ha ricordato che la "qualificazione normativa del fondo pluriennale vincolato costituisce una definizione identitaria univoca dell'istituto, la cui disciplina è assolutamente astretta dalla finalità di conservare la copertura delle spese pluriennali. Ciò comporta che nessuna disposizione – ancorché contenuta nella legge rinforzata – ne possa implicare un'eterogenesi semantica e funzionale senza violare l'art. 81 della Costituzione (sentenza n. 247 del 2017)".

2.2. Con la **sentenza n. 6 del 2019**, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 851, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), in riferimento agli artt. 3, 5 e 116 Cost. nonché 7 e 8 dello «Statuto speciale per la Sardegna», "nella parte in cui, nel triennio 2018-2020 e

nelle more della definizione dell'accordo di finanza pubblica, non riconosce alla Regione autonoma Sardegna adeguate risorse, determinate secondo i criteri di cui in motivazione".

La Corte ha ritenuto la norma impugnata lesiva le competenze regionali, poiché - dopo la mancata attuazione (ad oltre tre anni dalla sua pubblicazione) della sentenza n. 77 del 2015 in tema di accantonamenti a carico degli enti territoriali - sottrae alla programmazione triennale della stessa Regione autonoma una cospicua quantità di risorse ben superiore alla somma riconosciuta dalla norma (pari ad euro 15.000.000,00), che, per di più, è riferita al solo esercizio 2019.

Nell'occasione, la Corte ha formulato quattro significativi moniti al legislatore nazionale, riguardanti:

a) la sostanziale improrogabilità dell'intervento del legislatore in esito ai pronunciamenti della Corte costituzionale, che ingenerano nei destinatari un obbligo ad ottemperare;
b) l'urgenza dell'intervento richiesto al legislatore allo scopo di non pregiudicare l'autonomia regionale;
c) i criteri ai quali dovrà ispirarsi il legislatore nell'introdurre la disciplina sostanziale richiesta dalla Corte costituzionale per colmare il *vulnus* arrecato all'autonomia regionale violata;
d) le modalità di esposizione contabile degli interventi ripristinatori dell'autonomia regionale vulnerata, sì da consentire una trasparente leggibilità dei prospetti contabili volti a rappresentare, in modo preciso, simmetrico, speculare e tempestivo, le relazioni di dare/avere tra enti pubblici.

a) In primo luogo, quanto all'esigenza di un pronto intervento del legislatore, la Corte ha rilevato che "le diacroniche rimodulazioni derivanti dalle pronunzie di questa Corte non possono essere rinviate *ad libitum*, ma devono essere adottate tempestivamente e comunque entro la prima manovra di finanza pubblica utile, perché altrimenti gli interessi costituzionalmente tutelati rimarrebbero nella sostanza privi di garanzia. Siffatte pronunzie, adottate nella materia finanziaria, ingenerano nei soggetti destinatari un obbligo a ottemperare che non contrasta con la naturale ampia discrezionalità in sede legislativa nel determinare le politiche finanziarie, ma la circoscrive parzialmente entro il limite della doverosa conformazione alle statuizioni del giudice costituzionale. Così, ad esempio, in presenza di un difetto di copertura di spese obbligatorie accertato in sede di giudizio costituzionale, è stato statuito che la doverosità dell'adozione di appropriate misure da parte della Regione – pur rimanendo ferma la discrezionalità della stessa nell'adozione della propria programmazione economico-finanziaria – viene a costituire un limite nella determinazione delle politiche di bilancio di futuri esercizi, circoscrivendone la portata attraverso il «rispetto del principio di priorità dell'impiego delle risorse disponibili» (sentenza n. 266 del 2013) per coprire le

spese derivanti dalle pronunce del giudice costituzionale (in tal senso anche sentenze n. 188 del 2016 e n. 250 del 2013). È proprio il meccanismo della "priorità di intervento finanziario" a connotare il principio dell'equilibrio dinamico come giusto contemperamento, nella materia finanziaria, tra i precetti dell'art. 81 Cost., la salvaguardia della discrezionalità legislativa e l'effettività dei vincoli costituzionali".

b) Il secondo monito –"fermo restando l'istituto dell'accordo come principale strumento attuativo del principio di leale collaborazione tra Stato e autonomia speciale nella materia finanziaria e – conseguentemente – impregiudicata la possibilità che la trattativa tra Stato e Regione autonoma Sardegna possa riprendere con immediato esito costituzionalmente conforme" – è nel senso che "deve essere comunque assicurato per il triennio 2018-2020 un tempestivo, ragionevole e proporzionato contributo dello Stato, che anticipi, nel corso dell'esercizio 2019, gli effetti dell'accordo *in itinere* nel caso in cui quest'ultimo non venga stipulato con analoga tempestività".

c) La Corte ha altresì individuato – "al fine di concretizzare il principio di leale cooperazione tra Stato ed enti territoriali, conciliando le istanze di politica economica generale con la struttura regionalista del nostro ordinamento" – gli elementi da sottoporre a ragionevole e proporzionata ponderazione da parte del legislatore nel comporre, attraverso apposita disciplina, gli interessi in gioco, in quanto "ricavabili direttamente dalla vigente legislazione e dalla giurisprudenza" della Corte. Essi sono stati così sinteticamente riassunti. "Partendo dall'andamento storico delle entrate e delle spese della Regione, antecedente alla entrata in vigore della legge n. 42 del 2009, la rimodulazione deve tener conto: a) della «dimensione della finanza» della Regione Sardegna «rispetto alla finanza pubblica complessiva» (art. 27 della legge n. 42 del 2009); b) delle «funzioni […] effettivamente esercitate e dei relativi oneri» (art. 27 della legge n. 42 del 2009); c) degli «svantaggi strutturali permanenti […], dei costi dell'insularità e dei livelli di reddito *pro capite*» (art. 27 della legge n. 42 del 2009); d) del valore medio dei contributi alla stabilità della finanza pubblica allargata imposti agli enti pubblici regionali nel medesimo arco temporale (coerentemente con l'art. 97, primo comma, secondo periodo, Cost.); e) del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost. e art. 27 della legge n. 42 del 2009); f) del principio dell'equilibrio tendenziale o dinamico per quel che riguarda la tempestiva copertura del contributo afferente agli esercizi 2019 e 2020 e a quella *ex post* dell'esercizio 2018 (*ex multis*, sentenze n. 10 del 2016, n. 155 del 2015 e n. 10 del 2015).

d) Infine, la Corte ha auspicato che detto processo di rimodulazione "deve essere ispirato alla chiarezza e trasparenza dei meccanismi adottati per realizzare l'intervento riequilibratore (sentenza n. 61 del 2018)". Sicché, la Corte ha ribadito "la necessità di trasparenza dei rispettivi bilanci, ove la dimensione finanziaria

del contendere deve essere rappresentata in modo intelligibile attraverso il rispetto di quelle che la direttiva europea 2011/85/UE dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, attuata dall'Italia con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 54 (Attuazione della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri), denomina «regole di bilancio numeriche». In proposito è stato già affermato che «nel settore della finanza pubblica allargata le partite creditorie e debitorie afferenti alle relazioni tra enti pubblici […] debbano essere rappresentate nei rispettivi bilanci in modo preciso, simmetrico, speculare e tempestivo» (sentenza n. 252 del 2015)".

3. La motivazione delle sentenze

3.1. Nelle sentenze in commento occorre soffermarsi su talune criticità della motivazione.

In proposito occorre premettere che, specie per le pronunce di accoglimento, la parte motivazionale si rivela essenziale: a) sia per illuminare la *ratio decidendi*, fornendo al legislatore i possibili indirizzi per un esercizio della funzione legislativa rispettosa dei parametri costituzionali sia per consentirne un "vaglio" circa l'equilibrato svolgimento delle funzioni che alla Corte sono assegnate; b) sia quale garanzia della chiarezza delle decisioni assunte, tanto più che le sentenze della Corte sfuggono al controllo di altri poteri.

3.2. Iniziando dalla **sentenza n. 101/2018**, la Corte - come si è visto - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 466, della legge della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019), nella parte in cui stabilisce che, a partire dal 2020, ai fini della determinazione dell'equilibrio del bilancio degli enti territoriali, le spese vincolate provenienti dai precedenti esercizi debbano trovare finanziamento nelle sole entrate di competenza e nella parte in cui non prevede che l'inserimento dell'avanzo di amministrazione e del fondo pluriennale vincolato nei bilanci dei medesimi enti territoriali abbia effetti neutrali rispetto alla determinazione dell'equilibrio dell'esercizio di competenza.

3.2.1. La disposizione caducata[1] riproduce quella contenuta nell'art. 9, comma 1-*bis*, della legge n. 243 del 2012[2], tanto è vero che l'argomento sostenuto della

---

[1] 466. A decorrere dall'anno 2017 gli enti di cui al comma 465 del presente articolo devono conseguire il saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali, ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 243. Ai sensi del comma 1-bis del medesimo articolo 9, le entrate finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e le spese finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2 e 3 del medesimo schema di bilancio. Per gli anni 2017-2019, nelle entrate e nelle spese finali in termini di competenza è

difesa erariale è stato il seguente: "la difesa statale osserva che anche tale disposizione *recepisce pedissequamente*, con riferimento agli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2017-2019, quanto espressamente previsto nella fonte sovraordinata e, in particolare, dal comma 1-*bis* del novellato art. 9 della legge n. 243 del 2012." (Corte cost. sentenza n. 101/2018, punto 4 del *Ritenuto in fatto*).

Se è dunque vero che la sentenza n. 101/2018 ribadisce quanto la stessa Consulta ebbe a ritenere nella citata sentenza n. 243[3], sul piano logico e sistematico, non appare tuttavia sufficientemente persuasiva la motivazione che ha condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma oggetto di impugna-

---

considerato il fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa, al netto della quota riveniente dal ricorso all'indebitamento. A decorrere dall'esercizio 2020, tra le entrate e le spese finali è incluso il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa, finanziato dalle entrate finali. Non rileva la quota del fondo pluriennale vincolato di entrata che finanzia gli impegni cancellati definitivamente dopo l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente.

[2] 1-*bis*. Ai fini dell'applicazione del comma 1, le entrate finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e le spese finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2 e 3 del medesimo schema di bilancio. Per gli anni 2017-2019, con la legge di bilancio, compatibilmente con gli obiettivi di finanza pubblica e su base triennale, è prevista l'introduzione del fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa. A decorrere dall'esercizio 2020, tra le entrate e le spese finali è incluso il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa, finanziato dalle entrate finali. [Comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), L. 12 agosto 2016, n. 164].

3 Corte cost. sentenza n. 101/2018, "Quanto, infine, ai contenuti della "legge rinforzata", [nella sentenza n. 247/2017, punto 9 del *Considerato in diritto*] era stato affermato che la stessa individua le modalità di perseguimento del "pareggio" (*recte*: equilibrio) di bilancio, come enunciato all'art. 81 Cost., ma non può ridefinirlo attraverso indiretti tecnicismi contabili, perché tale interpretazione «non risulta neppure in linea con i precetti di copertura e di equilibrio contenuti nell'art. 81 Cost." (punto 6.2.1. del *Considerato in diritto*). Il tenore del passaggio della sentenza n. 247/2017, a cui la sentenza n. 101/2018 fa richiamo è il seguente: "[…] le disposizioni impugnate sarebbero però in contrasto con i parametri costituzionali evocati dalle ricorrenti se non se ne offrisse una lettura alternativa, costituzionalmente orientata. A quest'ultima soluzione si deve accedere, interpretando le norme nel senso che le disposizioni impugnate non alterano la struttura e la gestione temporale del fondo pluriennale vincolato. Ne consegue che – contrariamente a quanto lamentato dalle ricorrenti – accertamenti, impegni, obbligazioni attive e passive rimangono rappresentati e gestiti in bilancio secondo quanto programmato a suo tempo dall'ente territoriale. Pertanto, l'iscrizione o meno nei titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dell'entrata e nei titoli 1, 2 e 3 della spesa deve essere intesa in senso meramente tecnico-contabile, quale criterio armonizzato per il consolidamento dei conti nazionali. Tale aggregazione contabile non incide né quantitativamente né temporalmente sulle risorse legittimamente accantonate per la copertura di programmi, impegni e obbligazioni passive concordate negli esercizi anteriori alle scadenze del fondo pluriennale vincolato.".

zione da parte delle Regioni ricorrenti contenuta nella legge ordinaria, laddove detta norma costituisce pedissequa riproduzione della legge rinforzata.

Tale aporia, in primo luogo, non appare convincente sul piano sistematico.

Infatti, tra legge e Costituzione vi è una differenza di gradazione che corrisponde alla differenza di grado (di posizione) nel sistema delle fonti. Sicché in un sistema di produzione normativa ordinato per scala gerarchica è nella logica che, discendendo la scala, si attinga un livello progressivamente più accentuato di concretezza: una diminuzione delle previsioni di scopo; un aumento delle previsioni di mezzi[4]. È per questo che sembra problematico che la legge, gerarchicamente sottordinata alla Costituzione, sia interpretata prescindendo dalla nozione che si abbia della fonte condizionante.

3.2.2. Occorre in secondo luogo, nel merito, ricordare che l'art. 81, sesto comma, Cost. prevede: "Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei princìpi definiti con legge costituzionale".

È sulla base di tale delega che è stata approvata, con "legge rinforzata", la norma di cui all'art. 9, comma 1-*bis*, della legge n. 243, che contiene una ben precisa, rigorosa nozione di "saldo"[5], proprio allo scopo di "*assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni*".

Queste argomentazioni riconducibili *in nuce* alla omologia della norma oggetto di scrutinio rispetto alla disposizione di cui alla legge n. 243 citata (reclamata dalla difesa statale) non sono state affrontate della Corte. Essa ha anzi degradato *ex abrupto* tale legge rinforzata, per la parte relativa alla definizione degli equilibri dei bilanci degli enti territoriali, ad indiretto tecnicismo contabile, con ciò offuscando la portata sostanziale della legge rinforzata, e cioè il nesso tra tale definizione e gli equilibri di finanza pubblica costituzionalmente protetti.

---

[4] M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della costituzionale. Osservazioni liminari*, pp. 41 ss, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007.

[5] Cfr. Corte conti – Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2019 sul coordinamento della finanza pubblica del 2019*, 22 maggio 2019, capitolo: "Le modifiche all'equilibrio degli enti locali per il 2018: riflessi sulla spesa per investimenti", p. 333; Ufficio parlamentare di bilancio, *Gli avanzi spendibili degli Enti territoriali a seguito delle nuove regole sul pareggio*, Focus tematico, n. 3, dell'8 aprile 2019, capitolo: "Vincolo del pareggio e utilizzo degli avanzi di amministrazione: il superamento del "doppio binario", p. 4.

In secondo luogo, così facendo, la Corte costituzionale ha finito con il condizionare il legislatore, il quale, per esempio, con l'art. 1, comma 820, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021", è intervenuto con legge ordinaria a disciplinare, con apposita nuova disciplina del saldo nei sensi indicati dalla Consulta, gli equilibri di bilancio degli enti territoriali, esorbitando, però, dai limiti posti al legislatore ordinario dall'art. 81, sesto comma, Cost., trattandosi di materia, quella dei saldi, riservata all'ambito della legislazione rinforzata[6] (anche se poi la stessa Corte dei conti ha riconosciuto che i vari regimi possono coesistere[7]).

3.3. Anche la **sentenza n. 6/2019** presenta aspetti problematici.

3.3.1. Anche in questo caso, la Corte ha superato in modo deciso ma non perspicuo le forti controdeduzioni spiegate dalla difesa statale circa la coerenza ordinamentale della norma impugnata dalla Regione, in quanto essa "rappresenterebbe il contemperamento «sia dell'esigenza del coordinamento della finanza pubblica *ex* articolo 117, terzo comma, sia del rispetto del principio della leale collaborazione. Invero, il legislatore, nonostante il dirompente impatto in termini di finanza pubblica a cui è chiamato a far fronte in virtù dell'applicazione della sentenza n. 77 del 2015, ha comunque riconosciuto, per l'anno 2019, alla regione Sardegna un contributo di 15 milioni di euro, nelle more della definizione dei complessivi rapporti finanziari fra lo Stato e la ricorrente, anche in considerazione del ritardo nello sviluppo economico dovuto all'insularità»." (Corte cost., sentenza n. 6/2019, punto 1.2. del *Considerato in diritto*).

La Consulta ha rigettato come inconferente l'argomento della Presidenza del Consiglio, secondo il quale l'attuazione della [precedente] sentenza n. 77 del 2015 dovrebbe essere assicurata nel rispetto dell'art. 81 Cost. e dei saldi di finanza pubblica "sia in relazione all'ampio arco temporale trascorso dalla data della pronuncia, sia con riguardo al principio dell'equilibrio tendenziale che deve ispirare la disciplina e la gestione del bilancio pubblico", ricordando che la stessa Corte "ha già chiarito (sentenze n. 101 del 2018 e 247 del 2017) che l'art. 97, primo comma, Cost., nella vigente formulazione, si compone di due precetti ben distinti: quello contenuto nel primo periodo riguarda l'equilibrio individuale degli enti facenti parte della finanza pubblica allargata, mentre quello del secondo

---

[6] Cfr., Corte dei conti - Sezioni riunite in sede di controllo, *Relazione quadrimestrale sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri* (Leggi pubblicate nel quadrimestre settembre – dicembre 2018 - articolo 17, comma 9, della legge 31 dicembre 2009, n. 196), delib. n. 4/2019/RQ del 29 marzo 2019, punto c.1.4 *Osservazioni su specifiche disposizioni*, pag. 48.

[7] Corte conti, Sez. Riun. Contr., delib. n. 20/SSRRCO/QMIG/2019, punto II.V.

periodo riguarda l'equilibrio complessivo di quest'ultima, in quanto finalizzato ad assicurare la sostenibilità del debito nazionale. È evidente che l'equilibrio complessivo deve essere coerentemente coordinato con analogo equilibrio dei singoli bilanci che compongono il cosiddetto bilancio consolidato dello Stato. In sostanza, l'equilibrio complessivo – a meno di non voler pregiudicare con una sproporzionata compressione l'autonomia di un singolo ente territoriale – deve essere congruente e coordinato con l'equilibrio della singola componente aggregata se non si vuole compromettere la programmazione e la scansione pluriennale dei particolari obiettivi che compongono la politica della Regione. È stato in proposito precisato che «il principio della copertura consiste nell'assoluto equilibrio tra risorse e spese, sia in fase previsionale che durante l'intero arco di realizzazione degli interventi» (sentenza n. 101 del 2018). E quindi il superiore interesse alla realizzazione dell'equilibrio della finanza pubblica allargata trova il suo limite nella correlata esigenza di sana gestione finanziaria dell'ente che vi è soggetto e – con riguardo alle autonomie territoriali, categoria di appartenenza della ricorrente – nell'esigenza di garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate".

In realtà, la Corte non sembra avvedersi della complessità della questione affrontata, nel senso che se, per un verso, con la declaratoria di illegittimità costituzionale, intende assicurare l'esborso da parte dello Stato delle spettanze da riconoscere alla Regione autonoma per "garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate", per altro verso, non considera che il presunto, insufficiente finanziamento da parte dello Stato trova fondamento nella necessità di rispettare i vincoli eurounitari di finanza pubblica costituzionalmente garantiti dalle novelle del 2012.

Questo, nella sostanza, era il fondamento dell'argomentazione della difesa statale secondo cui "il metodo dell'accordo […] dovrebbe essere […] concepito come uno strumento di bilanciamento tra l'autonomia finanziaria degli enti territoriali e l'esigenza di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica che anche le Regioni speciali sono tenute a osservare per preservare l'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche, anche per garantire l'unità economica della Repubblica: «[n]el considerare sia gli equilibri di finanza pubblica sia la necessità di addivenire alla stipula di una intesa con la regione Sardegna, il legislatore ha ritenuto opportuno riconoscere *medio tempore* un contributo, previsto esclusivamente a titolo di acconto, nei limiti della disponibilità finanziaria. La norma contempla un effettivo margine di negoziabilità dell'importo, che potrà essere concordato nelle successive fasi dialogiche del percorso di definizione dei reciproci rapporti finanziari Stato-Regione»".

4. Questioni metodologiche (cenni)

Per brevità, solo un cenno meritano le rilevanti questioni metodologiche sottese alle due pronunce in esame, che pure meriterebbero uno specifico esame.

Si fa riferimento, ad esempio, alla problematica estensione dello strumentario delle sentenze a "contenuto plurimo" alla materia della finanza pubblica con l'obiettivo di condizionare le scelte del legislatore in detta materia o anche alla complessa applicazione della tecnica del bilanciamento per comporre il binomio "tutela degli equilibri di bilancio" *vs* "garanzia dei diritti".

In relazione al primo profilo, è noto che le "pronunce additive di principio" e le "pronunce monito" costituiscono una sorta di anomalia in relazione alla caratteristica della "giurisdizione costituzionale", incentrata su di un controllo *a posteriori* e concreto potendo, laddove non ben calibrate, sovrapporsi all'esercizio del potere legislativo che compete al Parlamento; anomalia ancor più avvertibile in materia di finanza pubblica, anche in considerazione dell'intreccio dei diversi interessi e dell'imponderabile proiezione *pro-futuro* delle scelte da effettuare, anche in relazione al rispetto dei vincoli eurounitari.

Con riferimento al secondo profilo, c'è da chiedersi se la tutela dei diritti possa plausibilmente trovare un bilanciamento con l'esigenza di salvaguardare "l'equilibrio", dato che quest'ultimo sembra costituire una precondizione, un "vincolo" all'interno del quale è possibile calibrare, nell'*an*, nel *quantum*, nel *quomodo* e nel *quando*, la soddisfazione - potenzialmente di portata finanziaria illimitata - dei diritti.

5. Le questioni di merito

Passando al merito delle questioni esaminate nelle citate sentenze della Corte costituzionale, come si può desumere dalla ratio decidendi in precedenza riportata, le problematiche affrontate dalle due pronunce sono di notevole rilievo. In particolare, esse possono, in estrema sintesi, essere ricondotte a due questioni, che attraversano entrambe le decisioni, anche se con peso diverso: si tratta, da un lato, del riproporsi del perno su cui ruota la contabilità pubblica nel nostro paese, ossia il rapporto tra legge e bilancio e, dall'altro, della considerazione o meno dell'impatto della singola pronuncia sui vincoli di bilancio in essere. Due questioni di base rispetto a cui va meditato il portato delle due sentenze.

5.1 Il rapporto legge-bilancio.

Relativamente al punto 6.2. (*Considerato in diritto*) della sentenza n. 101, l'asse su cui ruota la pronuncia è l'impossibilità di correggere gli impegni assunti da parte della Regione ricorrente, come cristallizzati nel Fondo pluriennale vincolato, sicché sarebbe stato illegittimo modificare *in progress* in senso restrittivo con legge

dello Stato i modi di calcolare i saldi di bilancio dell'ente territoriale, con diretta incidenza su ciò che la Corte qualifica quale "definizione identitaria univoca dell'istituto". Sia pure in maniera più indiretta, il problema si ripropone con l'altra pronuncia (sentenza **n. 6/2019**), in cui si sostiene che gli obblighi di cui allo Statuto della Regione ricorrente imporrebbero alla legge di bilancio dello Stato di trasferire tutte le risorse sufficienti.

Riguardo alla prima (sentenza **n. 101/2018**), la mancata considerazione della natura degli impegni assunti dalla Regione ricorrente ha portato la Corte ad osservare che, dati questi impegni e dunque la loro presunta inderogabilità, con la modifica sopravvenuta nella normativa sui bilanci degli enti territoriali con la legge n. 243 del 2012, l'alternativa si sarebbe posta - per la Regione medesima - nel senso di rinunciare alle obbligazioni assunte oppure di trovare una nuova copertura. La sentenza non considera invece la natura delle obbligazioni assunte, nel senso della loro vincolatività o meno: se le obbligazioni assunte non sono vincolanti, ben appare possibile dunque rimodulare gli impegni e conseguentemente le spese per tener conto dei vincoli di bilancio. Ciò a maggior ragione se, come la stessa sentenza riconosce, si tratta per lo più di spesa in conto capitale.

Peraltro, la rimodulazione sarebbe stata possibile anche nel caso si fosse trattato di oneri obbligatori. Poiché, nel rispetto dei parametri costituzionali, nulla è immodificabile da parte del legislatore, ben possono essere rivisti il *timing* e l'entità di qualsivoglia spesa (ovviamente, in caso di contratti, occorre l'accordo delle parti). Nulla impedisce che la singola legge modifichi gli stanziamenti o le normative in essere[8].

A ben considerare, tutte le manovre di finanza pubblica a partire dalla legge finanziaria per il 1979, non sono state altro che la rimessa in discussione di oneri, nella gran parte obbligatori, assunti con leggi pregresse, a fronte soprattutto di diritti soggettivi successivamente ridimensionati per legge. Il concetto stesso di "manovra di finanza pubblica", che ora a livello statale trova la sua plastica evidenziazione nella Sezione I della legge di bilancio, altro non è che la correzione del complesso delle norme in essere in modo da adeguarne (nel senso di ridurne) gli effetti finanziari in vista degli obiettivi di finanza pubblica, come esplicitamen-

---

[8] Come evidenziato da T. TESSARO, in *Gazzetta Forense*, 19 marzo-aprile 2019, p. 291 ss., "le difficoltà afferenti l'applicazione in concreto del principio, che individuava, quale momento procedimentale significativo per l'imputazione al Fondo Pluriennale Vincolato della spesa, la selezione del contraente privato hanno indotto il legislatore ad emendare l'originaria disciplina, apportandovi significative modifiche introdotte, in particolare, dell'art. 1, commi 909 e 910, della l. n. 145 del 2018 e dal d.m. 1° marzo 2019: le nuove fattispecie allentano i vincoli per l'accantonamento al Fondo Pluriennale Vincolato dell'intero quadro economico progettuale degli investimenti".

te dispone la legge di contabilità[9]. Naturalmente la stessa rimodulazione/rivisitazione può aver luogo a livello regionale, in presenza di vincoli di bilancio imposti all'ente da una legge statale in tema di modalità di calcolo dell'equilibrio di bilancio, legge (n. 243 del 2012) che, a sua volta, trova fondamento nel sesto comma del nuovo art. 81 Cost. e che, come prima ricordato, secondo la Corte dei conti, può coesistere con altre normative dettate da leggi ordinarie (cfr. nota 11).

Non è un caso che, proprio per inquadrare con precisione il rapporto tra legge ordinaria e legge di bilancio (Sezione II), la legge di contabilità nazionale riporti un principio[10], che, per la sua natura sistemica, si può ritenere connaturato all'ordinamento, atteso lo strumento di decisione quale la legge, e che inquadra le tre tipologie che possono assumere le norme primarie in base al tipo di vincolo che esse imprimono sul bilancio e di conseguenza la modalità delle relative modifiche: si tratta degli oneri inderogabili, dei fattori legislativi e delle spese per adeguamento al fabbisogno. Tale distinzione è intesa a mettere a fuoco ciò che può essere modificato con una decisione normativa sostanziale (il primo tipo con la Sezione I della legge di bilancio o con altra legge ordinaria) ovvero con la mera previsione di bilancio (gli altri due tipi con la Sezione II della legge di bilancio). È evidente comunque che le leggi sostanziali, quale che ne sia la categoria di appartenenza tra le tre disciplinate, possono sempre essere successivamente modificate: la legge di contabilità si è preoccupata di individuare lo strumento con cui ciò può accadere. Non esistono leggi immodificabili.

Inutile rilevare che tali osservazioni si estendono anche alla precedente sentenza n. 247 del 2017, più volte richiamata dalla sentenza n. 101, che anzi vi si appoggia in via preliminare e che parte dal medesimo (dubbio) presupposto, ossia l'intangibilità "degli accertamenti, degli impegni, delle obbligazioni attive e passive […] rappresentati e gestiti in bilancio secondo quanto programmato a suo tempo dall'ente territoriale".

Per certi versi, anche la seconda pronuncia (sentenza n. 6) evidenzia la mancata considerazione dell'aspetto della natura delle norme statutarie dal punto di vista finanziario e quindi del grado di vincolo che esse pongono sui trasferimenti dal bilancio dello Stato. La sentenza assume infatti la cogenza imperiosa dei principi dello statuto nel senso di una loro presunta fissità (peraltro ignota sul piano quantitativo) e della conseguente impossibilità di una modulazione, peraltro necessaria *pro quota* per tener conto dei vincoli più ampi di finanza pubblica, delle concrete modalità con cui farvi fronte con i trasferimenti da parte dello Stato. Ancora una volta - secondo la sentenza - il *quantum* ed il *quomodo* rappresente-

---

[9] Art. 21, comma 1-*bis*.

[10] Art. 21, comma 5.

rebbero variabili indipendenti e dunque prioritarie, senza tener conto delle connaturate esigenze di flessibilità e di contemperamento con i vincoli di finanza pubblica complessiva, peraltro costituzionalmente tutelati.

Chiude il cerchio, infatti, il fatto che le Regioni sono tenute costituzionalmente a concorrere al rispetto degli obiettivi di finanza pubblica così come nascenti da un quadro europeo di norme al cui rispetto il nostro Paese si è impegnato[11], sia ratificando i relativi Accordi sia varando la legge rinforzata n. 243 del 2012 costruita appositamente, del pari alla stessa novella costituzione del 2012, come disposizione recettizia della normativa eurounitaria in funzione dei contenuti di volta in volta definiti e finalizzati al raggiungimento degli obiettivi macrofinanziari.

Il punto che lega dunque, per questo primo aspetto, le due pronunce sta nel fatto di considerare come variabili esogene, nell'un caso, gli impegni pluriennali assunti dalla regione (sentenza n. 101) e, nell'altro caso, il *quantum* necessario a dar "adeguatamente" corso alle funzioni previste dallo statuto speciale della regione interessata (sentenza n. 6); in realtà, non si tratta, per il primo caso, di un dato immodificabile in base al generale principio della flessibilità degli impegni ad opera di nuove e successive decisioni discrezionali ne', nel secondo caso, di un dato quantificabile con esattezza, per il solo fatto che il *quantum* ed il *quomodo* delle prestazioni previste dallo statuto di una regione non sono fissati sul piano finanziario e comunque la relativa attuazione va contemperata con i vincoli di finanza pubblica di cui agli obiettivi complessivi, al cui raggiungimento, peraltro, sono costituzionalmente tenuti per la loro parte anche gli enti territoriali.

Per questo aspetto le due sentenze poggiano su una premessa che non può non essere ritenuta del tutto discrezionale alla luce delle motivazioni di sistema prima riportate.

---

[11] Con la sentenza n. 107 del 2016, la Corte ha affermato che lo Stato è direttamente responsabile del rispetto delle regole di convergenza e di stabilità dei conti pubblici, regole provenienti sia dall'ordinamento comunitario che da quello nazionale; sicché ai fini del concorso degli enti territoriali al rispetto degli obblighi comunitari della Repubblica ed alla conseguente realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, lo Stato deve vigilare affinché il disavanzo di ciascun ente territoriale non superi determinati limiti, fissati dalle leggi finanziarie e di stabilità che si sono succedute a partire dal 2002. Con la sentenza n. 40 del 2016, la Corte ha anche affermato che, in un contesto di grave crisi economica, il legislatore, nella determinazione delle modalità del concorso delle autonomie speciali alle manovre di finanza pubblica, può discostarsi dal modello consensualistico prefigurato dal citato art. 27 della legge n. 42 del 2009, fermo restando il necessario rispetto della sovraordinata fonte statutaria.

5.2 La mancata considerazione dell'impatto finanziario delle sentenze.

L'osservazione appena svolta apre alla seconda considerazione tra le due enunciate in premessa (valutazione degli oneri delle sentenze). Dalla giurisprudenza recente della Corte costituzionale in materia di finanza pubblica non traspare la piena consapevolezza di confrontarsi con l'effetto prodotto dalle sentenze dal punto di vista dell'appesantimento dei conti pubblici. Vero è che la legge di contabilità annovera esplicitamente le sentenze "suscettibili di determinare maggiori oneri" come tra le cause per le quali il Governo è chiamato a proporre iniziative legislative *ad hoc*, ma vero è pure che, nelle note condizioni di finanza pubblica, forse proprio utilizzando il concetto di "bilanciamento" cui tanto spesso ricorre la Consulta, probabilmente una maggiore attenzione alle conseguenze finanziarie delle pronunce sarebbe doveroso[12].

Delle due sentenze, quella n.101 ha già prodotto effetti nel momento in cui c'è stato l'adeguamento della legislazione vigente ad opera delle successive leggi di bilancio. Ciò che va messo qui in luce è che questo ha comportato un appesantimento in termini di saldi di finanza pubblica pari a 404 milioni nel 2020, 711 nel 2021, 1,3 miliardi nel 2022 e via dicendo, con una maggiore spesa permanente annua a partire dal 2028 pari ad 1,5 miliardi[13], per quanto concerne la legge di bilancio per il 2019.

In termini non dissimili sembra porsi il problema per il recepimento della sentenza n. 6, dal momento che la stessa sentenza riporta una valutazione dei costi del ricorso, in base a quanto riportato dall'Avvocatura dello Stato a difesa della Presidenza del Consiglio, denominata come "dirompente"[14].

Con la legge di bilancio per il 2020 (n. 160 del 2019, art. 1, commi 866 e ss.) si è dovuto provvedere a risistemare la materia in base ad un apposito accordo tra lo Stato e la Regione Sardegna.

---

[12] Cfr., da ultimo, R. PINARDI, *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Fascicolo 2, giugno 2019; S. SCAGLIARINI, *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Fascicolo 2, giugno 2019; M. TROISI, *La quantificazione del costo delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Fascicolo 2, giugno 2019.

[13] Cfr. A.S. 981, Relazione tecnica aggiornata.

[14] Non è nota la quantificazione dell'onere. Tra l'altro, la mancata pubblicità della documentazione resa dall'Avvocatura costituisce problema che attende una soddisfacente soluzione per il principio della trasparenza dell'operato di qualsivoglia pubblica amministrazione.

5.3 Le osservazioni di dettaglio.

Si procede qui a qualche ulteriore considerazione su alcuni aspetti peculiari riferiti a ciascuna delle due sentenze in esame.

5.3.1 La sentenza n.101: il c.d. principio di anticiclità delle politiche di bilancio.

Quanto alla sentenza n. 101, del degrado delle norme della legge n. 243 del 2012, in tema di equilibrio di bilancio degli enti territoriali, ad indiretto tecnicismo contabile è stato già fatto prima cenno (cfr. par. 3.2.2.).

Altra osservazione riguarda il fatto che, all'interno del citato punto 6.2, la sentenza riporta che "tenuto conto che le spese di natura pluriennale coincidono quasi specularmente con le risorse destinate agli investimenti, verrebbe, tra l'altro, contraddetto il principio di anticiclità delle politiche di bilancio introdotto dal nuovo art. 81, primo comma, Cost., poiché per contrastare le fasi avverse del ciclo economico non potrebbero essere impiegate nemmeno le risorse già disponibili per gli investimenti".

Al riguardo, a parte il richiamo al primo comma dell'art. 81 cost. da correggere nel secondo comma, si osserva che l'esito letterale della sentenza sarebbe che le norme del Patto di stabilità e crescita in vigore prevederebbero la cosiddetta "*golden rule*", ossia l'esclusione dai vincoli di bilancio di tutte le spese di investimento, che potrebbero dunque essere *tout court* finanziate a debito.

Ciò non corrisponde né alla lettera e alla *ratio* delle norme in questione a livello di Stato, le quali considerano da non computare negli obiettivi alcuni fattori rilevanti individuati di volta in volta in base ad apprezzamenti variabili e frutto peraltro di decisioni consensuali tra Commissione europea e singoli governi, tra cui singole *tranches* di spesa d'investimento per motivi particolari. Assumendo il riferimento corretto al secondo comma dell'art. 81 Cost., il significato del richiamo agli effetti del ciclo economico ai fini della possibilità di ricorrere all'indebitamento va inteso nel senso che, essendo gli obiettivi espressi in termini strutturali (ossia al netto degli effetti del ciclo e delle misure *una tantum*), il raggiungimento dei parametri in termini di obiettivo di medio termine e di debito pubblico può essere rallentato o accelerato in dipendenza dell'*output gap*, che misura appunto gli effetti della recessione[15]. Al momento, questo è il significato del secondo comma dell'art. 81 Cost., così come declinato anche dall'art. 6 della legge rinforzata prima richiamata, la quale definisce i casi consentiti di scostamenti (temporanei: aggettivo sempre dimenticato) dagli obiettivi di saldo strutturale e

---

[15] Come si può desumere dalla sterminata letteratura in materia, ma anche dai documenti ufficiali della Commissione europea, della BCE, della Banca d'Italia e dell'Ufficio parlamentare di bilancio.

da riferire a periodi di grave recessione economica o ad eventi straordinari al di fuori del controllo dello Stato, con l'obbligo del rientro (altra circostanza, tra l'altro, sempre dimenticata). Tutto ciò dunque a livello di Stato, nel senso dunque che quanto maggiore risulta l'*output gap*, tanto minore risulta l'onere di aggiustamento nell'immediato per raggiungere obiettivi che comunque rimangono inalterati. Ciò almeno agli atti per quanto concerne il livello complessivo della Pubblica amministrazione e senza considerare che di recente è iniziato - a livello comunitario - un processo di revisione dell'intera materia.

Il cerchio si chiude prevedendo, per gli enti territoriali, che il ricorso al debito trovi un bilanciamento in un equilibrio di bilancio che deve includere gli effetti del ricorso al debito (art. 119, u.c., Cost.).

Tenuto conto del sistema come sommariamente riassunto, inconferenti sembrano pertanto i richiami nella sentenza alla lesione dell'autonomia degli enti, al fatto che in tal modo si precluderebbe una sana gestione e che infine, richiamando la sentenza n. 10 del 2016, si sarebbe in presenza di un conflitto con il principio del buon andamento. Nell'ordine, si osserva che il rispetto dell'autonomia dell'ente non significa che esso non debba essere sottoposto ad una disciplina di bilancio, conseguente all'assunzione di particolari obblighi in materia di finanza pubblica da parte dello Stato italiano cui la stessa Regione soggiace in via diretta (artt. 117, primo comma, e 119, primo comma, Cost.). La sana gestione poi non costituisce un criterio direttamente richiamato dalla Costituzione (infatti, la sentenza non cita norme) e rappresenta un concetto che, per un verso, non ha a che vedere con l'equilibrio di bilancio (attenendo al *quomodo* dell'uso delle risorse) e, per altro verso, ricade piuttosto all'interno del giudizio soggettivo rimesso all'elettore circa l'avvenuta gestione del singolo ente (non si tratta dunque di argomenti strettamente giuridici). Infine, il buon andamento, la cui norma costituzionale peraltro la sentenza non cita espressamente, si riferisce ad altra fattispecie, almeno in base alla lettera dell'art. 97, secondo comma, Cost., per cui andrebbe argomentato che l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito di cui al primo comma siano funzionali al buon andamento degli uffici, se è questo l'intento della sentenza, nel qual caso comunque occorrerebbe dimostrare che obiettivi quantitativi (primo comma, art. 97, Cost.) riguardano anche obiettivi qualitativi (secondo comma, art. 97, Cost.).

5.3.2 La sentenza n. 6: equilibrio tendenziale e sana gestione finanziaria.

Riprendendo la *ratio decidendi* prima riassunta, oltre a quanto rilevato sui due elementi in comune delle due sentenze, già prima rappresentati (mancata considerazione sia della flessibilità degli impegni pregressi sia delle conseguenze finanziarie delle pronunce), va osservato che ciascuna delle due pronunce offre l'opportunità per una serie di considerazioni precipue. Per la sentenza in titolo, il

perno è costituito dall'*incipit* del punto 4 (*Considerato in diritto*), ripreso poi dal punto 6 finale, in base al quale i ricorsi vengono accolti in base agli artt. 3, 5 e 116 Cost., nonché in base a due articoli dello statuto speciale della Regione (non vengono dunque citati gli articoli della Costituzione che regolano la finanza pubblica).

Ci si sofferma qui in particolare sul punto 4.1.3.1 del *Considerato in diritto*, nel quale la Corte argomenta i motivi del respingimento della tesi della Presidenza del Consiglio secondo cui, come già riportato, l'accoglimento delle doglianze, in riferimento alla precedenza sentenza n. 77 del 2015, avrebbe un "effetto dirompente", dovendosi infatti rispettare - secondo la parte resistente - l'art. 81 Cost. e i saldi di finanza pubblica. La Corte giudica invece "inconferente" la tesi della Presidenza del Consiglio "sia in relazione all'ampio arco temporale trascorso dalla data della pronuncia, sia con riguardo al principio dell'equilibrio tendenziale che deve ispirare la disciplina e la gestione del bilancio pubblico". Ciò in quanto "il superiore interesse alla realizzazione dell'equilibrio della finanza pubblica allargata trova il suo limite nella correlata esigenza di sana gestione finanziaria dell'ente che vi è soggetto e – con riguardo alle autonomie territoriali […] - nell'esigenza di garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate".

L'esigenza di un'armonica simmetria tra entrate e spese per tutti gli enti della pubblica amministrazione, della quale si fa garante la Corte, implicherebbe dunque che, qualora essa ravvisi che interessi costituzionalmente tutelati rimarrebbero privi di garanzia senza adeguati finanziamenti da parte dello Stato, provvedere a ciò rappresenta "un limite nella determinazione delle politiche di bilancio di futuri esercizi, circoscrivendone la portata attraverso il 'rispetto del principio di priorità dell'impiego delle risorse disponibili' (sentenza n. 266 del 2013) per coprire le spese derivanti dalle pronunce del giudice costituzionale" . Certo, in assenza di sufficienti risorse, si possono traslare - concede la Corte - gli oneri nascenti da sue sentenze "su esercizi successivi laddove quello in corso non consenta proficue rimodulazioni conformi all'art. 81 Cost. e agli altri precetti costituzionali di ordine finanziario", senza che ciò implichi tuttavia la possibilità di rinviare *ad libitum*.

Tra i tanti passaggi da segnalare si sceglie qui quello relativo alla necessità, da parte della manovra di finanza pubblica, di un suo contemperamento con la sana gestione finanziaria del singolo ente, che si sostanzia, secondo la Corte, nella necessità di garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate. Questo naturalmente quando la Corte stessa abbia individuato una lesione di interessi costituzionalmente tutelati, conseguente alla scarsità delle risorse assegnate.

Il punto è di rilievo, perché tale da presentare molte implicazioni, che vanno al di là, per certi versi, delle questioni di contabilità. Ci si chiede anzitutto se sia ca-

suale che, nonostante le argomentazioni svolte in riferimento agli obiettivi di finanza pubblica e dunque almeno rispetto agli artt. 81 e 97, primo comma, Cost., la sentenza accolga le questioni di legittimità sollevate richiamando solo gli artt. 3 (ragionevolezza e proporzionalità), 5 e 116 Cost, senza evocare formalmente le norme di finanza pubblica. Eppure, la sentenza fa ampio riferimento a parametri finanziari, come sana gestione dell'ente, obbligo di copertura, equilibri di finanza pubblica, manovre, esigenza di un'armonica simmetria tra entrate e spese per tutti gli enti della pubblica amministrazione etc.

Ma, anche non considerando la necessità di un espresso riferimento alle norme costituzionali in materia di finanza pubblica, si rileva che forse, ancor prima, sarebbe stato opportuno richiamare il combinato disposto di cui agli artt. 10, 11 (soprattutto) e 117, primo comma, e 119, primo comma, Cost., come riconosce la stessa giurisprudenza costituzionale (per l'ultima norma citata, si possono ricordare le stesse sentenze della Corte nn. 348 e 349/2007, per esempio), con le relative ricadute nel nostro ordinamento sulla valenza delle normative eurounitarie in tema di obblighi di finanza pubblica.

C'è un altro aspetto da sottolineare. L'impostazione della sentenza è tale - dunque - per cui le esigenze di finanza pubblica, tanto per considerare più da vicino agli artt. 81 e 97, primo comma, Cost., e le correlate esigenze in termini di "equilibrio complessivo" devono essere congruenti e coordinate "con l'equilibrio della singola componente aggregata se non si vuole compromettere la programmazione e la scansione pluriennale dei particolari obiettivi che compongono la politica della Regione". Ne consegue che "il superiore interesse alla realizzazione dell'equilibrio della finanza pubblica allargata trova il suo limite nella correlata esigenza di sana gestione finanziaria dell'ente che vi è soggetto e - con riguardo alle autonomie territoriali, categoria di appartenenza della ricorrente - nell'esigenza di garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate".

Uno dei dubbi metodologici che presentano le sentenze della Corte in commento è costituita anche dell'abbondanza di aggettivi ed avverbi, che esprimono giudizi di qualità, di merito, e quindi valutazioni soggettive, indeterminate, che, inevitabilmente, si riflettono sulla solidità motivazionale delle rispettive *rationes decidendi*. Nel caso in esame, il contemperamento tra le esigenze (costituzionali) di equilibrio della finanza pubblica e il rispetto della necessità della sana gestione finanziaria da parte del singolo ente, che si realizzerebbe assicurando ad esso, da parte dello Stato, adeguati finanziamenti delle funzioni assegnate, tralascia di considerare il livello del tutto discrezionale circa ciò che va considerato (o considerabile) "adeguato" o meno come livello di finanziamento. È del tutto evidente che ciò che è "adeguato" per lo Stato non lo è per l'ente, che si trova potenzialmente di fronte a bisogni illimitati o comunque molto vasti, soddisfare i quali po-

trebbe essere possibile solo ottenendo risorse "a piè di lista". Il che vale per tutti gli enti, con le conseguenze facilmente immaginabili.

Sotto diverso profilo, va anche notato come, a fronte delle (richiamate) controdeduzioni formulate dalla difesa statale circa la congruità delle risorse *medio tempore* assegnate alla Regione Sardegna, stante la nota situazione di grave crisi finanziaria, la Corte abbia, comunque, affermato che il *quantum* delle risorse assegnate dallo Stato alla Regione medesima con la norma impugnata non fosse congruo. Tale conclusione, sul piano della "prova", non pare coerente con la stessa giurisprudenza costituzionale (consolidata)[16], che condiziona la reclamata insufficienza delle risorse trasferite dallo Stato alla dimostrazione della incompatibilità delle risorse assegnate rispetto alle esigenze di spesa della Regione, tanto più che, nel caso di specie, lo Stato ha rappresentato come si fosse tenuto conto, nella regolazione dei rapporti finanziari Stato-Regione Sardegna, dei ritardi connessi all'insularità.

Si tralascia qui la perentorietà della sentenza in ordine alla priorità, da parte delle manovre di finanza pubblica, circa il soddisfacimento delle doglianze della Regione *de quo* accolte nella pronuncia. Vi si accenna infatti ad "un obbligo ad ottemperare che non contrasta con la naturale ampia discrezionalità in sede legislativa nel determinare le politiche finanziarie, ma la circoscrive parzialmente entro il limite della doverosa conformazione le statuizioni del giudice costituzionale". La sentenza dunque stabilisce che le manovre di finanza pubblica debbono essere coerenti con le norme costituzionali e quindi con l'ordinamento eurounitario ad esse sottostante tenendo conto però del limite di un "adeguato" finanziamento delle esigenze delle singole comunità territoriali, in quanto riconosciuto da una sentenza. Appare difficile comprendere dove si possa situare, di volta in volta, il punto di equilibrio, che comunque riguarda scelte discrezionali, non l'attuazione di parametri giuridici. In definitiva, dalle sentenze in questione, traspare un'opzione culturale, in quanto tale non indiscutibile, intesa a ritenere intangibile la spesa degli enti territoriali; che però esigerebbe una convincente dimostrazione in relazione al vigente quadro costituzionale, anche in esito alle modifiche del 2012 e ai successivi aggiustamenti dell'ordinamento.

---

[16] Quanto alla reclamata alterazione tra bisogni regionali e mezzi finanziari trasferiti dallo Stato, la stessa Corte ha, in più occasioni, sostenuto la legittimità delle riduzioni delle risorse statali trasferite alle Regioni purché non siano tali da comportare uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa e, in definitiva, non rendano insufficienti i mezzi finanziari dei quali la Regione dispone per l'adempimento dei propri compiti; sicché le pretese regionali circa l'irreparabile pregiudizio paventato sulla funzionalità delle stesse debbono essere fondate su prova adeguata supportata da dati quantitativi concreti (*ex plurimis*, sentenze nn. 17 e 75 del 2018; n. 169 del 2017; n. 29/2016).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il binocolo della Storia e il virus. Riflessioni su ipotesi di costituzionalismo a geometria variabile

ROMANO FERRARI ZUMBINI*

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione
R. FERRARI ZUMBINI, *Il binocolo della Storia e il virus. Riflessioni su ipotesi di costituzionalismo a geometria variabile*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.
Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Docente di Storia del diritto e Storia delle codificazioni moderne nella Luiss – Libera università internazionale degli studi sociali "Guido Carli". Indirizzo mail: rz.ferrari@luiss.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

È aperto un autorevole dibattito fra i migliori costituzionalisti italiani circa il voto in presenza nelle Aule parlamentari. Identico problema si pone anche altrove, a partire dalla Svizzera. Chi scrive queste righe non ha l'onore di potersi ascrivere fra gli scienziati del diritto costituzionale; tuttavia, si illude di poter fornire lo stesso, da umile storico delle istituzioni, uno spunto di riflessione.

1. Una premessa: questo scritto non si soffermerà tanto sui pur meritori spunti della dottrina[1], quanto sulla quotidianità sofferta della politica e in particolare sulla forza dirompente di questa quotidianità.

Questo scritto, quindi, opta per la ricerca pura sui fatti, che nella loro assolutezza, nella loro irripetibilità, nella loro immodificabilità descrivono la prismaticità del reale.

Nelle righe che verranno si rifletterà su circostanze emerse dalla Storia della repubblica cisalpina (§ 2), del regno di Sardegna, poi d'Italia (§3) e della repubblica italiana (§4).

2. Il 29 giugno 1797 fu proclamata la Repubblica cisalpina; l'8 luglio il Bonaparte promulgò la costituzione e il 22 novembre il Parlamento iniziò a Milano i suoi lavori. I passaggi istituzionali più significativi furono scanditi da atti, la cui *esistenza non* era *contemplata* in costituzione: ordinanze, emesse dal potere militare, che nominarono i membri del direttorio, i ministri, i componenti del Parlamento e non solo (incidentalmente fu pure soppressa la libertà di stampa). Non stupisce, quindi, che le Camere, a dispetto della previsione scritta, non svolsero un significativo ruolo nel legiferare. Eppure, trovarono *su base unanime* un modo per costruirsi un ruolo politicamente molto importante, *in assenza di previsione scritta*.

Bonaparte non apprezzava la condotta del Porro, ministro di Polizia, non bastevolmente ligio. Con atto d'autorità soppresse la Polizia come ministero autonomo e affidò titolarità di quelle funzioni al fidato Luosi, ministro della Giustizia. Ma l'indomani,26 novembre, il veneziano Dandolo contestò tale iniziativa e, sostenuto da altri due deputati, pretese un voto che sopprimesse l'atto d'imperio con la motivazione che esso era contrario alla costituzione (del resto, imposta dallo stesso generale francese). Il voto in Gran consiglio si tenne e fu *unanime* il sostegno all'iniziativa: "considerando che la legge relativa alla soppressione del Ministero

---

[1] Come ad esempio F. CLEMENTI "Il Sole 24 ore" 12 marzo, S. CASSESE "Il Foglio" 17 marzo, S. CECCANTI "Il Dubbio" 17 marzo, B. Caravita "federalismi.it" 18 marzo, G. GUZZETTA "Il Dubbio" 20 marzo, *amplius* su "Il Messaggero" del 23 marzo, N. LUPO "Osservatorio costituzionale AIC" 31 marzo, M. VILLONE "Il Manifesto" 31 marzo, V. Lippolis "Il Dubbio" 1 aprile; N. LUPO su Luiss Open il 2 aprile 2020; M. Luciani "Rivista AIC" 10 aprile; oltre al convegno *on line* sul sito di Radio Radicale, a cura del presidente della commissione Affari costituzionali della Camera.

della Polizia è contraria onninamente all'art.150 della costituzione [...] risolve che la detta legge si abbia come non avvenuta".

Per quanto singolare ciò possa apparire, i francesi, pur avendo imposto il testo costituzionale, non esitavano a violarlo; mentre i cisalpini, cui era stato imposto, lo difendevano. In un'ottima puramente costituzionale si può riscontrare che -*pur in assenza di previsione normativa scritta*- la costituzione fu innovata con una (involontaria) forma di sindacato di legittimità di un atto (l'ordinanza di Napoleone,camuffata da legge) per violazione della costituzione.

3. Entrato in vigore (ma non ancora vigente) lo statuto albertino, si pose il problema della composizione del governo. L'intuizione felice – disattendendo le parole dell'art. 65, in forza del quale "il re nomina e revoca i suoi ministri" – fu di prevedere una compagine aperta alle varie sensibilità politiche: liberali (per lo più piemontesi e filosabaudi) e democratici (per lo più genovesi e repubblicani). Carlo Alberto affidò l'incarico a Cesare Balbo: è appena il caso di notare che nessuna norma scritta contemplava l'incarico. Quell'incarico era accompagnato dall'invito a formare un Consiglio dei ministri 'inclusivo', cioè con le due anime culturali, appunto liberali e democratici: è appena il caso di notare che nessuna norma scritta contemplava il Consiglio dei ministri. A casa sua, nel salotto rosso di palazzo Balbo in via Bogino, non lontano da piazza Castello, il Balbo riunì Pareto e Ricci, provenienti da Genova, con Alfieri, des Ambrois e gli altri futuri ministri. I momenti di tensione furono tanti, la rottura fu sfiorata più volte, ma non si volle disattendere l'auspicio del re. Alla fine, faticosamente, fu redatto un programma di governo, da tutti sottoscritto. Il 15 marzo 1848 Balbo si recò a piedi a palazzo reale e fu nominato per la prima volta un presidente del Consiglio: è appena il caso di notare che *nessuna norma scritta* contemplava quella figura. L'indomani il re firmò i decreti di nomina dei ministri (Pareto agli Esteri, Ricci agli Interni, Sclopis alla Giustizia, Thaon di Revel alle Finanze, etc.) e il neo-presidente del Consiglio, Balbo controfirmò.

Su base condivisa fra tutti i players fu creato lo strumentario apicale del potere esecutivo. Lo statuto nulla statuiva sul punto, salvo il citato e già obsoleto art.65.

Nello stesso anno, ai primi di luglio, in piena *bagarre* militare le crepe fra le due anime governative, che si riflettevano negli schieramenti in Aula, emersero con forza. Ma si fu pienamente d'accordo nel condividere la nascita di un ulteriore istituto, quello della fiducia al governo. Il 5 il ministro della Giustizia, il liberale Sclopis pose esplicitamente la questione in ordine ad un emendamento presentato dal ministro Thaon di Revel, ma esso fu respinto per volontà dei democratici; l'indomani la compagine rassegnò le sue dimissioni. Fatto è che nessuno revocò in dubbio la legittimità del voto, non contemplato dallo statuto, né dal regolamento parlamentare.

Dopo la sconfitta militare in estate si volle attribuire, ad ottobre, ripresi i lavori parlamentari, al Thaon di Revel una responsabilità ben precisa per fatti svoltisi ad

agosto, che indirettamente coinvolgevano persino la persona del re. Ebbene, senza esitazione –giacché *su base condivisa* – liberali e democratici innovarono ulteriormente e posero in votazione una mozione di sfiducia individuale (che fu poi respinta dalla maggioranza liberale). Anche in questo caso era sorto all'interno di una tavola di valori condivisi e *spontaneamente* un istituto.

Già affacciatosi nel regno di Sardegna (nel 1848,con il consenso congiunto di liberali e democratici) si affermò pienamente nel regno d'Italia l'istituto dell'*interim* ministeriale, anche nei confronti del presidente del Consiglio: il primo (di due giorni) fu per Gioberti (febbraio '49),ma particolarmente importante fu l'esperienza per il dimissionario Giolitti (nel 1905),allorché l'*interim* della presidenza fu affidato a Tittoni,ministro degli Esteri, che cumulò su di sé, in quel frangente, pure l'*interim* degli Interni. Parimenti in assenza di disposizione scritta si conobbe l'*interim* di sottosegretario (agli Esteri) per Sforza, impegnato a Parigi (dal giugno 1919) per la conferenza di pace: lo sostituì il sottosegretario alle Colonie, rimasto a Roma[2].

4. Pur in contesto rigido possiamo riscontrare la *germinazione spontanea* di istituti. Nel puro diritto parlamentare repubblicano, esempio fra i tanti, e non meno paradigmatico di altri, è la nascita dell'informativa urgente, non disciplinato (allora) dai regolamenti di Senato e Camera. Né può essa essere ricondotta ad una interpretazione estensiva delle disposizioni in materia di comunicazioni del governo. L'istituto sorse, in entrambi i rami, ancorché in momenti diversi, perché si erano create situazioni, nella quali unanimemente si era avvertita la necessità di avvalersene. Del resto, la realtà dei fatti e la forza, talora pure la violenza, della politica superano la più galoppante fantasia del redattore di norme scritte. Si potrebbe proseguire con la introduzione delle candidature per le elezioni a componenti di *authority*.

5. Per farla breve – ancorché con esempi similari si potrebbe proseguire doviziosamente – quel che in modo convergente emerge è lo sgorgare della *Spontaneità* come fatto normativo, su base necessariamente condivisa e in previsione di assenza normativa. La *Spontaneità,* fonte autonoma ed istantanea, non è riconducibile alla consuetudine, giacché intrinsecamente connotata – per convinzione pressoché unanime –, dalla reiterazione. È fatto normativo, sì – perché produce effetti giuridici per virtù propria –, ma va oltre la pur felice intuizione di Georges Gurvitch (in scritti del 1932) perché presuppone una intenzionalità lucida e una consapevolezza ben precise. Oltretutto, si tenga conto che questo fatto normativo

———

[2] A sostegno di quanto dianzi affermato ci si permette rinviare, per approfondimenti, a scritti dell'autore: *Tra idealità e ideologia (il Rinnovamento costituzionale fra 1847 e 1848)*, Torino 2008; *Tra Norma e Vita (il mosaico costituzionale 1846/1849)*, Roma 2016; *Giornale di storia costituzionale* 2008/1,2014/1; *Quaderni costituzionali* 2011/2 e 2012/1; *Le Carte e la Storia* 2011/1,2016/2,2018/1.

si connota per una ulteriore circostanza, quella di non agire "nei soli momenti di crisi radicale degli Stati, cui le forme ordinarie di creazione del diritto non riescano a far fronte" per dirla con Livio Paladin[3]. Del resto, la "necessità" – per dirla con parole del Santi Romano del 1902 – è "la fonte prima del diritto"[4].

Viene quindi da chiedersi se non sia il caso di varcare le colonne d'Ercole del dualismo 'norma scritta/consuetudine' per accogliere il fatto innovativo che determina la nascita di istituti non previsti da norme scritte, ma connotati da *condivisione* nei soggetti istituzionali, che, pur nella dialettica dell'agire politico, possono avvalersene, se all'interno di una tavola di valori condivisi.

Si fa un gran parlare di crisi delle fonti: se ieri, il XX secolo, si è ritenuto di poter ridurre il diritto in un cristallo "pregevolissimo per la sua limpidità e inattaccabilità, ma ormai avulso dalla realtà fluida che lo ha generato" (per dirla con le parole di un Maestro fiorentino),oggi bisogna arrendersi -sempre con le parole del fiorentino, *ex*-presidente della Corte costituzionale- "di fronte alla sana evidenza della irriducibile carnalità, ossia fattualità del diritto".

Ad una rapida lettura della disposizione costituzionale sul voto nelle Aule parlamentari emergerebbe -a detta di taluno- una precisa preclusione al voto telematico, giacché imporrebbe il voto in presenza. Però questa lettura si espone al sospetto di astoricità: quelle parole furono redatte in un'epoca nella quale non esisteva lo strumento informatico, né è pensabile che con quella disposizione si fosse voluto escludere il voto per corrispondenza, mai ipotizzato, tanto meno praticato nelle Aule parlamentari (italiane e non solo).

Pertanto, ad una rilettura della medesima disposizione emerge un'assenza di statuizione sul problema del voto telematico. E in tale vuoto – analogamente a quanto avvenne nella repubblica cisalpina e negli episodi successivamente evocati – nulla vieterebbe per ciascuna Camera, singolarmente intesa, *su base condivisa fra tutti i players*, la innovazione spontanea, specie se la si circoscrivesse esplicitamente al periodo emergenziale, ricorrendo eventualmente all'eccezionalità dell'art. 78 (stato di guerra) attraverso parere unanime della Giunta per il regolamento e/o della Conferenza dei Capigruppo, promossi dal presidente dell'assemblea e d'intesa con il governo.

L'autore di queste righe non è un costituzionalista, non si permette pertanto di consigliare soluzioni; solo alla politica e ai costituzionalisti l'ardua sentenza. Ma da storico ci si permette di affermare che la contrarietà al voto a distanza fatica ad assumere a fattore decisivo e dirimente il dato testuale dell'art. 64 cost., giacché siamo in presenza di un vuoto normativo.

———

[3] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, 1996, p. 19.

[4] S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1902.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*

NICOLA LUPO**

Sommario

1. Premessa: nel mezzo di una situazione emergenziale inedita, non di una guerra. – 2. L'organizzazione del Parlamento e la questione della partecipazione "a distanza". – 3. L'attività normativa emergenziale del Governo e il ruolo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.). – 4. Conclusioni: per una (da tempo necessaria) "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari e di produzione normativa.

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione

N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Il presente scritto riproduce, con alcune revisioni e l'aggiunta di qualche limitato riferimento bibliografico, l'esposizione orale tenuta nel Web Academic Seminar organizzato dalla Luiss School of Government il 30 marzo 2020. Esso è aggiornato al 14 aprile 2020. Ai sensi dell'art. 7 del Regolamento della Rivista, questo contributo viene pubblicato senza ricorso alla procedura di valutazione.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella Luiss – Libera università internazionale degli studi sociali "Guido Carli". Indirizzo mail: nlupo@luiss.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa: nel mezzo di una situazione emergenziale inedita, non di una guerra

Partirei da una precisazione riguardo al titolo del webinar, che non è "*L'attività parlamentare* ai tempi *del coronavirus*", bensì "*L'attività parlamentare* in tempi *di coronavirus*". Si tratta di una sfumatura linguistica, per carità, ma ho preferito rinunciare ad evocare la pur nobilissima opera letteraria di Garcia Marquez, il cui titolo è tradotto in italiano con "*L'amore ai tempi del colera*"[1], perché, purtroppo, non siamo ancora in condizioni di guardare a questa emergenza come di qualcosa di compiuto, di concluso. Del resto, la struttura narrativa del romanzo di Garcia Marquez muove da un punto temporale in cui l'ultima epidemia di colera era già passata, e da parecchi anni.

Oggi siamo invece, purtroppo, nel bel mezzo di una emergenza sanitaria globale: di una pandemia. E siamo nel bel mezzo di una situazione emergenziale che non esiterei a definire come priva di precedenti, inedita, "*unprecedented*", come sentiamo dire spesso in questi giorni. Una situazione che rappresenta, com'è evidente, una sorta di incubo per un giurista, e soprattutto per un parlamentarista: abituati come siamo a cercare di aggrapparci a un precedente per orientarci rispetto alla disciplina da applicare a un fatto della vita che ci troviamo a dover in qualche modo inquadrare e regolare.

In questa ricerca di un qualche precedente, spesso si richiama il parallelo con lo stato di guerra. Tornerò sul punto più avanti, ma mi sia consentito anticipare sin d'ora che quello con la guerra è un parallelo senz'altro evocativo, utile a rendere la drammaticità della situazione attuale, in termini di impatto sulle strutture ospedaliere e di compressione dei diritti di libertà. Un parallelo, perciò, assolutamente spendibile a fini retorici – vi ha fatto ripetuto ricorso Emmanuel Macron, ed esempio, nel suo discorso alla nazione francese del 16 marzo 2020[2] – ma a mio avviso, dal punto di vista costituzionalistico, assai poco convincente e, anzi, per più aspetti fuorviante.

Lasciatemi ancora accennare, sempre in premessa, un paragone che forse può suonare poco delicato, in momenti così drammatici, ma che del resto si pone in

---

[1] Mondadori, Milano, 1986. Si badi peraltro che il titolo della versione originale, in lingua spagnola, è "*El amor en los tiempos del cólera*" (1985).

[2] In senso diametralmente opposto cfr. il discorso del Presidente della Repubblica federale tedesca Frank-Walter Steinmeier dell'11 aprile 2020: "No, questa pandemia non è una guerra. Non ci sono nazioni che si oppongono ad altre nazioni. Non ci sono soldati contro soldati".

continuità con quanto ci ha detto Giovanni Orsina, nella sua lezione introduttiva[3]. Un po' come, purtroppo, capita per le persone, l'impatto del coronavirus sulle istituzioni dipende in larga parte dallo stato di salute dell'istituzione nel momento in cui viene ad essere "contagiata".

Ecco perché, dietro le riflessioni che proverò a svolgere di seguito si colloca una domanda di fondo: sul se il Parlamento e l'attività legislativa fossero, prima dell'avvento del coronavirus, in buona salute o meno; e su quali fossero i nodi scoperti, i punti deboli del nostro sistema istituzionale. La risposta – lo dico da subito – non è particolarmente incoraggiante, ma proprio per questo credo che l'analisi possa rivelarsi interessante anche *pro futuro*.

Quanto all'articolazione dell'esposizione, intendo soffermarmi essenzialmente su due profili: da un lato, sui nodi organizzativi dell'istituzione parlamentare in tempi di coronavirus, e quindi, essenzialmente, sulla questione dell'attività parlamentare "a distanza"; dall'altro, sull'attività di produzione legislativa, e normativa in genere, che si sta registrando in queste settimane, e che solleva una serie di problemi relativamente all'assetto del sistema delle fonti, particolarmente avvertiti nel momento in cui gli atti adottati si rivelano essere assai incisivi sui diritti di libertà di noi tutti. Si tratta, in effetti, di due profili che in qualche modo intrecciano tematiche che ho affrontato nei miei percorsi di studio, e su cui quindi qualcosina posso provare a dire, seppure con tutte le incertezze del caso. Al termine, proverò a trarre qualche conclusione, nel senso della indifferibilità di una profonda "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari e di produzione normativa: una "re-ingegnerizzazione" che era già necessaria prima del coronavirus, e che forse si sarebbe comunque resa ancor più urgente a seguito della revisione costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, una volta entrata in vigore (ovviamente ove approvata dal referendum costituzionale), ma che il coronavirus ha reso, appunto, non più differibile.

2. L'organizzazione del Parlamento e la questione della partecipazione "a distanza"

Vengo dunque a trattare del primo profilo, quello relativo appunto all'istituzione Parlamento. Ci troviamo davanti a un non facile, a tratti persino drammatico bilanciamento tra il diritto della salute dei parlamentari, da un lato, e funzionalità dell'istituzione parlamentare, dall'altro. È un bilanciamento inevitabilmente dilemmatico, perché è chiaro che quello che Parlamento fornisce al Paese è un servizio

---

[3] Cfr. G. ORSINA, *La democrazia ai tempi del coronavirus*, web seminar tenuto il 23 marzo 2020 (il cui testo è disponibile https://sog.luiss.it/news/2020/03/31/sog-web-academic-seminars-la-democrazia-ai-tempi-del-coronavirus).

assolutamente essenziale: sempre, ma a maggior ragione in questa fase, in cui altrimenti il Governo sarebbe solo nel compiere una serie di opzioni assai delicate e profondamente incisive sulle libertà di tutti i cittadini italiani. È perciò indispensabile che si individuino modalità che consentano alle due Camere di svolgere le loro attività pur nel rispetto, per quanto possibile, del diritto alla salute dei parlamentari (oltre che del personale di Camera e Senato).

D'altronde, non si deve dimenticare che il Parlamento è organo per sua natura complesso e plurale, che deriva la sua essenza e la forza proprio dalla capacità di mettere insieme, riunendoli nello stesso luogo, secondo equilibri assai delicati, rappresentanti eletti nelle diverse parti del paese e aventi idee e sensibilità variegate. Dietro questo assetto c'è l'idea che una sede unica della rappresentanza nazionale sia essenziale e c'è altresì la convinzione che la legittimazione del Parlamento e della decisione che in Parlamento viene presa derivi dal confronto e dalla negoziazione continua che si svolge all'interno delle sedi formali e di quelle informali. Vengono in rilievo anche gli spazi di passaggio, come i corridoi: il famoso Transatlantico di palazzo Montecitorio, al pari dei "corridoi dei passi perduti" che esistono in tutti i parlamenti del mondo, e che sono spesso considerati per certi aspetti persino più importanti rispetto all'aula. Insomma, è lo stare assieme, nello stesso tempo e nello stesso luogo, che rafforza la capacità decisionale del Parlamento e che costituisce elemento essenziale della sua legittimazione. Non c'è neanche bisogno di scomodare la "teoria dei comitati" elaborata da Giovanni Sartori[4] per mostrare come sia proprio la continuità del rapporto a consentire una negoziazione continua, e dunque ad offrire un valore aggiunto al lavoro che si svolge nell'ambito delle commissioni parlamentari, anche grazie – aggiungo io – ad un regime di pubblicità "controllata" e in qualche modo graduabile (specie prima dell'avvento della rete)[5].

Ebbene, è chiaro che il coronavirus e le regole di distanziamento sociale mettono in discussione tutto ciò. Quello del funzionamento del Parlamento in tempi di coronavirus è perciò un nodo che si pone, evidentemente, non solo per l'Italia. E le prime ricerche comparate ci mostrano un grado piuttosto differenziato di

---

[4] Cfr. G. SARTORI, *Will Democracy Kill Democracy? Decision-Making by Majorities and by Committees*, in *Government and Opposition*, 1975, n. 2, p. 131 s.

[5] Su questo nodo cfr., volendo, C. FASONE, N. LUPO, *Transparency vs. Informality in Legislative Committees. Comparing the US House of Representatives, the Italian Chamber of Deputies and the European Parliament*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2015, n. 3, p. 342 s.

reattività da parte dei diversi Parlamenti, a seconda del contesto politico-istituzionale che il coronavirus ha trovato[6].

Ci sono ordinamenti in cui la questione si pone in termini persino più drammatici di quanto accade in Italia, perché il coronavirus cade in un contesto politico e istituzionale contingente molto critico. Basti qui richiamare il caso dello Stato di Israele, in cui vi sono appena state nuove elezioni e il Parlamento deve essere convocato, ad opera dello Speaker della precedente Knesset, perché si instauri un nuovo governo. Senza citare il caso ungherese, in cui il coronavirus ha costituito un'occasione propizia per un'ulteriore accelerazione in senso autoritario; o quello della Polonia, in cui sono previste all'inizio di maggio le elezioni per il Presidente della Repubblica.

Ecco, anche il rinvio degli appuntamenti elettorali solleva problemi di non poco conto, sui quali non ho tempo di soffermarmi analiticamente. Salvo ovviamente ricordare che l'avere elezioni a scadenze regolari e certe è requisito essenziale per una qualunque democrazia[7]. In Italia, gli appuntamenti elettorali interessati sono il referendum costituzionale sulla riduzione dei parlamentari, che è slittato in autunno, e le elezioni per sei regioni ordinarie (Campania, Liguria, Marche, Puglia, Toscana e Veneto) e una speciale (Val d'Aosta), le quali avrebbero dovuto tenersi in maggio e per le quali è presumibile che sia disposto un rinvio.

Come è noto, Camera e Senato, da un lato, hanno rallentato decisamente la loro attività, senza peraltro mai giungere a una vera sospensione dei lavori parlamentari; dall'altro, hanno limitato, con misure concordate tra i gruppi, le presenze in aula, dando origine – dopo il contingentamento dei tempi ed il contingentamento degli emendamenti (ossia la segnalazione degli emendamenti da votare) – ad una sorta di "contingentamento dei parlamentari".

---

[6] Per prime, utilissime, analisi di tipo comparato cfr. I. BAR-SIMON-TOV, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic. A Comparative Overview*, 22 marzo 2020 (disponibile su https://www.researchgate.net/publication/340091555) e M. DEL MONTE, *Remote voting in the European Parliament and national parliaments*, EPRS, 25 marzo 2020 (disponibile su https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/649348/EPRS_ATA(2020)649348_EN.pdf).

[7] Si vedano l'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU, nel quale è sancito, l'impegno degli Stati a organizzare le consultazioni elettorali "a intervalli ragionevoli" e il c.d. *Codice di buona condotta in materia elettorale*, elaborato dalla Commissione di Venezia, ove si richiede che gli intervalli tra due consultazioni successive siano "regolari" e "ragionevoli", specificando ulteriormente che "il mandato delle assemblee legislative non deve superare i cinque anni".

L'attenzione del Parlamento si è fin qui concentrata soprattutto in due direzioni. Anzitutto, nell'esaminare i decreti-legge, a partire dal fondamentale decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che è stato convertito, nell'arco di un paio di settimane, e con pochi emendamenti, nella legge 5 marzo 2020, n. 13: badate che, come sottolineerò meglio nella seconda parte, si tratta del decreto-legge che ha costituito la base giuridica per larga parte dei provvedimenti che sono stati adottati per fronteggiare il coronavirus, per cui la sua conversione in tempi rapidissimi è stata essenziale. La seconda importante decisione che è stata presa da Camera e Senato è stata quella di deliberare, a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, come richiesto dall'art. 81, secondo comma, Cost. e dall'art. 6 della legge "organica" o "rinforzata" n. 243/2012, l'autorizzazione all'ulteriore indebitamento, già concordato con la Commissione europea, derivante appunto dalla necessità di fronteggiare l'impatto economico dell'emergenza[8]. Per fortuna, in quest'ultimo caso si è trattato di una decisione politicamente non controversa: e quindi per i gruppi parlamentari è stato sufficiente accordarsi per garantire un numero di presenze in aula in misura di poco superiore alla maggioranza assoluta. Una procedura su cui alcuni hanno sollevato obiezioni, ma che a me non pare prestarsi a critiche in termini di costituzionalità, risultando anzi il frutto di un *gentlemen's agreement* tra i gruppi, giustamente assai frequenti nella dinamica parlamentare[9].

Al tempo stesso, per le sedute delle commissioni, limitate alle sole questioni connesse all'emergenza, si sono messe a disposizione sale più ampie e in qualche

---

[8] Su di essa cfr. L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in www.federalismi.it, 8 aprile 2020, spec. p. 4 s. Nel senso che il ricorso alla clausola in questione configuri uno "stato d'eccezione economico" cfr. G. MARAZZITA, *Emergenza costituzionale e crisi economica*, in *Ragion pratica*, 2017, p. 77 s., spec. 93.

[9] Per un panorama delle diverse posizioni cfr. le interviste apparse su *Il Fatto Quotidiano*, 14 marzo 2020, p. 9, e i due seminari sul tema "Parlamento aperto: a distanza o in presenza?", organizzati dal presidente della Commissione affari costituzionali della Camera, on. Brescia, il 27 marzo e il 3 aprile 2020 (entrambi disponibili su www.radioradicale.it). Per una posizione critica cfr. M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati è incostituzionale*, in *Il Foglio*, 11 marzo 2020, p. 14. In senso opposto, cfr. S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in www.lacostituzione.info, 11 marzo 2020 (proponendo anche un parallelo con il c.d. *pairing*, cioè con "la ponderazione degli assenti per cui alle forzate assenze di un certo numero di parlamentari della maggioranza corrisponde la volontaria assenza di altrettanti parlamentari dell'opposizione, e viceversa, di modo che nessuno possa profittare di tali situazioni").

caso si è consentita anche una videoconferenza, che in passato era stata già autorizzata, seppure limitatamente al solo soggetto audito, e non anche ai parlamentari.

Si tratta di soluzioni razionali, a mio avviso, anche se di carattere prettamente emergenziale e di tipo per così dire "conservativo", oltre che piuttosto deboli sul piano simbolico. Si potrebbe, dunque, secondo alcuni[10], proseguire su questo andazzo, facendo leva sul potere del presidente di assicurare il buon andamento dei lavori e sulla consuetudine *nemine contradicente* che consente, sulla base di un accordo unanime tra i parlamentari, di derogare a norme del regolamento, anche se non della Costituzione[11].

D'altro canto, e questo è a mio avviso un punto essenziale[12], la Costituzione non pone vincoli invalicabili nei confronti di queste prassi, perché l'art. 64, terzo comma, laddove richiede la maggioranza dei presenti, è stato tradizionalmente interpretato in senso assai lasco, ossia nel senso di rimettere integralmente a Camera e Senato la determinazione su chi debba intendersi come presente e chi no. Lo ha sancito la stessa Corte costituzionale, con riferimento al quorum funzionale di cui al medesimo terzo comma, nella celebre sentenza sugli astenuti: la sentenza n. 78 del 1984, nella quale, per sostenere che entrambe le interpretazioni a quel tempo adottate da Camera e Senato circa il valore dell'astensione – ora fortunatamente appianatesi dopo che il regolamento del Senato ha adottato il modello Camera, dal

---

[10] Cfr., tra gli altri, A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, Working Papers della School of Government della Luiss, n. 57, marzo 2020, p. 5 s. (disponibile su https://sog.luiss.it/research/working-papers).

[11] Cfr., per tutti, rispettivamente, R. IBRIDO, *Clausola del "nemine contradicente"*, in *Rassegna parlamentare*, 2011, n. 2, p. 367 s., e Id., *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, FrancoAngeli, Milano, 2015, spec. p. 23 s.

[12] Cfr., tra gli altri, C. FUSARO, *Le Camere nell'emergenza della pandemia,* in https://perfondazione.eu/le-camere-nellemergenza-della-pandemia/, 18 marzo 2020, e, volendo, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in www.osservatorioaic.it, 2020, n. 3, 31 marzo 2020. In senso opposto, cfr. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in www.federalismi.it, 1° aprile 2020, spec. p. 5 s., nonché, in termini più problematici e facendo leva soprattutto sull'art. 48 Cost., M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in www.forumcostituzionale.it, 11 aprile 2020, spec. p. 36 s.

2017 – fossero costituzionalmente legittime, ha fatto leva proprio su questa autonomia di interpretazione spettante a ciascun ramo del Parlamento[13].

Tuttavia, fondare esclusivamente su questi accordi tra i gruppi la funzionalità del Parlamento è rischioso, perché, alla loro base occorrono due precondizioni: si presuppone, da un alto, che maggioranza e opposizione siano sempre concordi nel non utilizzare strumenti che a questo punto assumono un valore ostruzionistico, come ad esempio la richiesta di verifica del numero legale o di un effettuare una votazione qualificata (quella cioè da cui emerge il numero legale); e, dall'altro, si dà per pacifica la capacità da parte dei gruppi di individuare loro rappresentanti in grado di esprimere una posizione in qualche modo unitaria.

Com'è evidente, si tratta di precondizioni tutt'altro che scontate, e che comunque, bene che vada, diminuiscono la capacità del Parlamento di assicurare la rappresentanza della complessità. Oggi il processo è reso più difficile dalla minore significatività dei partiti politici. Allorquando il sistema dei partiti era più forte, in realtà non si era così lontani da una situazione di questo tipo: con le leggi approvate in larga prevalenza dalle commissioni in sede legislativa, dove sedevano i responsabili dei diversi partiti per ogni settore. Per cui, ove sussistesse un contesto siffatto, non dovrebbe neppure originare uno scandalo eccessivo un'ipotesi, come quella provocatoriamente formulata anni orsono da Silvio Berlusconi, secondo la quale sarebbe bastato, di regola, il voto dei soli capigruppo; specie se l'alternativa consiste in un'Assemblea che tiene centinaia di votazioni in una seduta, obbligando i parlamentari a restare per ora seduti sulle loro poltrone, anziché valorizzarne il ruolo.

È in ogni caso importante che le norme costituzionali – e le norme di diritto parlamentare fanno a pieno titolo parte del diritto costituzionale[14] – siano concepite anche per i momenti più critici, per le situazioni più difficili. Per dirla con la celebre immagine usata da Madison nel "*Federalist*" n. 51[15], se gli uomini fossero

---

[13] Cfr., tra gli altri, G.G. FLORIDIA, *La validità delle deliberazioni legislative tra "ontologia" dell'astensione e disciplina costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1798 s.; S. LABRIOLA, *La riserva di regolamento delle Camere parlamentari e una (pretesa) potestà speciale di interpretazione della Costituzione*, ivi, p. 1208 s., e R. MORETTI, *Note sul voto di astensione dei parlamentari*, in *Il foro italiano*, 1984, I, c. 1192 s.

[14] Cfr., in proposito, L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, III ed., Il mulino, Bologna, 2018, p. 20 s.; L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto* double face, in www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 2, N. LUPO, E. THIERS, *Sources and Origins of Parliamentary Law*, in corso di pubblicazione in *Handbook of Parliamentary Studies*, edited by C. Benoît and O. Rozenbeng.

[15] Il celebre passaggio del *Federalist* n. 51, una delle pietre miliari della Costituzione americana e del costituzionalismo in genere, è il seguente: "*If men were angels, no*

angeli, non vi sarebbe bisogno di *checks and balances*, e dunque neppure di norme costituzionali, le quali vanno invece predisposte appunto in vista di circostanze in cui gli uomini si comportino in modo diverso dagli angeli.

Ecco allora, ineludibile, il nodo di un adeguamento tecnologico e procedurale. Un adeguamento da fare repentinamente, in qualche misura anche senza poter modificare il regolamento, posto che nello stato attuale non è facile ottenere il voto della maggioranza assoluta dei deputati e dei senatori. È chiaro che quest'ultima sarebbe l'ipotesi astrattamente preferibile, e che la maggioranza assoluta la si potrebbe ottenere, così come la si è raggiunta sulla richiesta di deroga all'indebitamento, anche per una modifica al regolamento ampiamente condivisa, magari concernente esclusivamente questa fase eccezionale[16]. In ogni caso, sarebbe possibile introdurre tale adeguamento e adattare le procedure anche senza modifiche esplicite al regolamento. Vi sono stati infatti numerosi casi, specie alla Camera, di discipline adottate "in via sperimentale" o "in via provvisoria", in deroga al regolamento[17], alcune delle quali sono ormai vigenti, sempre a titolo sperimentale o provvisorio, da un ventennio. Non da oggi sono piuttosto critico rispetto a queste soluzioni, ma se adottate in una situazione davvero emergenziale come quella attuale esse mi sembrerebbero invero ben più giustificate.

Purtroppo, come si accennava, negli ultimi tenta anni, anche in risposta a un quadro politico assai instabile, l'azione dell'istituzione parlamentare è stata ispirata a un atteggiamento troppo spesso miope e conservativo. Il che, in questa fase, certamente non aiuta. Basti soltanto richiamare il dato per cui, prima dell'ultimo concorso per consiglieri, che attualmente è in corso di svolgimento (e i cui tempi è facile prevedere subiranno un rallentamento, a seguito dell'attuale emergenza), gli ultimi consiglieri parlamentari sono entrati alla Camera nel 2003, ossia ben 17 anni or sono. Certamente, questa situazione non aiuta nel momento in cui invece si

---

government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions".

[16] È questa, ad esempio, la soluzione che ha adottato il Bundestag tedesco, approvando, il 25 marzo 2020, una modifica al regolamento con la quale, fino al 30 settembre 2020: *a)* ha abbassato dalla metà più uno a un quarto il numero legale richiesto in Assemblea e in Commissione; *b)* ha consentito la presenza e la partecipazione alle votazioni in commissione via mezzi di comunicazione elettronica.

[17] Cfr. R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare*, cit., p. 82 s.

tratta di operare, sulla spinta dell'emergenza attualmente in corso, una accelerazione tecnologica e procedurale non di poco conto.

Si tratta, come è evidente, di un'emergenza che interessa tutti i parlamenti del mondo, ed è abbastanza naturale che ognuno reagisca in modo diverso, coerentemente con le sue tradizioni e le sue caratteristiche. Molto interessante, ad esempio, è il voto tenutosi il 26 marzo 2020 al Parlamento europeo e che, per larga parte dei parlamentari, ha avuto luogo "a distanza". È chiaro che in questo caso la molla principale è stata rappresentata dalla difficoltà per i parlamentari europei di raggiungere Strasburgo (e Bruxelles, dove in effetti si è tenuta la plenaria di questo mese, e dove si terranno anche, in via appunto eccezionale, quelle dei mesi successivi). Peraltro, lo stesso presidente Sassoli ricordava che si è trattato di tre voti e che il meccanismo sarebbe stato assai più complicato da gestire nel caso di votazioni molteplici[18]. A maggior ragione lo sarebbe per il Parlamento italiano, le cui procedure sono rette, diversamente da quelle del Parlamento europeo, dal principio per cui la discussione (e in particolare la dichiarazione di voto) e la votazione devono svolgersi necessariamente l'una dopo l'altra, senza interruzioni: un principio che è ispirato all'idea, forse un po' illuministica, che dalla discussione si possano trarre elementi sulla base dei quali cambiare idea al momento della votazione.

Come accennavo, non mi pare che vi siano ostacoli in Costituzione alla partecipazione di parlamentari o allo svolgimento di votazioni "a distanza". E non credo perciò che vi sia bisogno, come è accaduto ad esempio in Cile (il 25 marzo scorso), di ricorrere ad una revisione costituzionale allo scopo di stabilire che per un anno "*la Cámara de Diputados y el Senado podrán funcionar por medios telemáticos una vez declarada una cuarentena sanitaria o un estado de excepción constitucional por calamidad pública*", comunque assicurando che "*el voto de los parlamentarios sea personal, fundado e indelegable*".

Sul punto si è aperto un certo dibattito tra costituzionalisti, ma a me sembra che a maggior ragione in questa fase straordinaria spetti a ciascuna Camera decidere chi ritenere presente, ai fini dell'accertamento del numero legale (per il quale peraltro vale la regola della presunzione). Si pensi ai casi dei parlamentari in congedo o in missione, considerati tra i presenti sin dai tempi dello Statuto albertino; o alle prescrizioni regolamentari secondo cui si considerano come presenti (automaticamente, perciò, anche se anche se assenti dall'aula al momento del voto) i richiedenti la verifica del numero legale e, alla Camera, altresì i richiedenti la votazione qualificata (art. 46, comma 6, del regolamento della Camera; art. 108, comma 3, del regolamento del Senato). Inoltre, non va dimenticato che l'art. 64, terzo

---

[18] Cfr. l'intervento del Presidente Sassoli nel primo seminario sul tema "Parlamento aperto: a distanza o in presenza?", prima ricordato.

comma, Cost. si riferisce, per interpretazione ormai pacifica, alle sole votazioni e soltanto alle sedute dell'Assemblea.

Ecco perché è corretto che la seduta della Giunta per il regolamento della Camera si sia concentrata esclusivamente sulle modalità di svolgimento dei lavori delle commissioni nel periodo dell'emergenza Covid-19, muovendosi peraltro, almeno per ora, con grande cautela[19]. La partecipazione dei parlamentari "a distanza" richiede una profonda re-ingegnerizzazione dei procedimenti parlamentari, per cui ogni procedimento va ripensato in base a questa realtà. È ovviamente un discorso complesso che qui si può soltanto accennare, ma è evidente che per alcuni procedimenti tale opera appare più facile che per altri.

Per le commissioni, come si accennava, specie al di fuori del procedimento legislativo, e quindi per audizioni e simili, non vedo grandi problemi a usare videoconferenze. Del resto, il loro formato è abbastanza vicino, per dire, a quello del nostro seminario odierno: una presentazione dell'audito (o degli auditi); una sessione di domande/interventi; infine, una replica dell'audito. Non va poi

---

[19] Si veda la seduta del 31 marzo 2020 della Giunta per il regolamento della Camera (in A.C., XVIII legislatura, Bollettino Giunte e Commissioni parlamentari, p. 3 s.), nella quale il Presidente Fico ha prospettato, con successo, alla Giunta "in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale": *a)* "la possibilità di consentire […] la partecipazione da remoto – tramite sistemi di videoconferenza – ad alcune attività delle Commissioni svolte in sedi informali" (uffici di presidenza, comitati ristretti, comitati dei nove, etc.), purché tali riunioni abbiano luogo "presso le sedi della Camera, con la presenza del Presidente della Commissione, o di un Vicepresidente, nonché del funzionario segretario dell'organo e dei deputati che intendano assicurare la loro presenza in sede"; *b)* "la partecipazione dei deputati da remoto anche alle audizioni informali svolte in sede plenaria, anche alla luce del fatto che la prassi consente […] che le stesse si svolgano anche attraverso interventi degli auditi in videoconferenza", consentendosi la partecipazione a tali sedute, sempre "da remoto", anche di deputati non appartenenti alla Commissione; *c)* "la trasmissione via web – in formato accessibile tramite la rete Intranet della Camera o tramite apposite credenziali – delle sedute delle Commissioni in sede referente, ovviamente ove vi sia l'unanimità dei consensi su tale forma di pubblicità, come previsto per il circuito chiuso" (ma da verificare in anticipo rispetto alla seduta), "al fine di favorire il massimo accesso possibile all'informazione sui lavori parlamentari in questo momento di emergenza, sia da parte dei deputati impossibilitati a prendervi parte, sia da coloro che in base alle regole vigenti possono seguire i lavori delle Commissioni tramite il circuito chiuso".

Per quanto invece riguarda le sedi formali di riunione delle Commissioni, resta ferma – almeno al momento – la regola della partecipazione diretta ai lavori: secondo quanto sostenuto dal Presidente Fico, "ogni altra valutazione richiederebbe peraltro, come detto nella precedente riunione della Giunta, il coinvolgimento e il raccordo con il Senato, attenendo ad una interpretazione della norma costituzionale".

dimenticato che per i lavori in commissione la regola è quella dell'informalità. Semmai, vi è l'esigenza di adattare i diversi strumenti di pubblicità dei lavori, ai quali i lavori delle commissioni sono particolarmente sensibili: la soluzione, escogitata negli anni settanta e ancora presente nei regolamenti, della trasmissione dei lavori a circuito chiuso (collegato con la sala stampa di Montecitorio) risponde infatti ad una logica ormai lontana nel tempo, e che solo in parte è stata aggiornata per effetto di alcuni pareri della Giunta per il regolamento.

In Assemblea, per le sedute dedicate al *question time* – incluso il *Premier question time*, che è stato riattivato in questa legislatura – l'adattamento si presenta invero abbastanza facile: è già una procedura, a tempi serrati e a parti ben delineate, concepita per la ripresa televisiva diretta e non vi si svolgono votazioni. Forse non a caso, è una procedura che è stata riscoperta in questi ultimi anni e che gode di un notevole successo sui *social media*. È inoltre una procedura che è stata pienamente informatizzata e a cui l'informatizzazione sembra aver fatto bene: in particolare, l'introduzione di un numero massimo di caratteri per l'atto di sindacato ispettivo lo ha reso decisamente più efficace[20].

Per il procedimento legislativo, soprattutto in Aula, il quadro è oggettivamente più critico. Da un lato, per il voto a distanza occorrerebbe un'infrastruttura tecnologica adeguata, idonea a ad assicurare quelle garanzie normalmente discendenti dalla tradizionale immunità di sede e a porre il risultato al riparo da ogni possibile contestazione (con l'impiego del riconoscimento facciale o delle impronte digitali, quest'ultime già utilizzate nel sistema di votazione attualmente in essere nell'aula di Montecitorio). Dall'altro, non va dimenticato che l'Assemblea non è solo un "votificio", e che, per non vanificare la natura stessa del Parlamento, occorre che si sviluppi appieno un processo deliberativo. Ha raccolto una certa eco l'ipotesi di istituire una commissione speciale, anche con poteri redigenti, avanzata nei giorni scorsi[21]. Tuttavia, occorre considerare che in questo caso, diversamente dal quel che accade ad inizio legislatura, quando si usa istituire una commissione di tal tipo per esaminare i disegni di legge di conversione in scadenza, le commissioni permanenti esistono e sono chiaramente controinteressate rispetto all'ipotesi di istituire una commissione siffatta.

---

[20] Cfr. S. BARGIACCHI, *Quando la lunghezza degli atti di sindacato ispettivo ne determina l'inammissibilità*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 31 gennaio 2017.

[21] Cfr. F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il sole 24 ore*, 16 marzo 2020, p. 4, e S. Ceccanti, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in www.biodiritto.org, 17 marzo 2020.

Anche per le procedure elettive la votazione a distanza si presenta come non facilissima, ma nemmeno impossibile, purché, anche in questo caso, con adeguati meccanismi volti ad assicurare la sicurezza, personalità e segretezza del voto. Anche perché altrimenti sarebbe davvero difficile raggiungere i numeri necessari, per fare un solo esempio, per rinnovare i vertici di AGCOM e Garante per la Privacy: autorità indipendenti chiamate, anche in questa fase, a svolgere un ruolo assai delicato, i cui vertici, però, sono stati oggetto di ripetute proroghe, per i soli atti di ordinaria amministrazione e indifferibili e urgenti, che hanno avuto luogo – molto discutibilmente – con norme di decreti-legge[22].

Molti di questi nodi verranno al pettine nei prossimi giorni, se non altro perché è in corso la conversione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (il cosiddetto "cura Italia"), che si compone di ben 127 articoli, ai quali sono stati presentati, al Senato, oltre un migliaio di emendamenti. Alla luce di questo ultimo riferimento si comprende bene, dunque, il collegamento tra le due parti della mia esposizione: tra la percorribilità delle procedure parlamentari e la questione delle fonti con cui si è affrontata l'emergenza coronavirus.

3. L'attività normativa emergenziale del Governo e il ruolo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.)

Intorno all'attività di produzione normativa posta in essere in risposta al coronavirus – che qui è possibile ricostruire in forma necessariamente assai sommaria e provvisorissima – è già sorto un dibattito piuttosto ampio. Siamo nel bel mezzo, come si sottolineava sin dall'inizio, di fenomeni per larga parte inediti, pieni di incognite, particolarmente sfidanti per regimi liberaldemocratici, ai quali i poteri pubblici hanno dovuto reagire in tempi rapidissimi: non sorprende, perciò, che la sensazione prevalente sia quella di un diffuso disorientamento.

Un disorientamento provocato da una molteplicità di fattori: il progressivo – e apparentemente interminabile – crescendo delle misure adottate; la novità delle

---

[22] Si vedano, rispettivamente: per la proroga fino al 31 dicembre 2019, l'art. 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132 e l'art. 1, comma 1, del decreto-legge 7 agosto 2019, n. 75, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 ottobre 2019, n. 107; per la proroga fino al 30 marzo 2020, l'art. 2 del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8. Ora una ulteriore proroga sostanzialmente indeterminata nei tempi, operante cioè "fino a non oltre i 60 giorni successivi alla data di cessazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale", è stata disposta – rispettivamente – dagli artt. 117 e 118 del decreto-legge n. 18 del 2020. In sede di conversione, per effetto del maxiemendamento approvato dal Senato, si è inoltre soppressa la limitazione agli atti di ordinaria amministrazione e a quelli indifferibili e urgenti.

forme di comunicazione istituzionale utilizzate (sulle quali giustamente si è scelto di incentrare il prossimo seminario); l'aggiornamento costante della modulistica per l'autocertificazione; l'adozione di provvedimenti "a tempo", ma senza un vero *dies ad quem*, assai impattanti sulla vita quotidiana di tutti noi, ma anche spesso senza un chiaro *dies a quo*, perché entrati in vigore contestualmente, ma di fatto anteriormente, alla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; il protagonismo assoluto di Palazzo Chigi e dei Governi nazionali in genere; i messaggi contraddittori lanciati dai vertici delle istituzioni dell'Unione europea e i compromessi sempre più faticosamente raggiunti nelle sedi intergovernative; il tentato, ma non sempre riuscito, coordinamento tra lo Stato e le Regioni.

Ognuno di questi fattori meriterebbe di essere approfondito, magari con un seminario *ad hoc*. In particolare, avendo scelto di concentrarmi solo sulle dinamiche dell'attività normativa tra Parlamento e Governo, mi limito a sottolineare, con riguardo all'ultimo fattore evidenziato, come anche nei rapporti tra Stato, Regioni e Comuni, il coronavirus stia facendo venire al pettine i principali nodi scoperti del nostro sistema istituzionale. È noto infatti come l'assenza di meccanismi efficienti e trasparenti di coordinamento rappresenti, non da oggi, il principale problema del regionalismo italiano per come risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione: quest'ultima, com'è noto, rinviò sia la revisione del bicameralismo paritario, sia un ripensamento e un'eventuale costituzionalizzazione del "sistema delle Conferenze" Stato-autonomie territoriali, finendo per demandare alla sola Corte costituzionale assicurare il rispetto, *a posteriori*, del riparto delle competenze come (ri-)disegnato dalla carta fondamentale[23].

Lo stesso può dirsi, invero, per quel che più specificamente attiene ai rapporti tra Parlamento e Governo. Anche qui non bisogna dimenticarsi, soprattutto se si vogliono evitare polemiche strumentali, quale era la situazione quando è scoppiata l'emergenza coronavirus. Per esempio, le varie patologie nel ricorso ai decreti-legge non sono certo notizia di oggi, né lo sono la prassi del loro accorpamento in sede di conversione, spesso a colpi di questioni di fiducia su maxiemendamenti. Analogamente, anche le ordinanze di protezione civile previste dalla legge n. 225 del 1992 – chiamate talora "ordinanze libere"[24] – hanno conosciuto uno sviluppo

---

[23] Ad esempio, cfr. i contributi raccolti in *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi: Italia e Spagna a confronto*, a cura di J.M. Castellà Andreu, S. Pajno, G. Rivosecchi, G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[24] L'uso di questa terminologia, soprattutto da parte della dottrina amministrativistica (per tutti, autorevolmente, cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, n. 1, p. 33 s. e F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in www.federalismi.it, 6 aprile 2020,

sensibile e non sempre fisiologico, che è stato oggetto di attente analisi pure da parte della dottrina costituzionalistica, sia prima sia dopo il riordino ad opera del codice della protezione civile di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018 (in particolare agli artt. 25-27)[25].

Qui, però, è effettivamente difficile disconoscere che i decreti-legge finora adottati si fondino su casi straordinari di necessità e urgenza e che le ordinanze di protezione civile si reggano su un effettivo stato di emergenza. Se non ci fossero stati questi strumenti, come si usa dire, si sarebbe dovuto inventarli. E il Governo è stato abbastanza rapido nel predisporre lo strumentario necessario: prima con la dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020; e poi con il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, come si è accennato convertito in legge in un paio di settimane.

È stato proprio questo decreto-legge ad individuare quello che è senz'altro lo strumento che l'ha fatta da padrone, in questa fase (seppure preceduto e, soprattutto, accompagnato da ordinanze dei Presidenti di Regione, ordinanze di protezione civile, del ministro della salute e sindacali; decreti ministeriali)[26]: i d.P.C.M., ossia decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

---

p. 3 s.), se vale a chiarirne il carattere atipico, rischia però di non sottolineare adeguatamente come anche tali ordinanze siano tenute a muoversi per usare la formula dell'art. 25, comma 1, del decreto legislativo n. 1 del 2018, "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea". E non solo: "le ordinanze libere sono comunque sottoposte ad una serie di limiti e seguono un percorso di necessaria legalità: sono motivate, sono emanate dalla p.a. titolare del potere dopo aver sentito altre istituzioni competenti, derogano solo alcune norme predeterminate e non altre (quando è possibile indicarlo), devono rispettare il principio di proporzionalità" (così F. CINTIOLI, *op.cit.*, p. 9).

[25] Cfr., tra gli altri, gli studi monografici di A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. p. 202 s.; G. RAZZANO, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Cacucci, Bari, 2010, spec. p. 53 s., e E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

[26] Avanza l'ipotesi che l'adozione del decreto-legge n. 6 del 2020, con la configurazione dei d.P.C.M., sia derivata dalla "percezione dell'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento a diversi tipi di emergenza (quella sulla protezione civile come quella sulla sanità) di fronte a un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana" C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID-Rassegna*, 2020, n. 5, p. 6 s. Un'accurata ricostruzione critica è ora in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in www.giurcost.org, 11 aprile 2020.

Stiamo parlando di uno strumento abbastanza atipico, non espressamente previsto dalla legge n. 400 del 1988. Il d.P.C.M., ad ogni modo, è ritenuto tendenzialmente assimilabile, nel sistema di questa legge, ai decreti ministeriali e, ove avente carattere normativo, e qualificato come regolamento, ai regolamenti ministeriali. Tuttavia, per come configurati dal decreto-legge n. 6 del 2020, i d.P.C.M. in questione non sono qualificati come regolamenti, ma sono abilitati ad adottare una serie sostanzialmente indefinita di misure per proteggere l'emergenza (si veda soprattutto l'art. 2), con il principale limite di non poter determinare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Un ennesimo, macroscopico caso di quella che alcuni studiosi hanno da tempo definito come la "fuga dal regolamento"[27].

I d.P.C.M. hanno come caratteristica di una notevolissima flessibilità, evidentemente assai preziosa in questa fase, perché saltano a piè pari (ad esempio, rispetto a un regolamento adottato con decreto del Presidente della Repubblica-d.P.R.): la delibera del Consiglio dei Ministri; il parere del Consiglio di Stato (sempre che non siano qualificati come regolamenti); il visto e la registrazione della Corte dei Conti (nel senso che tale controllo continua a essere previsto, ma con termini dimezzati e, soprattutto, senza effetto sospensivo dell'efficacia dei provvedimenti in questione); e il Presidente della Repubblica, il quale pure com'è noto svolge nella prassi un significativo ruolo di controllo in sede di emanazione dei regolamenti governativi, e anche dei decreti-legge. Si evita così di dover attendere quell'intervallo, durato a volte anche più di una settimana, che per i decreti-legge intercorre tra la delibera del Consiglio dei Ministri e la loro emanazione, in genere dovuto all'esigenza di concordare i testi in sede endogovernativa (la prassi del cosiddetto "salvo intese") e spesso anche al confronto con il Quirinale[28].

Lo strumento dei d.P.C.M. dunque già esisteva, e non era esente da qualche critica[29]. Tuttavia, una cosa è adottare d.P.C.M. per attuare, ad esempio, la cosiddetta "*spending review*" nei ministeri, o altre determinazioni di natura organizzativa, così come è accaduto fin qui; e altra cosa è ricorrervi al fine di incidere anche molto pesantemente sulla regolazione dei diritti fondamentali, sin quasi ad

---

[27] Il riferimento è, in particolare, a U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988)*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 277 s., e G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 1. Sul punto, volendo, cfr. anche N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Il mulino, Bologna, 2003, spec. p. 127 s.

[28] Cfr. L. BARTOLUCCI, A. RAZZA, *Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, n. 2.

[29] Cfr., per tutti, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2016, n. 2.

annullarli, e allo scopo di introdurre numerosissimi divieti, corredati di sanzioni anche di natura penale[30].

In questi casi, per d.P.C.M. contenenti misure così drastiche, si pongono evidentemente problemi assai più rilevanti in termini di rispetto delle riserve di legge previste in Costituzione. Perché sì, è vero, abbiamo una base legislativa, ma fintanto che tale base si rinveniva solo nel suddetto decreto-legge n. 6 del 2020, come convertito, questa base era parsa troppo generica e ambigua, mentre è direttamente a tale decreto-legge che dovrebbero essere ricondotte, in forza appunto delle riserve di legge (prevalentemente assolute), le limitazioni dei diritti di libertà. In particolare, sono stati criticati il riferimento generico alle "autorità competenti" presente all'art. 1, comma 1, e all'art. 2, comma 1; così come quello, contenuto solo in questa seconda disposizione, che consentiva di adottare "ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza", senza definirne, neanche in termini generali, i contenuti[31]. Va però detto che le autorità competenti sono state indicate nel successivo art. 3 e che in quella fase era davvero difficile immaginare con esattezza ciò che sarebbe successo. In ogni caso, sono stati individuati in quell'occasione due cardini dell'impianto normativo: da un lato, i principi di adeguatezza e di proporzionalità delle misure rispetto all'evolversi della situazione epidemiologica, principi che sono in contesti emergenziali sono i veri limiti all'azione dei pubblici poteri; dall'altro, lo strumento appunto dei d.P.C.M., per i quali si è definito un iter volto a coinvolgere gli altri Ministri interessati e le Regioni. Tali d.P.C.M. devono essere infatti adottati "su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale".

---

[30] Per accorate preoccupazioni in proposito cfr., ad esempio, G. LATTANZI, in *La pandemia aggredisce anche il diritto?* intervista di F. De Stefano a C. Caruso, G. Lattanzi, G. Luccioli e M. Luciani, in www.giustiziainsieme.it, 2 aprile 2020.

[31] Parla, con riferimento all'art. 2 del decreto-legge n. 6 del 2020, di "un evidente difetto di determinatezza che comprometteva la tenuta della catena" normativa dell'emergenza M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 3. Cfr. anche M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il "dictator"*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020, p. 14, e M. CAVINO, *Covid-19.Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it, 18 marzo 2020, p. 4 s. (quest'ultimo rilevando che l'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 6 del 2020 "ha ripreso le misure indicate nelle ordinanze del 21 febbraio del Ministro della salute citandole a titolo esemplificativo").

Devo dire che la formulazione del nuovo decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, che ha disposto l'abrogazione pressoché completa del precedente, è un po' più accurata, e sembra tener conto delle principali critiche che sono state rivolte a quello[32]. Anzitutto perché ha previsto per ciascuna misura un termine massimo di durata pari a 30 giorni (rinnovabile). In secondo luogo, perché ha codificato espressamente il termine finale, quello del 31 luglio 2020, peraltro già indicato dalla deliberazione dello stato di emergenza. In terzo luogo, perché ha fornito una categorizzazione abbastanza precisa delle possibili misure. In quarto luogo, perché è stato disciplinato più accuratamente – anche se in modo non pienamente soddisfacente – il rapporto con le Regioni, consentendo tra l'altro che i d.P.C.M. siano adottati anche su proposta dei Presidenti delle Regioni. In quinto luogo, perché ha richiesto che sia sentito, ancorché "di norma", il comitato tecnico-scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile. Infine, in sesto luogo, perché finalmente ha previsto un qualche coinvolgimento del Parlamento: ai sensi dell'art. 2, comma 5, del decreto-legge n. 19 del 2020 si è stabilito che tutti i provvedimenti attuativi siano trasmessi alle Camere il giorno successivo alla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; e si è introdotto un obbligo per il Presidente del Consiglio dei Ministri, o un Ministro delegato, di riferire alle Camere ogni 15 giorni. Mi sembra, come dicevo, un coinvolgimento assolutamente necessario, ma invero minimale. Vedremo se sarà reso più stringente dalle Camere in sede di conversione.

Anche per questa ragione ritengo essenziale il momento della conversione in legge di questo decreto-legge, così come degli altri che sono stati adottati per fronteggiare questa emergenza e per compensarne in qualche modo gli effetti sull'economia. Il che comporta che inevitabilmente tendo a guardare con forte sospetto a tutte le ipotesi, che pure sono state da più parti prospettate in questi giorni, nel senso di reintrodurre, seppure in via eccezionale, la prassi della reiterazione dei decreti-legge[33]. Mi basti dire che in tanto le riserve di legge previste in Costituzione possono ritenersi soddisfatte – secondo quel che ha costantemente affermato la

---

[32] Cfr. U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?,* in www.forumcostituzionale.it, 28 marzo 2020, e G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020.

[33] Cenni in proposito in B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, 2020, n. 6, p. VII, A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in www.biodiritto.org, 13 marzo 2020, e A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, cit., p. 12. Criticamente, su questa ipotesi, cfr. anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 9. Prospetta la possibilità di convertire i decreti-legge direttamente in commissione V. LIPPOLIS, *Camere voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta essenziale*, in *Il dubbio*, 1° aprile 2020, p. 14.

giurisprudenza costituzionale[34] – anche da una disciplina dettata da un decreto-legge, appunto in quanto è costituzionalmente necessaria la sua conversione entro il termine perentorio di 60 giorni, pena la decadenza del decreto, con effetti *ex tunc*. Se invece questa conversione fosse posposta a tempi indefiniti, come accadrebbe in caso di reiterazione – secondo quel che ci ha detto la Corte costituzionale nella sentenza n. 360 del 1996 – è chiaro che questa giurisprudenza costituzionale sul fatto che i decreti-legge soddisfino le riserve di legge terrebbe molto di meno.

Dunque, sul piano del sistema delle fonti qualche degenerazione non escludo che ci sia stata e che ci possa essere, ma, come spesso accade, molte di esse hanno radici in prassi già esistenti. Si pensi in particolare, e in vista di ciò che probabilmente accadrà nei prossimi giorni, alla prassi consistente nell'accorpare più di un decreto-legge in sede di conversione: è facilmente prevedibile che vi si farà ricorso, anche per evitare di aggravare troppo l'attività delle Camere. Del resto, nonostante i tanti profili di dubbia legittimità costituzionale che tale prassi presenta, va ricordato che la Corte costituzionale non la ha fin qui sanzionata[35].

Da più parti si è segnalata l'assenza nella Costituzione italiana di un diritto dell'emergenza e si è perciò ragionato di introdurlo, in futuro[36]. Altri hanno valorizzato, anche sul piano giuridico, il parallelo con lo stato di guerra, e dunque hanno rinvenuto, seppur ipoteticamente o analogicamente, una possibile base costituzionale nell'art. 78 Cost.[37]. Come accennavo, su ambedue queste prospettive ho più d'una perplessità: sia perché la Costituzione in più disposizioni, sia nella prima sia nella seconda parte, fa riferimento all'urgenza e alle situazioni di

---

[34] Ricostruita, da ultimo, da G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 50 s.

[35] Si è sostenuto che una occasione proficua avrebbe potuto essere la vicenda decisa con la sentenza n. 251 del 2014, la quale avrebbe invece dato a tale prassi un sostanziale (ancorché implicito) "via libera": cfr. G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale. Nota a Corte cost., sent. n. 251 del 2014*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4460 s.

[36] Cfr., tra gli altri, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento*, cit., E.C. RAFFIOTTA,

Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus, in www.biodiritto.org, 18 marzo 2020, e A. MALASCHINI, M. PERA, *Evitare che la democrazia si indebolisca*, in *Corriere della sera*, 31 marzo 2020.

[37] Richiamano, a vario titolo, l'art. 78 Cost. con riferimento alla vicenda in esame, tra gli altri: G. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in www.biodiritto,org, 14 marzo 2020; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, cit., p. 8 s.; F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia*, cit., p. 8 s.

emergenza[38], le quali sono state poi disciplinate in modo abbastanza analitico, per quanto ovviamente possibile, dalla legislazione ordinaria (anche con riguardo alle emergenze sanitarie, nell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale; o a quelle di protezioni civile, come si è già visto); sia perché quella in cui siamo ora è sì una situazione priva di precedenti, ma giuridicamente ben distinguibile da una situazione bellica, posto che non ci sono Stati nemici, né forze belligeranti, e non è certo il possibile uso dell'esercito a fini civili – pur consentito sin dal decreto-legge n. 6 del 2020, a integrazione delle forze di polizia – a doverci richiamare la condizione bellica, che presenta caratteristiche ben diverse, decisamente più drammatiche, e in genere ancor più limitative dei diritti di libertà e degli stessi principi del costituzionalismo.

Nella situazione in cui siamo, a mio avviso è essenziale continuare muoversi, all'esatto opposto, pur con tutte le difficoltà del caso – e diversamente da quel che sta accadendo in altri Stati membri dell'Unione europea, dalle tradizioni liberaldemocratiche meno solide – in piena coerenza con i principi della democrazia e del costituzionalismo[39]. Tra questi, ovviamente, la necessità dei pesi e contrappesi e la continuità dell'attività parlamentare. Un buon punto di riferimento può individuarsi nell'esperienza inglese, e in particolare nella recente sentenza Cherry/Miller n. 2 della UK Supreme Court, la quale ha annullato la *prorogation* disposta dal premier Johnson, chiarendo che per il Governo non è possibile chiudere le Camere contro la loro volontà neanche per un breve periodo, e riaffermando così i valori della *parliamentary sovereignty* e della *parliamentary accountability*[40].

Il Parlamento, in altri termini, è un "bene pubblico essenziale": e di ciò stiamo avendo un'ulteriore conferma appunto in questa fase[41]. Se non c'è, o è

---

[38] Ovviamente, variamente ricostruibili: per una ricostruzione tuttora attuale, cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, spec. p. 306 s.

[39] Sulla possibilità di una "sospensione" della Costituzione davanti all'emergenza cfr., con opinioni opposte, A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in www.dirittiregionali.it, 21 marzo 2020, e G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

[40] Su questa pronuncia cfr., tra gli altri, nella dottrina italiana, C. MARTINELLI, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in www.osservatorioaic.it, 2019, n. 6; F. Rosa, *Brexit e la rivincita del Parlamento?*, ivi; G. CARAVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in www.federalismi.it, 2019, n. 18.

[41] Parla di una nuova "era costituzionale" C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in www.costituzionalismo.it, 2020, n. 1, p. 78 s., spec. 87 s., ad avviso della

marginalizzato, siamo tutti meno tutelati, purtroppo, perché i difficili bilanciamenti tra diritti, o tra diritti e doveri, o tra diverse esigenze rappresentate a livello tecnico – si pensi all'alternativa del diavolo tra salute e crescita economica – e le delicate valutazioni in termini di proporzionalità che ciascuna misura presuppone vengono compiuti da pochi, in modo oscuro, e senza perciò che sia facile individuare e far valere le relative responsabilità; né tanto meno possibile immaginare, almeno nel breve periodo, forme di tutela giurisdizionale effettiva[42].

4. Conclusioni: per una (da tempo necessaria) "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari e di produzione normativa

Ovviamente, la situazione è in movimento talmente rapido che ogni tentativo di conclusione sarebbe fuori luogo. Preferisco perciò trarre lo spunto da un "vecchio" tweet, risalente al 2013, di Catherine Bracy (la fondatriche di TechEquity), dal seguente tenore: "*Citizens using 21st cent tools to talk, gov't using 20th cent tools to listen, and 19th cent processes to respond*". Tradotto in termini un minimo più estesi, siamo cioè in una situazione in cui la domanda politica si manifesta ormai in larghissima prevalenza con tecnologie e tempi del XXI secolo (grazie alle possibilità offerte dalla rete e dai *social media*), viene recepita ed elaborata con strumenti che erano quelli propri del XX secolo (i partiti politici, con le loro forme organizzative, rinnovatesi solo assai parzialmente) e riceve risposta perlopiù ricorrendo a meccanismi istituzionali che, nelle loro linee di fondo, risalgono al XIX secolo (a partire dal procedimento legislativo parlamentare e dalle stesse forme della rappresentanza politica).

E' utile richiamarlo per sottolineare che il coronavirus ha colto il Parlamento, e fors'anche le nostre democrazie, in una fase di passaggio assai delicata: una fase in cui la democrazia rappresentativa stava comunque attraversando un momento critico, essendo sottoposta ad una sfida esistenziale per effetto delle nuove tecnologie, le quali hanno falsificato la tradizione giustificazione della democrazia rappresentativa fondata sull'impossibilità pratica di una democrazia diretta su larga scala. Oggi, perciò, occorre fare leva su ragioni diverse, che già esistevano ma che vanno meglio esplicitate, e che continuano a motivare la preferenza per la democrazia rappresentativa: ragioni che consistono, ad esempio, nella capacità di misurare l'intensità delle preferenze; nella possibilità di svolgere negoziati e compromessi tra le

---

quale "potrebbe essere il Covid-19 l'occasione per il Parlamento per riscattarsi, per smentire la sua superfluità".

[42] Sulle difficoltà che inevitabilmente incontra, specie in questa fase, il controllo giurisdizionale cfr., per tutti, F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia*, cit., p. 9 s.

diverse posizioni; nel poter uscire dall'alternativa binaria "o tutto o niente" cui obbligano i referendum, consentendo invece mediazioni o anche ripensamenti.

Valorizzare queste peculiarità, e farlo nelle condizioni attuali, così difficili per tutti, costituisce per i Parlamenti una sorta di sfida al quadrato. Tuttavia, dopo aver iniziato con toni abbastanza pessimistici, mi sia consentito di chiudere con un auspicio. Quello cioè che il coronavirus spinga anche le nostre istituzioni – un po' come sta accadendo pure nella vita quotidiana di ciascuno di noi – a superare qualche pigrizia e ad abbandonare alcune tradizioni inveterate, rivelatesi non più funzionali o addirittura dannose[43]. E obblighi Parlamento e Governo a utilizzare questo forzoso e drastico aggiornamento tecnologico per "re-ingegnerizzare" le loro procedure, e in particolare i loro procedimenti di produzione normativa e i meccanismi di controllo, nel rispetto dei principi del costituzionalismo e senza perdere il valore aggiunto che le Camere assicurano ad un ordinamento democratico.

---

[43] Ne danno testimonianza un paio di recenti volumi che raccontano senza molti filtri le modalità con cui si producono norme oggi in Italia: *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da G. Salvaggiulo, Feltrinelli, Milano, 2020, spec. capp. 8 e 9 (su procedimento legislativo e sessione di bilancio) e A. CELOTTO, *È nato prima l'uomo o la carta bollata? Storie incredibili (ma vere) di una Repubblica fondata sulla burocrazia*, Rai Libri, Roma, 2020, spec. p. 35 s.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)

MARTA PICCHI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0221s-19.html.

Sommario

1. Premessa. – 2. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale. – 3. La ricostruzione della Corte costituzionale. – 3.1. Del "diritto a procreare" … – 3.2. Segue: … e delle "migliori condizioni di partenza". – 3.3. Dell'attribuzione dello *status filiationis*. – 4. Alcune riflessioni per concludere.

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione
M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università deli studi di Firenze. Indirizzo mail: marta.picchi@unifi.it.

1. Premessa

La sentenza in commento ha per oggetto il tema dell'omogenitorialità: in questa occasione, è esaminata sotto il profilo dell'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA) che, anche per le coppie omosessuali femminili, è precluso dall'art. 5[1], l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)[2].

La Corte costituzionale coglie l'occasione per fare delle precisazioni su alcuni suoi precedenti interventi, che suscitano delle riflessioni[3] perché sembrano dei passi indietro o, quantomeno, esprimono la volontà di porre un argine a fronte di possibili ulteriori richieste volte a far cadere non solo il divieto di PMA per le

---

[1] Art. 5 (*Requisiti soggettivi*), l. n. 40/2004: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

[2] L'art. 12 (*Divieti generali e sanzioni*), co. 2, l. n. 40/2004 prevede delle sanzioni amministrative in caso di violazione del divieto: difatti, stabilisce che «[c]hiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Il comma 9 dispone altresì la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti contemplati nell'art. 12. Inoltre, il comma 10 stabilisce che l'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate è sospesa per un anno e, nell'ipotesi di più violazioni dei divieti o di recidiva, può essere revocata.

[3] G. CASABURI, *«Qui sto. Non posso fare altrimenti»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*, in *Il Foro italiano*, 12/2019, I, p. 3798 ss., si esprime in termini critici poiché ritiene che la chiarezza dell'esposizione faccia «emergere, con disarmante evidenza, i limiti, in primo luogo culturali, della pronuncia, espressione di un non condivisibile ridimensionamento del proprio ruolo (anche per il passato) e di esasperato conservatorismo». L'Autore conclude osservando come la Corte assuma una prospettiva eticheggiante dimostrando di essere prevenuta nei confronti dell'omogenitorialità, nonostante alcune affermazioni che, però, rimangono vuote di significato. Di diverso avviso è, invece, G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie* same sex *di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "*revirement*"*, in *Corriere giuridico*, 12/2019, p. 1460 ss., che condivide le argomentazioni della Corte costituzionale perché viene finalmente posto un argine a tutti quei tentativi volti ad affermare l'operatività nell'ordinamento di un diritto assoluto alla genitorialità: cioè, viene spostata l'attenzione dai bisogni degli adulti a quelli dei minori.

coppie omosessuali femminili, ma addirittura per quelle maschili investendo, dunque, il tema della surrogazione di maternità, vietata e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6[4], l. n. 40/2004.

Il presente contributo si propone di analizzare le motivazioni della Corte costituzionale al fine di comprendere come questo nuovo intervento incida sulla precedente giurisprudenza costituzionale discostandosi sensibilmente da alcune ricostruzioni in tema di genitorialità responsabile, che trovano sempre più attenzione in dottrina e nella giurisprudenza, soprattutto nell'intento di tutelare l'interesse superiore del minore.

2. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale

I due giudici *a quibus* si sono rivolti[5] alla Corte costituzionale per consentire l'apertura della PMA anche alle coppie omosessuali femminili e, a tal fine, hanno prospettato il contrasto degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, l. n. 40/2004 con gli artt. 2, 3, 31, e 32 Cost., nonché con gli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione. In realtà, l'ordinanza del Tribunale di Pordenone presenta delle ambiguità perché nel dispositivo chiede in modo indifferenziato l'ablazione del requisito della diversità di sesso, riferendosi così a tutte le coppie omosessuali.

La Corte, dal tenore complessivo dell'ordinanza, ritiene però che il giudice *a quo* abbia inteso riferirsi alle sole coppie formate da donne. Ciò consente alla Corte di non affrontare direttamente il problema della maternità surrogata affidando le relative considerazioni a degli *obiter dicta*[6], analogamente a quanto fatto già con le pronunce nn. 162/2014 e 272/2017.

Infatti, la Corte spiega che la PMA, per le coppie omosessuali femminili[7], si attua mediante fecondazione, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore.

---

[4] Art. 12, co. 6, l. n. 40/2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

[5] Tribunale di Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018, e Tribunale di Bolzano, ordinanza 3 gennaio 2019.

[6] Cfr. F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, p. 1 ss.

[7] Ovviamente, ciò vale sempreché le due donne non siano entrambe impossibilitate a portare a termine la gestazione, altrimenti la loro condizione sarà del tutto equiparabile a quella di una coppia omosessuale maschile.

La c.d. PMA eterologa, originariamente vietata in modo assoluto dalla legge n. 40/2004, è divenuta fruibile dalle sole coppie eterosessuali in seguito alla pronuncia n. 162/2014 della Corte, quando vi siano patologie che determinano una sterilità o un'infertilità assolute e irreversibili.

La Corte precisa che, in caso di accoglimento delle questioni, la fecondazione eterologa verrebbe estesa anche all'infertilità che la Corte ritiene «fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarietà biologica delle loro componenti»[8].

In caso di coppie omosessuali maschili, invece, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso un accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando a reclamare diritti sul nascituro. «Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali»[9] e detta previsione – ricorda la Corte riferendosi alla recente pronuncia della Corte di cassazione, sezioni unite, dell'8 maggio 2019, n. 12193[10] – è considerata dalla giurisprudenza espressiva di un principio di ordine pubblico.

3. Le ricostruzioni della Corte costituzionale

Il giudice costituzionale muove dalla premessa che la materia tocca argomenti eticamente sensibili: il punto di equilibrio delle opposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona, spetta primariamente alla valutazione del legislatore. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), in più occasioni, ha

---

[8] Cons. dir. p.to 8.

[9] Cons. dir. p.to 8.

[10] La Corte di cassazione ha fatto chiarezza sui contenuti del principio di ordine pubblico internazionale e ha stabilito che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di surrogazione della maternità previsto dall'art. 12, co. VI, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. La tutela di tali valori – non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore e al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione – non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184/1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*).

precisato che gli Stati conservano un ampio margine di apprezzamento nella materia della PMA, proprio per le delicate questioni di ordine etico e morale che si prospettano e per il fatto che non vi è un consenso generale sulle stesse.

In questi temi, «il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»[11], ferma restando la sindacabilità delle scelte operate per verificare che sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole.

3.1 Del "diritto a procreare" …

Anzitutto, la Corte si sofferma sulla configurabilità – in seguito alla scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico – di «un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia)»[12]: cioè, la possibilità di decidere non soltanto l'*an* e il *quando*, ma anche i modi diversi da quello naturale per procreare.

In altri termini, la Corte intende stabilire se il desiderio di avere un figlio per mezzo delle tecnologie debba essere soddisfatto sempre e comunque, oppure se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del nascituro.

Per risolvere il quesito, la Corte ricerca le ragioni che hanno spinto il legislatore del 2004. In questa analisi iniziale, individua le originarie finalità: dunque, assume una prospettiva riduttiva perché non tiene conto delle aperture che la stessa Corte

---

[11] Cons. dir. p.to 9.

[12] Cons. dir. p.to 10.

ha introdotto attraverso le proprie pronunce[13], le quali hanno poi stimolato un'ulteriore progressiva evoluzione nella giurisprudenza di merito e di legittimità[14].

Il Giudice costituzionale individua «due idee di base»[15]: la prima concerne la funzione che le tecniche di procreazione assistita svolgono. Il legislatore le ha concepite quali rimedi alla sterilità o alla infertilità umana dovute a una causa

---

[13] La Corte richiama (cfr. cons. dir. p.to 11) le sentenze nn. 162/2014 e 96/2015, ma ritiene che con queste siano state eliminate delle distonie, interne o esterne, della disciplina senza incidere, se non marginalmente, sulle coordinate di fondo della stessa. In particolare, la prima pronuncia ha ammesso alla riproduzione artificiale le coppie alle quali sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, dichiarando perciò illegittimo il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo. La Corte precisa che, in questo caso, le esigenze di tutela del nascituro apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente sia per il rischio psicologico correlato al difetto di legame biologico con i genitori sia per la possibile violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. La sentenza del 2015, invece, ha aperto l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici, però, di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro: così, è stata eliminata una distonia che era già stata censurata dalla Corte EDU con la sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*. Entrambe le pronunce, secondo la Corte, si sarebbero mosse nella logica della finalità terapeutica individuata dal legislatore e, anzi, l'avrebbero valorizzata senza alterare l'altra scelta di fondo volta a riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza della figura materna e di quella paterna. In ogni caso, anche l'avvenuta apertura alla PMA eterologa non ha in alcun modo fatto venir meno i requisiti della maggiore età, della diversità di sesso, del rapporto di coniugio o di convivenza, dell'età potenzialmente fertile e il fatto che devono essere entrambi viventi, con ciò confermando il paradigma familiare riflesso nella previsione legislativa. La Corte non richiama, invece, altre due importanti sentenze che hanno contribuito ad ampliare la portata della l. n. 40/2004 incidendo sugli stessi principi che devono essere riferiti alla PMA, tenuto conto dei valori della Costituzione: la sentenza n. 151/2009 che ha contribuito a valorizzare la centralità del ruolo del medico e la n. 229/2015 che ha ampliato i presupposti per l'accesso alla PMA completando quanto disposto con la sentenza n. 96/2015.

[14] G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*», cit., p. 3798, osserva come il testo originario della l. n. 40/2004 era stato costruito a maglie strette evidenziando un forte timore verso l'evoluzione scientifico-tecnologica in ambito riproduttivo. Secondo l'Autore, nel momento in cui la Corte si rifà alle due direttrice che hanno ispirato il legislatore nel 2004, ritenute tuttora pienamente valide e, dunque, non mutate nel loro nucleo essenziale, è come se ridimensionasse l'evoluzione interpretativa prodottasi nel tempo. Un'evoluzione, aggiungerei, che è maturata nel tentativo di ricondurre la disciplina nell'ambito dei valori della Carta costituzionale, tenendo conto proprio dell'evolversi del contesto sociale e culturale.

[15] Cons. dir. p.to 10.

patologica non altrimenti rimovibile[16]. La PMA, dunque, non costituisce una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, rimessa alla libera autodeterminazione degli interessati.

La seconda direttrice attiene alla struttura del nucleo familiare: il legislatore ha posto una serie di limitazioni di ordine soggettivo per l'accesso alla PMA allo scopo di far sì che detto nucleo riproduca la famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre. A queste si aggiungano le limitazioni di ordine oggettivo, finalizzate ad assicurare il mantenimento di un legame biologico fra nascituro e aspiranti genitori, attraverso il divieto – un tempo assoluto – di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo[17]. Inoltre, soltanto le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi possono accedere alla PMA[18].

Le questioni che le sono state sottoposte si collocano, però, su un piano ben diverso perché l'ammissione delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA determinerebbe la diretta sconfessione delle due direttrici che hanno caratterizzato la disciplina del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive escluse dalla PMA. Sebbene sia stata chiara nel precisare che le questioni sollevate riguardano soltanto il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali femminili, la maggiore preoccupazione della Corte costituzionale – che peraltro traspare dall'intera pronuncia – è legata al fatto che un'apertura a beneficio di queste potrebbe innescare interrogativi anche per le coppie maschili (oltre che per i *singles*) potendo, così, mettere a rischio il divieto di maternità surrogata.

La Corte fornisce, quindi, una risposta negativa, implicita ma inequivoca[19], alla domanda iniziale. La soluzione viene ricavata proprio dalle linee direttrici che hanno determinato il legislatore del 2004, senza mai riferirsi a parametri costituzionali: vi è soltanto una generica constatazione che la disciplina in materia non presenta incongruenze interne poiché l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile (come anche quella della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata) non è affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Sono «fenomeni chiaramente e ontologicamente

---

[16] In particolare, la Corte costituzionale ricava questa prima direttrice dagli artt. 1 e 4, co. 1, l. n. 40/2004: cfr. cons. dir. p.to 10.

[17] Cfr. art. 4, co. 3, l. n. 40/2004.

[18] Cfr. art. 5, l. n. 40/2004.

[19] Cfr. G. CASABURI, *«Qui sto. Non posso fare altrimenti»*, cit.

distinti»[20]: dunque, esclusa l'omogeneità fra le due tipologie di infertilità, non vi è alcun obbligo di ugual trattamento. La preclusione della PMA alle coppie formate da due donne non sarebbe, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure – ritiene la Corte – di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, secondo quanto confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU che non ha riscontrato un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante *ex* artt. 8 e 14 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), se la legge nazionale riserva l'inseminazione artificiale alle sole coppie eterosessuali sterili[21].

Occorre sottolineare che il Giudice costituzionale, per definire l'esistenza o meno di un diritto alla genitorialità, non ricerca riferimenti nelle previsioni e nei principi costituzionali per poi valutare l'adeguatezza e la ragionevolezza della disciplina posta dal legislatore. A differenza di quanto ha fatto, come vedremo, in altre occasioni, non intende affrontare il tema della genitorialità, quale espressione della libertà di autodeterminazione personale fondata sugli artt. 2, 3 e 31 Cost., ma guarda alla sola disciplina legislativa. In questa maniera, la Corte dimostra chiaramente l'intenzione di voler preservare i contenuti della l. n. 40/2004 lasciando intuire l'esito finale del giudizio.

Dopo questa iniziale premessa, la Corte procede nell'esame delle disposizioni impugnate.

3.2 Segue: … e delle "migliori condizioni di partenza"

Ricorda che il riconoscimento delle coppie omosessuali – pur essendo formazioni sociali meritevoli di tutela *ex* art. 2 Cost. – non implica una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli perché la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non significa che detta libertà possa essere esercita senza limiti poiché deve essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti[22]. La Corte utilizza ricostruzioni già enunciante nella sentenza n. 162/2014 con l'accortezza, però, di non citare le ulteriori considerazioni nelle quali la precisazione richiamata è collocata.

Infatti, in quell'occasione la Corte ha altresì affermato, con forza, che la «determinazione di avere o meno un figlio […], concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non

---

[20] Cons. dir. p.to 12.

[21] In particolare, la Corte costituzionale richiama la Corte EDU, sez. V, sentenza 15 marzo 2012, ricorso 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*.

[22] Cfr. cons. dir. p.to 13.1.

vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40/2004 sia appunto preordinata alla "tutela delle esigenze di procreazione", da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi»[23].

Nella pronuncia del 2014, la Corte ha ancora precisato che, sebbene la libertà e volontarietà dell'atto di diventare genitori e di formare una famiglia non implichi l'assenza di limiti, tuttavia, questi, «anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto […], a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»[24]. Difatti, la Corte ha ribadito che la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»[25].

La Corte prosegue nella propria ricostruzione volta a dimostrare che il legislatore non ha ecceduto il margine di discrezionalità che gli compete e afferma che il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, nel caso della PMA, deve considerare che questa pratica altera le dinamiche naturalistiche della procreazione suscitando delicati interrogativi di ordine etico. Fra l'altro, osserva come si aprano scenari innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia «radicati nella cultura sociale»[26], gli stessi che hanno ispirato gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione.

Dopodiché, sottolinea come il legislatore, nel ponderare gli interessi in gioco per trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze, debba tener conto, quale interprete della collettività nazionale, «degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», salvo il successivo controllo della

---

[23] Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 6.

[24] Cons. dir. p.to 6.

[25] Cons. dir. p.to 6.

[26] Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 13.1.

Corte costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza. In ogni caso, la scelta operata dal legislatore rimane «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»[27].

Su queste basi, la Corte afferma che la censurata disciplina legislativa non è irrazionale e neppure ingiustificata perché il legislatore si sarebbe preoccupato di garantire il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato: «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»[28].

La Corte conclude sull'inesistenza di un contrasto con l'art. 2 Cost. osservando che la diversità di sesso nella coppia ai fini dell'accesso alla PMA sarebbe una «condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia» e che il legislatore ha considerato il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»[29].

Sono possibili alcune immediate considerazioni. In primo luogo, la diversità di sesso dei componenti della coppia ha sicuramente ispirato la disciplina costituzionale della famiglia: il problema è se la nozione di famiglia sia rimasta immutata nel tempo e se l'odierna corrisponda a quella di oltre settant'anni fa. Analogamente, quando il legislatore si è attivato nel disciplinare l'accesso alla PMA, oltre quindici anni fa, è possibile che il grado di accettazione dell'omogenitorialità non consentisse altre soluzioni: tuttavia, occorre verificare se, oggi, quelle soluzioni sono ancora accettabili e soprattutto coerenti con i principi costituzionali.

Il Giudice costituzionale, però, non intende tornare a discutere della nozione costituzionale di famiglia e neppure entrare nel merito del fenomeno dell'omogenitorialità e sembra quasi voler scoraggiare la proposizione di ulteriori questioni in merito, rimettendo l'intera materia alla discrezionalità del legislatore.

La validità delle conclusioni, afferma la Corte, non è sconfessata neppure dagli orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'adozione cosiddetta non legittimante all'interno di coppie omosessuali e consentito la trascrizione di atti

---

[27] Cons. dir. p.to 13.1.

[28] Cons. dir. p.to 13.1.

[29] Cons. dir. p.to 13.1.

formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di genitori *same sex*. Secondo il Giudice costituzionale, vi è una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA perché l'interesse del minore assume contenuti differenti in ragione della fase della procreazione. Difatti, l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e, quindi, non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo e, nel caso dell'adozione applicabile alla coppia omosessuale, emerge come specialmente meritevole di tutela l'interesse del minore – da verificare in concreto – a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate[30]. Invece, la finalità della PMA è diversa: «serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali» e, siccome il bambino deve ancora nascere, non è irragionevole – asserisce ancora una volta la Corte – «che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"»[31]. Ne consegue che non esiste alcuna contraddizione, ci dice sempre la Corte, se dopo la nascita è possibile la trascrizione nel registro dello stato civile di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne – quando la prima abbia donato l'ovocita e l'altra abbia portato a termine la gestazione - perché non si configura la violazione dell'ordine pubblico interno giacché non vi è alcun divieto costituzionale per le coppie omosessuali di accogliere e anche di generare figli[32].

L'inquietante e perentoria chiusura della Corte suscita delle perplessità perché, in sostanza, l'orientamento sessuale viene considerato un elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione dello stesso nato da parte della collettività. Inoltre, l'enunciata diversità di funzione della PMA rispetto all'adozione non è vera fino in fondo: lo stesso legislatore del 2004 ci dice che alla coppia intenzionata a ricorrere alla PMA deve essere prospettata la possibilità delle procedure di adozione o di affidamento come alternative alla procreazione medicalmente assistita[33]. C'è di più: la Corte è costretta a discostarsi da quanto aveva affermato nel 2014, quando aveva accostato la PMA eterologa all'adozione ritenendo che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata

---

[30] Cfr. cons. dir. p.to 13.2.

[31] Cons. dir. p.to 13.2.

[32] Cfr. cons. dir. p.to 13.2, ove la Corte costituzionale richiama la sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, della prima sezione della Corte di cassazione.

[33] Cfr. art. 6, co. 1, l. n. 40/2004.

dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra le regolamentazione dell'istituto dell'adozione»[34].

Sicuramente i complessi valori costituzionali da comporre devono essere distinti e diversamente bilanciati a seconda che si sia nella fase della procreazione o in quella successiva alla nascita: nondimeno, a livello dottrinale[35] e giurisprudenziale, si sta affermando una nuova ricostruzione che riconosce rilevanza alle nuove forme di genitorialità, sia etero che omosessuali, e che, anche ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis*, dà rilievo al consenso quale espressione dell'autoresponsabilità genitoriale, sulla quale non può incidere l'orientamento sessuale. Per di più, la responsabilità genitoriale non può essere riferita solo alla fase successiva alla nascita del bambino, ma se ne deve parlare fin dalla progettazione della procreazione e, nel caso di coppie omosessuali femminili, tale responsabilità acquisisce significato nel momento in cui le due *partners* acconsentono all'inseminazione artificiale.

Il restante esame delle questioni proposte con riferimento agli altri parametri costituzionali avviene in maniera molto sbrigativa.

In particolare, la Corte ritiene che non vi sia una violazione dell'art. 31, co. 2, Cost., perché «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»[36]. La distinzione fra le due condizioni non sembra però così netta, non fosse altro perché la previsione costituzionale richiamata stabilisce altresì che la Repubblica deve proteggere la maternità «favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Né è ravvisata la violazione dell'art. 32, co. 1, Cost. sollevata per il fatto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio *partner* dello stesso sesso sarebbe suscettibile di incidere negativamente, anche in modo rilevante, sulla salute psicofisica della coppia. Infatti, la Corte ritiene, in questa occasione, che la tutela costituzionale della salute non possa essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva che una coppia (o un individuo)

---

[34] Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 6.

[35] V. G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il Foro Italiano*, 6/2019, I, p. 2003 ss. Con riferimento al differente tema della maternità surrogata, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*. 1/2017, p. 183 ss. (spec. p. 193 e 219 ss.), ritiene che la gravidanza per altri dovrebbe essere concepita «nei termini di una scelta consapevole di progetto riproduttivo finalizzato non a proseguire la propria maternità genitoriale in sequenza con la maternità biologica-gravidanza, bensì alla genitorialità di altri, individuati specificamente ed il cui progetto genitoriale è, dall'origine, riferimento per il progetto riproduttivo».

[36] Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 15.

reputi essenziale: così, è costretta a precisare che la contraria affermazione, contenuta nella pronuncia del 2014, è calibrata sulla specifica fattispecie, ossia su una coppia eterosessuale alla quale era stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili[37]. La Corte non chiarisce, però, il motivo per il quale la salute della coppia eterosessuale sia degna di tutela e non anche quella delle coppie omosessuali. Appare evidente che l'unico distinguo è il diverso orientamento sessuale.

La Corte aggiunge, altresì, che la violazione dell'art. 32 Cost. non è ipotizzabile neppure per quei casi in cui le due *partners* di una coppia omosessuale femminile abbiano entrambe patologie che impediscono la produzione di ovociti o la gestazione. Infatti, secondo i giudici costituzionali, vi sarebbe un vizio di prospettiva giacché l'esistenza di patologie riproduttive è un dato significativo nell'ambito della coppia eterosessuale perché fa venir meno la normale fertilità di tale coppia, mentre è un aspetto irrilevante nell'ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe comunque affetta dalla già ricordata infertilità fisiologica[38]. In altri termini, una donna che non sia fertile per cause legate a una qualche patologia avrà la speranza di vivere l'esperienza della maternità se di orientamento eterosessuale perché, con il proprio *partner* maschile, potrà ricorrere alla PMA; diversamente, se lesbica, non potrà diventare madre, non già per la sua infertilità patologica, ma per quella "fisiologica".

La Corte rigetta anche la prospettata disparità di trattamento legata alle diverse capacità economiche delle coppie: ossia, il fatto che l'aspirazione alla genitorialità possa essere realizzata da quelle sole che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi alla PMA in uno dei Paesi esteri dove è consentito. Al contrario, la medesima questione era stata accolta, per le coppie eterosessuali, nella sentenza n. 162 del 2014[39]. Anche in questo caso la Corte è perentoria perché si limita ad affermare che, in «assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione»: le differenze normative con altri ordinamenti non possono essere considerate, altrimenti «la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»[40].

---

[37] Cfr. cons. dir. p.to 16.

[38] Cfr. cons. dir. p.to 17.

[39] Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 13.

[40] Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 14. In maniera critica si esprime L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile.*

Infine, in maniera altrettanto risoluta, nega la violazione dell'art. 11 Cost. poiché dalle convenzioni internazionali richiamate, soprattutto da uno dei giudici *a quibus*, non derivano limitazioni di sovranità nei confronti dello Stato italiano[41]. Altrettanto infondata è la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. con riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU, relativamente al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, perché la giurisprudenza della Corte EDU è costante nel riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati, vista l'assenza di un generale consenso a livello europeo, nel disciplinare le modalità di tutela delle coppie omosessuali – che non deve necessariamente avvenire attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio – e nell'escluderle dall'accesso alla PMA, data la non equiparabilità della loro situazione con quella delle coppie eterosessuali[42].

3.3 Dell'attribuzione dello status filiationis

La pronuncia in commento tocca di riflesso un altro aspetto: quello dell'attribuzione dello *status filiationis*.

Occorre soffermare l'attenzione su un passaggio già richiamato: cioè, quando la Corte, riferendosi a una pronuncia della Cassazione del 2016[43], ricorda come sia stato ammesso che un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito della tecnica di procreazione assistita nota come Reception of Oocytes from Partner (ROPA), possa essere trascritto nel registro dello stato civile poiché non sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico interno.

La Corte costituzionale non prende le distanze da questa soluzione prospettata dal giudice di legittimità: soluzione alla quale si è pervenuti perché in questo esempio di PMA, per un verso, viene rispettato il principio *mater semper certa est* e, per un altro verso, vi è il riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti dell'altra componente della coppia che ha contribuito con la donazione dell'ovocita alla procreazione e che ha, perciò, un legame biologico col bambino. La soluzione appare in linea anche con la giurisprudenza della Corte EDU: quest'ultima ritiene che l'esistenza di un legame biologico con il minore rappresenti il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile

---

Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, p. 1 ss.

[41] Cfr. cons. dir. p.to 18.

[42] Cfr. cons. dir. p.to 19.2.

[43] Cfr. Corte cass., sez. I, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599.

allo *status filiationis*[44]. In questo senso è anche il recente parere[45] – reso sulla base del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU –, mediante il quale la Corte EDU ha ritenuto che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente. Agli Stati non è imposta la trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero nel registro dello stato civile: perciò, possono contemplare anche altre soluzioni (come l'adozione in casi particolari) purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e di apprezzare il migliore interesse del minore il cui *status* non deve rimanere in una situazione di incertezza. La Corte EDU ha però colto l'occasione per precisare altresì che, sebbene non fosse l'ipotesi del caso di specie, il riconoscimento dello *status* di filiazione appare ancor più necessario nel caso in cui nella procedura di surrogazione (e, mi pare, a maggior ragione in caso di PMA senza gestazione per altri) sia stato utilizzato il materiale biologico della madre di intenzione.

Sotto questo profilo, la pronuncia in commento può rappresentare un passo in avanti importante, teso a tutelare i *best interests of child*. In dottrina[46], vi è chi ritiene che l'aver sottolineato l'assenza di contrasti con l'ordine pubblico interno, anziché con quello internazionale, lascerebbe intendere che, secondo la Corte costituzionale, la doppia maternità (una naturale e l'altra biologica) possa essere registrata all'atto della nascita anche quando il bambino abbia visto la luce in Italia.

Tuttavia, una successiva pronuncia della Corte costituzionale pone nuovi elementi di incertezza. Il riferimento è alla sentenza n. 237 del 2019: in questo caso, la questione sollevata ha all'origine il rifiuto di un ufficiale di stato civile a ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne che erano ricorse alla PMA eterologa all'estero. Il bambino era nato in Italia, ma vantava anche la nazionalità statunitense, acquisita dalla madre gestazionale. Le due donne avevano contratto matrimonio nel Winsconsin secondo la legge di quello Stato che consente il matrimonio fra persone del medesimo sesso e le riconosce come genitrici in caso di figli. In particolare, la questione proposta concerne la norma che

---

[44] Cfr. Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassée c. Francia*; Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Queste pronunce si occupano della surrogazione di maternità, ma il ragionamento è riferibile anche alla PMA (senza gestazione per altri).

[45] Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

[46] Cfr. F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale*, cit., spec. p. 26 ss.

non consentirebbe di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciuti come genitori di un minore, con cittadinanza straniera, due persone dello stesso sesso.

La questione è stata giudicata inammissibile – dandone peraltro tempestiva notizia con un comunicato stampa[47] – per alcuni difetti nella motivazione dell'ordinanza di rimessione, dovuti alla mancanza di chiarezza nell'individuazione della disposizione contestata e al fatto che non è stato dato conto della sua affermata natura di norma di applicazione necessaria.

Nondimeno, la Corte, nell'esaminare le eccezioni di inammissibilità proposte dalle ricorrenti e ostative all'esame del merito della questione, ritiene che resista a censura l'affermazione assunta dal giudice *a quo*, secondo la quale, nel nostro ordinamento, è escluso che due persone dello stesso sesso possano essere genitori di un figlio. Il Giudice costituzionale precisa che è sicuramente vero che la genitorialità del nato a seguito di PMA è legata anche al consenso prestato e alla responsabilità accettata dai componenti della coppia che ha deciso di accedere a questa tecnica procreativa. Ciò è desumibile dall'art. 8, l. n. 40/2004, che riconosce ai nati in seguito a PMA il medesimo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha seguito il percorso di fecondazione medicalmente assistita, nonché dal successivo art. 9 che, con riferimento alla fecondazione di tipo eterologo, stabilisce che il coniuge o il convivente della madre naturale, pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità[48].

La disciplina richiamata, secondo la Corte, presuppone però che le coppie coinvolte nel progetto di genitorialità siano di sesso diverso: difatti, l'art. 5, l. n. 40/2004, esclude l'accesso alle predette tecniche procreative alle coppie *same sex*. La Corte richiama, così, la pronuncia n. 221/2019 nella parte in cui ha affermato che l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, nonché la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale una legge nazionale che riservi il ricorso alla PMA alle coppie eterosessuali, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento verso le coppie omosessuali proprio perché la situazione di queste ultime non è paragonabile a quella delle prime. Dunque, la scelta compiuta non avrebbe ecceduto il margine di discrezionalità del legislatore, pur potendo mutare

---

[47] Comunicato stampa del 21 ottobre 2019: cfr. G. CASABURI, *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, p. 54 ss.

[48] Cfr. Corte cost., sent. n. 237/2019, cons. dir. p.to 3.1.1.

orientamento in futuro in base all'evolversi dell'apprezzamento sociale. Né a conclusioni differenti si potrebbe pervenire facendo riferimento alla l. n. 76/2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) perché, pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso, non consente la filiazione, né adottiva né per fecondazione assistita.

Questa pronuncia, ancorché di inammissibilità, è significativa perché riscontra l'esistenza di una preclusione nel nostro ordinamento ad attribuire la doppia maternità ad un bambino nato in Italia, indipendentemente, sembrerebbe, dal fatto che la PMA alla quale sia ricorsa la coppia omosessuale femminile sia di tipo omologo oppure eterologo: il che fa pensare che, secondo la Corte costituzionale, non vi sarebbe spazio per un'interpretazione costituzionalmente orientata[49] e sia perciò necessario l'intervento della stessa in caso di persistente inerzia del legislatore.

Perciò, allo stato attuale e alla luce delle considerazioni della Corte costituzionale, vi è una disparità di trattamento fra i minori figli di coppie omosessuali femminili che siano ricorse alla PMA omologa: se nati all'estero, potranno ottenere il pieno riconoscimento attraverso la trascrizione dell'atto straniero; se nati in Italia, invece, non vi sarebbe la possibilità di attribuire la doppia maternità e, quindi, l'unica soluzione sembrerebbe l'adozione in casi particolari nonostante il legame biologico della madre di intenzione col minore, con tutte le conseguenze che ne discendono. Difatti, è necessario svolgere un'attenta riflessione per verificare se l'adozione in casi particolari sia in grado di tutelare l'interesse del minore in maniera adeguata sia per i tempi di attesa sia per il fatto che questo tipo di adozione non è, appunto, pienamente legittimante e, ad esempio, non comporta legami con la famiglia dell'adottante. Dubbi sull'adeguatezza dell'adozione in casi particolari nascono, in caso di PMA omologa, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi richiamata e, in ogni caso, in ragione di quanto precisato dalla stessa nel parere già ricordato, ove ha rimarcato che quando è in gioco il diritto all'identità del nato, da realizzarsi attraverso il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di intenzione, gli Stati hanno un ristretto margine di apprezzamento nella scelta dei mezzi diversi dalla trascrizione, come l'adozione da parte della madre di intenzione: invero, l'adozione è «*acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant*»[50].

---

[49] Talvolta, l'amministrazione e la giurisprudenza hanno però concluso e deciso diversamente: v. *infra*.

[50] Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001 (§ 55).

Inoltre, bisogna verificare anche la reazione della giurisprudenza comune che spesso ha mostrato una maggiore apertura e, soprattutto, ha prospettato una nuova e diversa ricostruzione in forza della quale, accanto alla genitorialità biologica da procreazione naturale e a quella legale in seguito ad adozione, vi è quella da PMA che può anche prescindere dal legame genetico. La peculiarità di questa diversa forma di genitorialità – che, al di fuori di qualsiasi legame genetico, trova dei limiti, ad esempio, nel divieto penale di maternità surrogata – consiste nel fatto che è fondata sulla consapevole assunzione della responsabilità genitoriale e, dunque, sul consenso[51].

Proprio sulla base di questa ricostruzione, la Corte d'Appello di Perugia[52] ha disposto la rettifica dell'atto di nascita della bambina, nata in Italia da PMA eterologa praticata all'estero, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa da due donne, consentendo il riconoscimento da parte della *partner* della madre biologica, pur in assenza di un legame biologico-genetico, con conseguente attribuzione del cognome di entrambe le donne giacché l'inseminazione artificiale era stata concordata dalla coppia nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa. Difatti, l'«attribuzione del cognome anche del genitore intenzionale realizza il diritto del figlio all'identità personale – che ha copertura costituzionale assoluta e che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro – e il paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale»[53].

La necessità di salvaguardare il diritto all'identità personale, strettamente collegato alla genitorialità intenzionale, fa sì che il minore abbia – prima ancora del diritto ad essere cresciuto ed educato in quell'ambito familiare e di godere della protezione normativa offerta (peraltro in modo parziale) dalle norme sull'adozione – «un fondamentale diritto di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, anche se esso sia stato realizzato in violazione di norme ordinarie interne» che, però, non sono di ordine pubblico perché non sono espressione di valori costituzionali superiori e inderogabili[54].

In assenza di interventi da parte del legislatore, volti a disciplinare le conseguenze sullo *status filiationis* in seguito alla violazione del divieto per le coppie omosessuali femminili di accesso alla PMA, è perciò verosimile che, col tempo, la

---

[51] Cfr. G. CASABURI, *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, cit.

[52] Cfr. Corte App. Perugia, decreto 18 novembre 2019: quest'ultimo è successivo alla sentenza n. 221/2019 della Corte costituzionale – fra l'altro, richiamata nello stesso – ma è sostanzialmente contestuale alla sentenza n. 237/2019 poiché successivo di soli tre giorni.

[53] § 11.

[54] Cfr. § 9.

Corte debba nuovamente intervenire per superare le incertezze e le diversità di soluzioni che caratterizzano questo momento. In questa evenienza, sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale, nel decidere, valutasse se la negazione della possibilità di indicare la doppia genitorialità nell'atto di nascita determini «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile» ai danni del minore, quale conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti, in violazione del diritto a uno *status filiationis* e al principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di discriminazioni legislative basate su condizioni personali e sociali[55].

4. Alcune riflessioni per concludere.

In più occasioni, la Corte costituzionale ricorda che spetta al legislatore il compito di bilanciare plurimi valori costituzionali, a maggior ragione quando le questioni abbiano un elevato contenuto etico. L'intera ricostruzione è basata sulla sintesi di principi e valori costituzionali compiuta dal legislatore del 2004, non volendo considerare o, comunque, mettere in evidenza che l'attuale assetto normativo è il frutto non solo della ricostruzione dello stesso Giudice costituzionale ma anche dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità e di merito. Anzi, proprio quest'ultima si è spinta ben oltre – basti pensare a tutte le pronunce in tema di *status* filiazione – andando a colmare i vuoti normativi lasciati dai divieti posti nella legge n. 40/2004.

L'anima conservatrice della sentenza sembra possa essere riferita al fatto che, come già accennato, la Corte vuole scoraggiare la rimessione di nuove questioni, a maggior ragione se rivolte alla rimozione della pratica della surrogazione di maternità: non vuole creare brecce che possano condurre all'introduzione di questa diversa tecnica procreativa, il cui divieto è garantito, al momento, da sanzioni penali. In questa prospettiva, ma non solo, il continuo richiamo alla discrezionalità del legislatore e al fatto che a questo spetta il compito di contestualizzare il

---

[55] Così si era espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 494/2002 (cons. dir. p.to 5) nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, co. 1, c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato dall'art. 251, co. 1, del codice civile. Il legislatore ha poi recepito le conclusioni della Corte con la l. n. 219/2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*) e il successivo d.lgs. n. 154/2013 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*). In merito, si vedano le considerazioni di B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197 ss.

bilanciamento degli interessi in gioco alla luce dell'evoluzione socio-culturale sembra voler avvertire che, per mezzo della Corte, non sarà possibile scalfire, ulteriormente, l'impianto della l. n. 40/2004.

Nella sentenza n. 221/2019, in più occasioni vi è anche il richiamo al fatto che il legislatore nel bilanciamento dei valori costituzionali in conflitto deve tener conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, in quel momento, nella coscienza e cultura sociale, con possibilità di mutare disciplina in ragione dell'evolversi dell'apprezzamento sociale del fenomeno in questione. Inoltre, la disciplina posta nel 2004 avrebbe proprio tenuto conto del grado di accettazione del fenomeno dell'omogenitorialità nell'ambito della comunità sociale e degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale e la Corte giudica non irragionevoli le soluzioni prospettate alla luce degli apprezzamenti nella comunità sociale.

Sono possibili alcune osservazioni. Anzitutto, principi, valori e istituti devono essere apprezzati alla luce dei cambiamenti e delle trasformazioni sociali, tuttavia la Corte fa riferimento agli orientamenti diffusi nel tessuto sociale quando le previsioni costituzionali e la disciplina legislativa sono state introdotte e non sembra riferirsi all'odierno contesto. In particolare, occorre tener conto anche del numero crescente di questioni portate all'attenzione dei giudici di merito e di legittimità nonché del fatto che, in molti Comuni, oramai si è affermata la prassi di procedere all'indicazione delle doppia genitorialità di due madri indipendentemente dal fatto che il bambino sia nato all'estero oppure in Italia.

La resistenza della Corte costituzionale rischia di non offrire, in questo momento, un'adeguata tutela ai diritti e valori in gioco[56].

Si tratta di vedere, però, quanto possa resistere la Corte costituzionale a fronte dell'attuale vuoto normativo anche perché, sebbene sia vero che gli interessi da valutare sono differenti a seconda che ci si riferisca alla fase dell'accesso alla PMA, quando il bambino non è stato ancora concepito, o a quella dopo la nascita, tuttavia questa distinzione non costituisce un deterrente al ricorso alla PMA all'estero. L'unica preclusione è per coloro che non hanno le necessarie risorse per questo

---

[56] Cfr. A. PURICELLA, *'Figli di due madri', ma il Comune di Taranto non si pronuncia da un anno e mezzo: "Così la nostra è famiglia sospesa"*, in *https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/_figli_di_due_madri_il_...la _nostra_famiglia_e_in_sospeso_-252704446/?ref=RHRS-BH-I0-C6-P10-S1.6-T1?*, consultato il 30 marzo 2019. In particolare, nell'articolo viene evidenziato come i tempi di attesa nella definizione del legame con la madre di intenzione priva di legami biologici col bambino, a maggior ragione in alcune particolari situazioni, determinino un'incertezza che può avere serie ripercussioni sullo *status* e sul benessere del minore.

percorso e, in ogni caso, è un non volersi occupare di disciplinare pratiche vietate nel nostro Paese senza tener conto delle conseguenze per il minore, peraltro lasciate a molteplici possibili soluzioni in ragione della sensibilità degli ufficiali di stato civile[57] o della giurisprudenza, con conseguenti gravi disparità di trattamento sul territorio.

In particolare, per quanto concerne la giurisprudenza, la Corte di cassazione sembra orientata a consentire l'attribuzione della doppia maternità quando il bambino, nato all'estero, sia legato biologicamente alla madre di intenzione che però non ha portato a termine la gestazione mentre, in caso di nascita in Italia, vi sono differenze di indirizzo perché una parte della giurisprudenza – soprattutto di merito – autorizza l'indicazione della doppia maternità anche quando una componente della coppia non abbia alcun legame biologico col bambino.

Basti pensare a quanto affermato dal Tribunale di Pistoia, secondo il quale, poiché il sistema normativo deve essere letto alla luce del principio di tutela del superiore interesse del minore, occorre garantire sempre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, l. n. 40/2004, che porta ad affermare che i bambini nati in Italia, in seguito a tecniche di PMA eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il *partner* e di realizzazione di una famiglia anche quando il bambino non abbia alcun legame genetico con una componente della coppia. Diversamente, «significherebbe accettare situazioni discriminatorie tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della PMA di tipo eterologo, rendendo illegittimo elemento di discrimine il contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato, amato»[58].

Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Bologna in un caso analogo, ritenendo che negare al figlio «il diritto al riconoscimento da parte di entrambe le

---

[57] Cfr. Corte App. Napoli, sez. minori, sentenza 4 luglio 2018, nella quale si osserva, appunto, che non pochi ufficiali di stato civile provvedono direttamente a formare atti di nascita indicanti una genitorialità omosessuale in tutta una serie di casi in cui il bambino è stato programmato nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa e concepito attraverso la PMA eterologa in caso di coppie femminili o, addirittura, anche di maternità surrogata, per quanto illecita nel nostro Paese, nell'ipotesi di coppie maschili.

[58] Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, § 5.10. Nello stesso senso sono Trib. Milano, sez. VIII, ordinanza 24 ottobre 2018 (in questo caso, la figlia era nata all'estero) e Trib. Genova, sez. IV, decreto 8 novembre 2018 (in questo caso, la figlia era nata in Italia).

madri violerebbe il suo diritto a una piena bigenitorialità (non solo di fatto, ma anche di diritto) in base al sesso e all'orientamento sessuale delle sue genitrici»[59].

Tuttavia, non mancano casi in cui è stata adottata una ricostruzione contraria: basti pensare a una recente pronuncia del Tribunale di Agrigento[60], con la quale è stato affermato che l'atto di nascita di una minore nata in Italia ricorrendo alla PMA eterologa praticata all'estero, indicante come "padre" la compagna della madre biologica, la quale è a sua volta definita come "madre", non può essere rettificato sostituendo le espressioni maternità e paternità col generico riferimento al "genitore 1" e al "genitore 2" poiché, da un lato, il rapporto genitoriale è imperniato sulla diversità di genere dei genitori e, dall'altro lato, gli atti di stato civile sono tipici, con contenuto normativamente vincolato e frutto di una ponderazione equilibrata degli interessi in gioco. In ogni caso, ritiene ancora il Tribunale di Agrigento, si tratterebbe di opera di creazione legislativa che eccederebbe i poteri del giudice ordinario, sconfinando nell'ambito di esclusiva discrezionalità del legislatore.

Infine, occorre sottolineare che la Corte costituzionale richiama più volte l'apprezzamento sociale: sembra quasi che operi un bilanciamento con il grado di accettazione del fenomeno della omogenitorialità nella comunità sociale[61], senza prendere in considerazione, invece, i risultati di studi scientifici[62], oramai molteplici e diffusi, che sono andati a verificare proprio se i genitori *same sex* sono in grado di garantire le migliori condizioni di partenza per i figli. I dati raccolti e resi pubblici dimostrano che i figli delle coppie omosessuali hanno un livello di benessere pari (se non superiore) a quello di coetanei nati con la PMA da genitori eterosessuali[63], mentre non esiste alcuna prova scientifica che l'essere dei buoni genitori sia connesso all'orientamento sessuale dei genitori medesimi.

---

[59] Trib. Bologna, decreto 6 luglio 2018, § 2G.

[60] Cfr. Trib. Agrigento, decreto 15 maggio 2019.

[61] Dalla lettura della sentenza, talvolta, vi è la sensazione che la Corte costituzionale non consideri i mutamenti e l'accettazione sociale di alcuni fenomeni per come influiscono sui valori e principi costituzionali da bilanciare, ma li valuti direttamente come termini del bilanciamento.

[62] Cfr. S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020.

[63] V. S. GOLOMBOK, *Modern families: parents and children in new family forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, e V. LINGIARDI, N. CARONE, *La tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri. Alcune riflessioni sulle sfide per la ricerca con le famiglie omogenitoriali*, in M. EVERRI (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri. Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Mimesis, Milano, 2016, p. 161 ss.

Sotto questo profilo, la responsabilità genitoriale delle coppie omosessuali femminili[64] è la stessa responsabilità che assume la coppia eterosessuale in caso di procreazione medicalmente assistita, ma anche in caso di procreazione naturale. In altri termini, non è l'orientamento sessuale dei genitori o il genere a garantire le buone condizioni di sviluppo dei figli, «quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo. Se qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto»[65]. Perciò, occorrerebbe comprendere che «l'omosessualità non è una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata»[66].

---

[64] La considerazione viene riferita alle sole coppie omossessuali femminili perché, nell'economia di questo contributo, non è possibile trattare degli ulteriori valori costituzionali di cui tener conto quando si discuta della surrogazione di maternità.

[65] F. TANI, *Famiglie omoparentali: perché no?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, p. 175 ss. (spec. p. 179).

[66] L. FRUGGERI, *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in A. GIGLI (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?*, Guerini Editore, Milano, 2011, p. 66 ss. (spec. p.76).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del "magnetismo securitario" (a partire da Corte cost. n. 285 del 2019)*

GIANLUCA FAMIGLIETTI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 23 dicembre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0285s-19.html.

Sommario

1. Le disposizioni regionali impugnate. – 2. La norma assolta "in punto di grammatica". – 3. La Corte ribadisce le "regole d'ingaggio" su sicurezza e ordine pubblico. – 4. Sulle forme di collaborazione in materia di sicurezza e ordine pubblico: la "sicurezza integrata" ed il "mantra securitario". – 5. Le altre censure respinte. – 6. Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del "magnetismo securitario".

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2020

Suggerimento di citazione
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. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: gianluca.famiglietti@unipi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Le disposizioni regionali impugnate

Con la sentenza n. 285 del 2019 la Corte costituzionale risolve diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate rispetto alla l.reg. Basilicata n. 45/2018 (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità e per la promozione della cultura della legalità e di un sistema integrato di sicurezza nell'ambito del territorio regionale*).

Le censure mosse dal Governo alla disciplina regionale sono ascrivibili a due ambiti: a quello della irragionevole disparità di trattamento è riconducibile la doglianza relativa all'art. 3, c. 1, lett. *d)*, l.reg. che, disponendo che la Regione possa stipulare, allo scopo di contrastare i fenomeni d'illegalità e criminalità comune e organizzata, accordi e intese con «enti e associazioni afferenti al terzo settore *ovvero*[2] a quelli iscritti nei registri regionali del volontariato e dell'associazionismo di cui alla legge regionale n. 1/2000», violerebbe l'art. 3 Cost., in quanto risulterebbe discriminatoria rispetto a quelle associazioni che, pur operanti sul territorio regionale, sono iscritte, ai sensi degli artt. 7 e 8, l. n. 383/2000 (*Disciplina delle associazioni di promozione sociale*) nel registro nazionale e non in quello regionale; ma la dimensione maggiormente assorbente spetta senza dubbio al parametro del riparto competenziale, segnatamente a quello dell'art. 117, c. 2, lett. *h)*, Cost., che è valso a raggruppare le censure sull'art. 1, c. 1, l.reg. che, nell'enunciare le finalità dell'intervento legislativo[3], toccherebbe settori attinenti alla politica criminale, afferente alla materia «ordine pubblico e sicurezza», di esclusiva competenza statale, sull'art. 2, c. 3, lett. *a)*, ancora sull'art. 3, c. 1, lett. *d)*, e sull'art. 6, c. 1, l.reg.[4], in quanto le

---

[2] Corsivo aggiunto proprio per evidenziare la congiunzione su cui a breve si tornerà.

[3] Stabilendo che la Regione, «nel rispetto delle competenze stabilite dall'articolo 117 della Costituzione, considerando la sicurezza quale bene comune essenziale per uno sviluppo ordinato e durevole della convivenza civile della comunità regionale, concorre allo sviluppo della stessa attraverso interventi nei settori della prevenzione e della lotta contro la criminalità comune e organizzata, anche attraverso iniziative di sostegno alle vittime della criminalità e di sensibilizzazione della società civile e delle istituzioni pubbliche, assumendo direttamente iniziative e concedendo finanziamenti per la realizzazione di interventi volti a favorire un sistema integrato di sicurezza in ambito regionale. La Regione promuove altresì interventi finalizzati al contrasto del fenomeno delle truffe ai danni della popolazione anziana».

[4] Prevedendo, per il contrasto della illegalità e della criminalità comune ed organizzata, la promozione di «attività (…) volt[e] ad accrescere i livelli di sicurezza, a contrastare l'illegalità e a favorire l'integrazione nonché il reinserimento sociale» (art. 2, c. 3, lett. *a)*), «intese e accordi di collaborazione istituzionale con organi dello Stato e con altri enti ed associazioni» (art. 3, c. 1, lett. *d)*), nonché politiche di contrasto agli abusi fisici e psicologici

previsioni risulterebbero generiche, riguardando, almeno potenzialmente, misure di politica criminale di competenza statale, dovendo riguardare solo attività attinenti alla sicurezza integrata, e non già misure di contrasto della illegalità e della criminalità comune ed organizzata, sull'art. 5, cc. 1 e 2[5], l.reg., perché interverrebbe sulla formazione delle forze dell'ordine, il cui addestramento, trattandosi di corpi di appartenenza statale, sarebbe di esclusiva spettanza dello Stato, sull'art. 8, c. 1, lett. *c)*[6], l.reg., posto che il controllo del territorio sarebbe espressione delle funzioni di pubblica sicurezza, con conseguente partecipazione della polizia locale a tale funzione solo nell'ambito dei piani coordinati redatti in conformità alle direttive impartite dal Ministro dell'Interno, limitatamente al territorio urbano in vista dell'incremento dei livelli di sicurezza nelle città, infine sull'art. 7 l.reg.[7], perché interverrebbe sia sulla potestà statale esclusiva in materia di «ordine pubblico e sicurezza», poiché simile previsione coinvolgerebbe valutazioni politiche in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità, incidendo sulla "percezione" che i consociati hanno circa l'atteggiamento delle istituzioni, che figurerebbe favorevolmente atteggiata rispetto ad un'ipotesi cui l'ordinamento continua ad

---

a tutela di soggetti deboli, «quali bambini, anziani, diversamente abili sia fisici che psichiatrici, ospiti presso strutture sia pubbliche che private» (art. 6, c. 1).

[5] Nel disporre che «[l]a Regione promuove iniziative formative, informative e culturali, nonché interventi di assistenza di tipo materiale e di assistenza psicologica, utili a prevenire e a contrastare i reati che colpiscono la popolazione anziana, con particolare riferimento ai delitti contro il patrimonio mediante frode di cui al codice penale», «anche in collaborazione con le forze dell'ordine, a seguito di apposita stipula d'intesa (...)».

[6] Nella parte in cui introduce l'art. 29*bis*, c. 1, lett. *c)*, l.reg. Basilicata n. 41/2009 (*Polizia locale e politiche di sicurezza urbana*), stabilendo che, «[a]l fine di assicurare un adeguato controllo del territorio mediante un più efficiente svolgimento delle funzioni di polizia locale», la Regione promuove, previa intesa con gli enti locali interessati, interventi diretti (…) al potenziamento delle attività di vigilanza nelle aree più soggette a rischio di esposizione ad attività criminose».

[7] Nel prevedere «interventi di assistenza e di aiuto ai familiari degli esercenti un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, nonché degli altri soggetti deceduti, vittime della criminalità», mediante assistenza legale e contributi utili ad affrontare emergenze economiche causate dal decesso» e, in base al secondo comma, il patrocinio a spese della Regione nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa, con contestuale affidamento alla Giunta regionale della definizione dei criteri e delle modalità per l'accesso al patrocinio.

Nonostante sia stato formalmente impugnato l'*intero* art. 7, le censure del Governo sono rivolte al *solo* comma 2 della disposizione.

attribuire un disvalore, come il commesso reato, sia sulla potestà statale esclusiva in materia di «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa» (art. 117, c. 2, lett. *l)*, Cost.), poiché, a prescindere dal merito della scelta, differenzierebbe il sostegno economico alla garanzia della difesa tecnica sul territorio nazionale, introducendo benefici di matrice regionale che creano trattamenti territoriali diversi in merito alle condizioni di esercizio di un diritto fondamentale del cittadino.

2. La norma assolta "in punto di grammatica"

Fedele al suo stesso insegnamento in virtù del quale essa giudica su norme ma pronuncia su disposizioni[8], con la tecnica ampiamente sperimentata del rigetto interpretativo la Corte assolve, «nei sensi di cui in motivazione»[9], l'art. 3, c. 1, lett. *d)*, l.reg. dall'invocata censura di incostituzionalità per contrasto con l'art. 3 Cost., ravvisando come la norma censurata si riferisca, per un verso, alle associazioni di volontariato regionale, disciplinate dalla relativa legge della Regione e, per altro verso, alle associazioni afferenti al "Terzo settore"; e questo perché, secondo la Corte, assumendo la congiunzione "ovvero", nel contesto normativo regionale, un valore disgiuntivo (di "oppure") e non meramente esplicativo (di "ossia"), la disposizione impugnata non può non riferirsi *anche* alle associazioni iscritte al registro nazionale di cui agli artt. 45 ss. del «Codice del Terzo settore» (d.lgs. n. 117/2017). La "lezione di semantica" ricorda il celebre precedente – oltre che "in punto di grammatica" anche sulla materia di cui oltre si discorrerà lungamente – di Corte cost. n. 226/2010, relativo alla questione delle c.d. "ronde", vale a dire – lo si ricorderà – la possibilità da parte dei Sindaci, previa intesa con il Prefetto, di avvalersi della collaborazione di cittadini volontari, non armati, al fine di segnalare alle forze di polizia eventi che potessero recare danno alla sicurezza urbana *ovvero* situazioni di disagio sociale[10]. Ebbene, nel non riuscire a dare in quell'occasione

---

[8] Cfr. Corte cost. n. 84/1996.

[9] Come è ampiamente noto, la Corte giunge sì ad una dichiarazione di infondatezza, ma fornisce allo stesso tempo una interpretazione della disposizione impugnata idonea a salvarla dall'incostituzionalità; in altri termini, la questione può essere ritenuta infondata a condizione che della disposizione sia data l'interpretazione individuata dalla Corte nella sua decisione.

[10] La questione nasceva dai ricorsi proposti da tre Regioni (Toscana, Emilia-Romagna ed Umbria) che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa costituzionalmente garantita da parte delle disposizioni del "pacchetto sicurezza" del 2009 (l. n. 94) che aprivano per i Comuni alla possibilità di avvalersi della collaborazione di associazioni di privati per il controllo del territorio; secondo le Regioni, le disposizioni della l. n. 94/2009, che autorizzavano e disciplinavano l'attività dei c.d. "volontari della sicurezza" (attuate

una lettura costituzionalmente conforme alla disposizione limitatamente alle parole «ovvero situazioni di disagio sociale», la Corte mosse da un'analisi letterale che, accanto alla valenza in sé del concetto («disagio sociale»), valorizzò – alla luce del canone del "legislatore non ridondante" – l'uso della congiunzione disgiuntiva «ovvero», che rendeva palese l'intento del legislatore di evocare situazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle sottese alla locuzione precedente («sicurezza urbana»).

Ciò testimonia ancora una volta come il *vero* oggetto del giudizio di legittimità costituzionale non sia la disposizione (cioè il significante), bensì la norma, cioè il significato desumile dal testo normativo attraverso l'attività interpretativa.

In merito al potere della Corte di stabilire l'ordine delle questioni da trattare, eventualmente dichiarando assorbite le altre (cfr. Corte cost. n. 98/2013), secondo Corte cost. n. 148/2018, per economia di giudizio, ad essere esaminata è anzitutto l'eccepita violazione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regione, in quanto pregiudiziale sotto il profilo logico-giuridico rispetto a quelle che investono il contenuto della scelta operata con la norma regionale, riferite a parametri non compresi nel Titolo V della Parte II della Costituzione (cfr. Corte cost. n. 81/2017)[11]; pertanto, l'autonomia (rispetto alle invocate lesioni del riparto competenziale) della censura sollevata dal Governo sull'art. 3 c. 1, lett. *d)*, l.reg. ne avrebbe potuto relegare l'esame dopo quello dei lamentati vizi di competenza, ma probabilmente il parziale nesso con gli argomenti posti a base dell'infondatezza relativa alla censura (competenziale) trattata secondo l'ordine stabilito (in merito agli artt. 2, c. 2, lettera *a)*, 3, c. 1, lettera *d)*, e 6, c. 1, l.reg.) ne ha suggerito l'esame anticipato "incastonandola" tra le questioni *ex* art. 117 Cost. A giudizio della Corte[12], infatti, il riferimento normativo regionale ad «intese e accordi di collaborazione istituzionale con gli organi dello Stato […] nonché con enti e associazioni» è privo di portata lesiva: come sostenuto rispetto ai tre lamentati vizi competenziali testé richiamati[13], non è sufficiente, infatti, il vago richiamo ai «fenomeni d'illegalità» e di «criminalità comune e organizzata» per generare quelle «interferenze, anche potenziali», con la disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati, alle quali la giurisprudenza costituzionale ricollega l'invasione della competenza legislativa statale di cui all'art. 117, c. 2, lettera *h)*, Cost. (cfr. Corte cost. nn. n. 35/2012 e 208/2018).

---

tramite d.m. 8 agosto 2009, a sua volta oggetto di un conflitto di attribuzioni deciso da Corte cost. n. 274/2010), avrebbero esorbitato dai limiti prescritti dalla giurisprudenza costituzionale alla materia della «sicurezza», demandata alla legislazione esclusiva statale dall'art. 117, c. 2, lett. *h)*, Cost.

[11] Cfr. anche Corte cost. nn. 174 e 212/2017.

[12] Punto 5.1. *Considerato in diritto*.

[13] *Ibid.*

3. La Corte chiarisce (ancora una volta) le "regole d'ingaggio" su sicurezza e ordine pubblico

Uno dei "nodi gordiani" della giurisprudenza costituzionale è a più riprese risultato essere l'intrico concettuale generatosi tra "sicurezza" e "ordine pubblico", se è vero che già nella storica sent. n. 2/1956 la Corte aveva evitato di risolvere il problematico rapporto tra i due termini (anche perché allora l'"ordine pubblico" non trovava menzione nel testo costituzionale), limitandosi a declinare il significato di "sicurezza", anzitutto escludendone l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che l'avrebbe voluta relegata alla sola incolumità fisica, parendo al contrario conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" «il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'"ordinato vivere civile", che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

La definizione di "sicurezza pubblica" come «funzione inerente alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico» risale a Corte cost. n. 77/1987, costituendo un anno dopo (Corte cost. n. 218/1988) la base su cui la Corte opera la distinzione tra "polizia amministrativa" e "pubblica sicurezza", definendo rispettivamente la prima come l'insieme delle «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 [...], senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni o gli interessi tutelati in nome dell'ordine pubblico», potendo ricomprendersi la seconda nelle «misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico e [che], pertanto, si riferiscono alle attività tradizionalmente ricomprese nei concetti di polizia giudiziaria e di quella di pubblica sicurezza»[14].

E neppure il legislatore ha provato a suo tempo a superare l'endiadi, richiamando unitariamente le due nozioni all'art. 159, c. 2, d.lgs. n. 112/1998, all'ora di qualificare la competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza

---

[14] In senso analogo Corte cost. nn. 740/1988 e 162/1990. Nel 1995 la Corte, chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla differenza tra i compiti di polizia amministrativa e quelli di polizia di sicurezza, colse l'occasione per ritagliare con maggior precisione l'ambito della pubblica sicurezza rispetto alla polizia amministrativa, precisando come per pubblica sicurezza debba intendersi la funzione inerente al mantenimento dell'ordine pubblico, «cioè alla tutela dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali si regge la civile convivenza» (sent. n. 115).

pubblica, come quell'insieme di «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».

Manteneva ancora unite le due nozioni Corte cost. n. 290/2001 che giudicava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 163, c. 2, lett. *d)*, d.lgs. n. 112/1998, nella parte in cui prevedeva il trasferimento ai Comuni di funzioni e compiti amministrativi in tema di licenza di agenzie per onoranze funebri, in relazione all'art. 1 l. n. 59/1997, che aveva escluso dal trasferimento alle Regioni le funzioni ed i compiti riconducibili all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica, in riferimento all'art. 77, 1° comma, Cost.[15].

Osservava tempo addietro Balboni come, quando si pensa alle aree più controverse e allo stesso tempo più interessanti del riparto competenziale tra Stato e Regioni, si faccia di regola riferimento alle tre materie "maggiori": salute, istruzione e polizia[16]; e la sicurezza pubblica – insieme all'ordine pubblico[17] – si è

---

[15] Ad avviso del giudice rimettente la materia dell'autorizzazione per le agenzie per onoranze funebri sarebbe stata strettamente connessa ad aspetti riconducibili all'ordine pubblico ed alla sicurezza pubblica (evitare il fenomeno del c.d. sciacallaggio o che venissero occultati gravi reati), per cui non avrebbe potuto escludersi un intervento dell'autorità di pubblica sicurezza. La Corte costituzionale ha invece ritenuto che l'attività delle agenzie funebri dovesse essere inquadrata tra le agenzie di affari e che non sarebbe risultato agevole scorgere la ragione per cui solo queste ultime (e non anche gli esercizi commerciali) avrebbero dovuto essere espressione diretta dell'autorità di pubblica sicurezza o poste sotto la tutela di questa. Se ne deduceva pertanto che, anche con riguardo alle agenzie di affari, il principio ispiratore è stato quello di rimettere ogni valutazione agli organi che sono espressione diretta o indiretta della comunità locale, «sulla non irragionevole premessa che siano in primo luogo questi, per la loro maggiore vicinanza alle popolazioni amministrate, ad averne a cuore lo sviluppo economico, in applicazione del principio di sussidiarietà, la cui realizzazione costituisce uno dei principali obiettivi della legge di delegazione».

[16] E. BALBONI, *La sicurezza tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 112. Non a caso – nota l'A. – erano state le materie "protagoniste" del tentativo di revisione "devoluzionista" del 2005.

[17] Costituiscono in tema riferimenti "classici" A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, 111 ss., L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 130 ss., A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990; più di recente, tra i molti, si v. P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione,* in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, 483 ss., F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*,

caratterizzata per essere un'attribuzione esclusiva dello Stato, «legata alla sua primigenia vocazione alla salvaguardia dei beni essenziali e dei valori fondamentali che concorrono a definire l'identità dell'ordinamento complessivamente inteso»[18]; e peraltro, la definizione di ordine pubblico e sicurezza «nulla aggiunge alla tradizionale nozione […]», che «riserva allo Stato […] le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento». Non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, dunque, «ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile». 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» (così ancora Corte cost. n. 290/2001).

L'esigenza da ultimo indicata – ossia quella di evitare l'eccessivo ampliamento dei concetti – ha animato anche la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della riforma del 2001, nella quale l'interpretazione restrittiva della sicurezza ha operato sostanzialmente in una duplice direzione: da un lato in quelle decisioni che hanno escluso la configurabilità della materia "sicurezza e ordine pubblico" in altri ambiti o di competenza statale o di competenza regionale[19], e dall'altro in quelle pronunce in cui la Corte ha riconosciuto profili di sicurezza pubblica in materie

---

Padova, 2007 e M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica: profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2010.

[18] Ancora E. BALBONI, *La sicurezza*, cit., 112.

[19] Può in tal senso ricordarsi anzitutto Corte cost. n. 407/2002 (in forte continuità con Corte cost. n. 290/2001), secondo cui «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»; tendenti del pari ad escludere la ricaduta di altre possibili "declinazioni" della sicurezza nella competenza statale ai sensi della lett. *h)* sono, tra le tante, Corte cost. nn. 6, 162 e 428/2004, 95 e 383/2005, 196/2009, 226 e 278/2010.

astrattamente riconducibili alla competenza regionale, attraendone dunque la disciplina alla competenza statale[20].

La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V si è dimostrata dunque ferma nel far valere i noti limiti alla potestà normativa regionale, limiti tanto normativi (basti pensare, ad esempio, al diritto penale, *ex.* art. 117, c. 2, lett. *l)*, Cost.), tanto giurisdizionali (il diritto processuale, ancora *ex.* art. 117, c. 2, lett. *l)*, Cost.), quanto amministrativi (appunto la sicurezza, *ex.* art. 117, c. 2, lett. *h)*, Cost.). Resta fuori la «polizia amministrativa locale» che, per espresso dettato costituzionale, è competenza residuale regionale. La dottrina più accorta immagina al riguardo una "nozione plurale" di sicurezza («i diversi volti della sicurezza», «le dimensioni della sicurezza» sono alcune delle espressioni più fortunate): se infatti quella necessaria alla tutela degli individui e delle istituzioni rispetto a condotte lesive o a situazioni di pericolo può dirsi sicurezza "in senso stretto" e ricade nella esclusiva competenza dello Stato, di sicurezza "in senso lato" può ragionarsi con riguardo ad un variegato ventaglio competenziale che – a partire dalla generale competenza in materia di polizia amministrativa regionale e locale – finisce con l'involgere interventi legislativi regionali tanto di tipo concorrente quanto residuale[21].

L'esclusione esplicita dalla competenza esclusiva statale della "polizia amministrativa locale" e la conseguente ricaduta in quella residuale hanno fatto sì che molte Regioni legiferassero in tema, anche dettando norme per la promozione di sistemi integrati di sicurezza delle città e del territorio regionale: in tale direzione si sono mossi interventi nei settori ad esempio della riqualificazione delle aree urbane degradate, la mediazione di conflitti sociali e culturali, l'educazione alla legalità, provvedimenti in materia di protezione civile, sicurezza stradale, sicurezza ambientale e sicurezza del lavoro[22]. Di recente, valutando nella sent. n. 116/2019 come

---

[20] La Corte ha invece riconosciuto nelle disposizioni impugnate profili connessi alla prevenzione dei reati, affermando perciò la titolarità in capo al legislatore statale a dettarne la disciplina, ad esempio, in Corte cost. nn. 222 e 237/2006, 167/2010, 35/2012.

[21] T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, 188 opera al riguardo riferimenti in relazione alla sicurezza sanitaria, sociale, ambientale, finanziaria e dei mercati e alle rispettive ipotesi di competenza legislativa regionale.

[22] Ne aveva fatto un ampio *screening* ragionato A. MUSUMECI, *Sicurezza e ordinamento regionale. Un'analisi comparata della legislazione regionale*, in *Astrid on-line* (4 marzo 2009): a puro titolo esemplificativo risalgono a quella prima stagione l.reg. Lazio n. 15/2001, l.reg. Toscana n. 38/2001, l.reg. Veneto n. 9/2002, l.reg. Umbria n. 12/2002, l.reg. Marche n. 11/2002, l.reg. Lombardia n. 4/2003, l.reg. Piemonte n. 6/2003, l.reg. Campania n. 12/2003, l.reg. Emilia-Romagna n. 24/2003; quest'ultima, ad esempio, individuava le finalità degli interventi nel «conseguimento di un'ordinata e civile convivenza nelle città e nel

infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei riguardi di alcune disposizioni della l.reg. Umbria n. 4/2018 (*Disciplina degli interventi regionali per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del bullismo e del cyberbullismo*) per contrasto con l'art. 117, c. 2, lett. *h)*, Cost., la Corte ha avuto modo di ricordare come essa abbia ripetutamente ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento ad altre disposizioni di leggi regionali che prevedevano l'istituzione di organismi operanti nell'ambito della promozione della cultura della legalità, quando i compiti da questi svolti erano essenzialmente di promozione culturale, di studio e di ricerca, ribadendo altresì come secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, la competenza dello Stato in materia di ordine e sicurezza pubblica riguarda le funzioni dirette a tutelare interessi fondamentali, quali l'integrità fisica e psichica delle persone, o la sicurezza dei beni,

---

territorio regionale anche con riferimento alla riduzione dei fenomeni di illegalità e inciviltà diffusa». Non mancò chi – come P. BONETTI, *Le leggi regionali su materie concernenti la sicurezza devono rispettare la potestà legislativa statale circa le forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza*, in *Le Regioni*, n. 5/2004, 1168 ss. – mise in evidenza come l'esercizio della potestà regionale nelle materie di legislazione regionale afferenti alla sicurezza non fosse però libero nella scelta dei contenuti della legge, dovendosi comunque armonizzare con la disciplina legislativa vigente nelle materie di potestà legislativa statale. In tal senso si ricordi Corte cost. n. 134/2004 che dichiarò incostituzionale l'art. 3 della citata l.reg. Marche (*Sistema integrato per le politiche di sicurezza e di educazione alla legalità*), nella parte in cui prevedeva che del Comitato dell'Osservatorio regionale per le politiche integrate di sicurezza facessero parte i Prefetti della Regione o loro delegati, il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Ancona, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ancona, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Ancona, poiché la disposizione invadeva il titolo competenziale attribuito in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, c. 2, lett. *g)*, Cost. in tema di ordinamento degli organi e degli uffici dello Stato, nonché fosse lesiva della riserva di legge statale di cui all'art. 108, c. 1, Cost. in materia di ordinamento giudiziario; per converso Corte cost. n. 105/2006 giudicò infondata la questione di legittimità costituzionale posta nei confronti della l.reg. Abruzzo n. 40/2004 (*Interventi regionali per promuovere l'educazione alla legalità e per garantire il diritto alla sicurezza dei cittadini*) nella parte in cui prevedeva l'istituzione di un Comitato scientifico regionale permanente con il compito di presentare alla Giunta regionale una relazione annuale sullo stato della sicurezza nel territorio regionale; si trattava infatti di attività conoscitiva svolta nell'ambito di una leale collaborazione tra istituzioni regionali e locali ed istituzioni statali non idonea ad incidere nell'ambito della sicurezza pubblica nella materia riservata allo Stato riguardante le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene di prioritaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento.

restando estranea a tale ambito l'attività di conoscenza, formazione e ricerca che appare strutturalmente inidonea ad incidere sull'assetto della competenza statale.

La sentenza n. 285 del 2019 rappresenta perciò – al di là del *decisum* – una buona occasione per "misurare la temperatura" del tradizionale scontro competenziale tra Stato e Regioni in tema di sicurezza (e ordine pubblico); il pretesto pare coglierlo la stessa Corte che, prima di scendere nel merito dell'esame delle singole censure (e forse per meglio poterlo affrontare), decide di "fare il punto", anche alla luce del recente d.l. n. 14/2017 (*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*, c.d. "decreto Minniti"), convertito, con modificazioni, nella l. n. 48/2017. E "il punto" la Corte lo fa richiamando sì molti dei passaggi della sua giurisprudenza pregressa sin qui evidenziati, ma avendone ben chiari in particolare due: 1) sulla scorta di quanto affermato in Corte cost. nn. 290/2001 e 300/2011 viene ribadita la necessità di evitare la smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico che finirebbe col porre in crisi la stessa ripartizione costituzionale delle competenze legislative, con l'affermazione di una preminente competenza statale potenzialmente riferibile a ogni tipo di attività; 2) la potestà legislativa regionale può essere esercitata non solo per disciplinare generici interessi pubblici (come pure affermato in Corte cost. n. 290/2001), ma anche per garantire beni giuridici fondamentali tramite attività diverse dalla prevenzione e repressione dei reati (Corte cost. n. 300/2011[23]).

Ciò premesso la Corte può chiaramente affermare che «l'endiadi "ordine pubblico e sicurezza" [...] allude a una materia in senso proprio, e cioè a una materia oggettivamente delimitata che di per sé non esclude l'intervento regionale in settori ad essa liminari, vale a dire prossimi ancorché con essa non coincidenti».

---

[23] Nell'occasione il Governo aveva impugnato la l.prov. Bolzano n. 13/2010 nella parte in cui escludeva che l'autorizzazione per case da gioco e di attrazione potesse essere rilasciata ove le stesse fossero ubicate nel raggio di trecento metri da "luoghi sensibili" (scuole, centri giovanili, strutture operanti in ambito sanitario o socio-assistenziale, ecc.), in quanto rientrante nella materia dell'ordine pubblico e della sicurezza, mentre la Corte, tenuto conto essenzialmente della *ratio* della disciplina, aveva rigettato la questione, ritenendo il provvedimento diretto a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili ed a prevenire forme di gioco c.d. compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica. La Corte sottolinea come la sola circostanza per cui una disciplina attenga a un bene giuridico fondamentale (la tutela dei minori) non vale di per sé a radicare la competenza statale, escludendo quella regionale o provinciale, pena una smisurata estensione della nozione di sicurezza e ordine pubblico potenzialmente riferibile a qualsiasi attività.

4. Sulle forme di collaborazione in materia di sicurezza e ordine pubblico: la "sicurezza integrata" ed il "mantra securitario"

La possibile declinazione pluralista della sicurezza, coerente con la valorizzazione del principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost., porta dunque la Corte, in occasione dello scrutinio di costituzionalità sulla legge lucana, a ragionare in termini di «sicurezza primaria» (espressione – a quanto è dato constatare – nuova nella giurisprudenza costituzionale, ma sì presente in dottrina[24]) alla quale può essere affiancata una «sicurezza secondaria», capace di ricomprendere «un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza anche regionale» (come ad esempio le politiche ed i servizi sociali, la polizia locale, l'assistenza sanitaria, il governo del territorio).

È noto come la sicurezza c.d. integrata abbia ricevuto consacrazione normativa grazie al d.l. n. 14/2017 (c.d. "decreto Minniti") recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città, conv. con modif. in l. n. 48 dello stesso anno25; la disposizione di apertura (art. 1, c. 2) è vero che offre una definizione di "sicurezza integrata", come «l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali», ma si tratta di 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.

---

[24] La impiega ad esempio 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 e ss.; alla nota n. 20 si è ricordato il contributo di T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, che parla di sicurezza "in senso stretto" ed "in senso lato".

[25] Si è trattato di un intervento che si è mosso lungo i due corni della "sicurezza integrata" e della "sicurezza urbana": sotto il primo aspetto, attraverso la sottoscrizione di appositi accordi tra Stato e Regioni e l'introduzione di appositi patti con gli Enti locali si provvede a realizzare un modello di *governance* integrato tra i diversi livelli di governo; dal secondo punto di vista viene potenziato l'apparato sanzionatorio amministrativo al fine di prevenire fenomeni in grado di incidere negativamente su sicurezza e decoro delle città, prevedendo tra l'altro la possibilità di di frequentazione di determinati esercizi pubblici ed aree urbane a soggetti condannati per determinati reati di particolare allarme sociale (il c.d. "DASPO urbano").

Ha osservato Antonelli come l'obiettivo della sicurezza integrata sia stato perseguito attraverso un modello verticale che poi si sviluppa in un processo di pianificazione "a cascata": le "Linee generali delle politiche pubbliche per la sicurezza integrata", approvate in sede di Conferenza unificata il 24 gennaio 2018; specifici accordi sottoscritti tra Stato e Regioni e Province autonome in attuazione delle "Linee generali"; iniziative e progetti sostenuti da Regioni e Province autonome in base a quegli accordi26.

Il modello verticale delineato per la sicurezza integrata è stato solo in sede parlamentare di conversione del decreto – lo ricorda Nobili – "mitigato" «con un modesto approccio di tipo orizzontale»27, 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)).

Non è certo questa la sede per tentare un'approfondita analisi del provvedimento in questione, nè tantomeno per calarlo in in una più strutturale riflessione che coinvolga altri interventi ad esso coevi o successivi; siano tuttavia consentite alcune considerazioni utili alla sua contestualizzazione all'interno di quello che appare un più generale "quadro" volto a celare un "disegno" che a tratti pare con forza emergere.

È a tutti palese come negli ultimi quindici anni almeno la "marginalità sociale" abbia subito un'irresistibile attrazione sotto la semplificatrice (anzitutto perchè elettoralmente appagante) "lente della sicurezza"; la forza propulsiva verso questo inesorabile magnetismo è stata senza alcun dubbio esercitata dal fenomeno migratorio, in grado di "tirarsi dietro" tanti altri "diversi", trasformati in "nemici" da scelte normative tendenti ad ampliare gli orizzonti della politica criminale.

Un filo rosso che pare aver legato molta della "storia normativa" degli ultimi tre lustri è rintracciabile nella individuazione di specifiche classi di "soggetti pericolosi" per la società e per la sicurezza pubblica: stranieri (e con essi le ONG con la loro azione di riscatto dalle acque del Meditarreneo di tanti salvati che altrimenti rischierebbero letteralmente di esserne sommersi), manifestanti facinorosi, pregiudicati, rom, vagabondi e mendicanti o parcheggiatori abusivi, individui senza tetto.

Si tratta di categorie, appunto, di "diversi", devianti dallo standard ideale, portatori di un "disordine sociale", dunque "indesiderabili" (anzitutto – è parso – per

---

[26] V. ANTONELLI, *La sicurezza in città ovvero l'iperbole della sicurezza urbana*, in *Ist. federalismo*, n. 1/2017, 31 ss. (spec. 45).

[27] G.G. NOBILI, *Le linee generali delle politiche pubbliche*, cit., 62.

il legislatore), la cui marginalità sociale viene gestita come questione di ordine pubblico e sicurezza; tra questi sicuramente quelli più "pericolosi" (sempre secondo il legislatore) sono gli stranieri, e per questi le norme approntano crescenti restringimenti rispetto alle possibilità di ingresso legale e alla permanenza nel territorio italiano, a fronte di previsioni sempre nuove tendenti ad accelerare le procedure di allontanamento. Lo straniero diventa così soggetto indesiderato e gli strumenti privilegiati per ristabilire l'ordine diventano l'allontanamento, l'espulsione e la criminalizzazione28; riceve così altra linfa la ormai lungamente indagata visione del diritto penale del nemico, un diritto penale cioè fondato sull'atteggiamento interno dell'autore, per cui, non il fatto, ma le caratteristiche proprie dell'agente assurgono ad elemento decisivo per basare l'appartenenza al "gruppo dei nemici"29.

Anche il "decreto Minniti" si inserisce a buon diritto nella ricca tradizione della "sicurezza a pacchetto"30; l'attrazione dei fenomeni di devianza sotto l'accogliente "ombrello della sicurezza" si è infatti rinnovata – poco importa se artefici di quel perseverare sono state maggioranze politiche di coloriture diverse rispetto a quelle che avevano animato gli interventi più risalenti – anche con le leggi nn. 46 e 48 del 2017, che hanno convertito – lo si è in parte già ricordato – i cc.dd. decreti-legge "Minniti-Orlando" e "Minniti", una "tenaglia" con cui da un lato, per abbreviare i tempi dei procedimenti di riconoscimento della protezione internazionale, è stato eliminato il grado di appello per le impugnazioni giurisdizionali avverso i dinieghi opposti ai richiedenti dalle Commissioni Territoriali e, allargando dall'altro – nella parte del "decreto Minniti" dedicata alla "sicurezza urbana" – le (già ampie) maglie del potere di ordinanza del Sindaco quale rappresentante della comunità locale in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave

---

[28] Così F. UGOLINI, *Convergenza tra politiche di immigrazione e diritto penale. Alcuni aspetti problematici*, in *www.federalismi.it* (6 febbraio 2019).

[29] In tema, per tutti, v. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico,* Pisa, 2014.

[30] Quando nel luglio 2009 l'allora Presidente della Repubblica Napolitano promulgò «con perplessità e preoccupazioni» la l. n. 94 (che tra le altre novità introduceva il reato di ingresso e soggiorno illegale e le già richiamate previsioni sulle c.d. "ronde") si pose la necessità di iniziare a numerare i "pacchetti sicurezza". La l. n. 94/2009 seguì pertanto di poco il "primo pacchetto", la l. n. 125/2008 (passata alla storia giuridica per aver introdotto la tristemente nota "aggravante di clandestinità", poi fortunatamente da Corte cost. n. 249/2010 consegnata alla storia del diritto), precedendo di qualche tempo il "terzo pacchetto sicurezza", la l. n. 129/2011, che aveva tentato (malamente) di dare attuazione alla c.d. "direttiva rimpatri" (direttiva 2008/115/UE) a seguito degli effetti devastanti sul sistema normativo della sentenza della Corte di Giustizia sul caso *El Dridi* (CGUE, sent. 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11).

incuria o degrado del territorio o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana31.

Non è dunque affatto un caso che nel dicembre 2018 il Parlamento abbia poi approvato la legge n. 132 di conversione del d.l. n. 113 (nella vulgata politico-mediatica "decreto Salvini") che ha introdotto una serie di modifiche e integrazioni alla disciplina vigente riconducibili principalmente a due settori di intervento: protezione umanitaria, protezione internazionale dello straniero e immigrazione da un lato, sicurezza pubblica dall'altro32.

Su alcuni ambiti normativi già oggetto di modifiche da parte del d.l. n. 113 è intervenuto a breve distanza il c.d. "decreto sicurezza bis" (n. 53/2019 recante

---

[31] In tema, tra i tanti, si v. E. GARGIULO, *I sindaci e l'«emergenza» immigrazione: dal mantra securitario al protagonismo politico*, in *Riv. pol. soc.*, n. 2/2019, 43 ss.

[32] Più nello specifico – come è ampiamente noto – si è trattato di un intervento emergenziale estremamente eterogeneo (caratteristica che già si evince dall'estensione dell'epigrafe del decreto recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*): dalle modifiche alla disciplina dell'occupazione illecita degli immobili, all'ennesima stretta su accattonaggio e parcheggiatori abusivi, dalle disposizioni in materia di blocco stradale alle modifiche sanzionatorie del subappalto illecito, che si trasforma da illecito penale contravvenzionale in delitto; e ancora, dalle nuove disposizioni che, prendendo spunto da episodi criminosi che hanno destato negli ultimi anni particolare allarme in Europa, attengono al monitoraggio del noleggio degli autoveicoli e della locazione degli alloggi, a quelle che ampliano le "dotazioni" delle forze di polizia municipale, aprendo anche all'utilizzo sperimentale di armi ad impulsi elettrici; passando attraverso la delega al Governo per il riordino dei ruoli del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate, disposizioni in materia di tecnologia 5G, l'istituzione di un Centro di alti studi del Ministero dell'Interno per la valorizzazione della cultura istituzionale e professionale del personale dell'Amministrazione civile dell'Interno, l'organizzazione ed il funzionamento dell'Agenzia nazionale che si occupa dell'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; finendo con le nuove disposizioni in tema di acquisto e revoca della cittadinanza e con le norme che ridisegnano la protezione umanitaria ed il ruolo delle Commissioni territoriali competenti a riconoscere la protezione internazionale. Come si evince, un po' di tutto e di tutto un po' (sul requisito dell'omogeneità materiale e teleologica del decreto-legge mi rimetto alle considerazioni esposte da M. RUOTOLO nel corso della sua Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 [d.l. 113/2018-sicurezza pubblica], Roma, 16 ottobre 2018, il cui testo è pubblicato su *www.osservatorioaic.it* col titolo *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 [c.d. decreto "sicurezza e immigrazione]*).

Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, conv. in l. n. 77/2019); numerose le novità introdotte, riconducibili a tre fondamentali pilastri, corrispondenti ai capi in cui è suddiviso il decreto: contrasto all'immigrazione illegale, ordine e sicurezza pubblica (Capo I); potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (Capo II); contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive (Capo III). Le più significative innovazioni in tema di contrasto all'immigrazione illegale sono parse tutte avere un riferimento (quasi un "bersaglio") preciso nelle ONG, soprattutto in ordine all'inasprimento sproporzionato delle sanzioni pecuniarie ed amministrative nei riguardi di chi si rende protagonista del salvataggio di migranti in mare.

Tra le altre novità del decreto si rinvengono una serie di norme in materia di sicurezza e ordine pubblico: vengono anzitutto inasprite le pene previste dalla c.d. "legge Reale" (l. n. 152/1975) per chi utilizza caschi protettivi o qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in occasione di manifestazioni (arresto da due a tre anni unitamente all'ammenda da 2000 a 6000 euro); viene introdotto nella "legge Reale" un nuovo articolo, il 5bis, che prevede una fattispecie delittuosa punita con la reclusione da uno a quattro anni nei confronti di chiunque, nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, utilizza – in modo da creare concreto pericolo a persone o cose – razzi, fuochi artificiali, petardi od oggetti simili, nonché facendo ricorso a mazze, bastoni o altri oggetti contundenti o comunque atti ad offendere. Sono previste aggravanti qualora i reati siano commessi nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico.

Infine, nelle manifestazioni sportive è previsto il "DASPO" (cioè il divieto di accesso) per coloro che risultino denunciati per aver preso parte attiva a episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza; coloro che risultino avere tenuto, anche all'estero, sia singolarmente che in gruppo, una condotta finalizzata alla partecipazione attiva a episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione; coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti.

In conclusione, un provvedimento "anti-ONG" con un contorno (quasi un "sottopacchetto") di disposizioni "anti-riots".

La "sicurezza integrata", dunque, pur alimentandosi della medesima "linfa politica" (veicolata da legislatori troppo inclini a recepire la generica "domanda di sicurezza" proveniente dai territori, spesso mascherante la semplice "paura verso il diverso" se non anche quella "cultura dello scarto", figlia di un cieco e globalizzato individualismo escludente, stigmatizzato anche da Papa Francesco) delle altre possibili declinazioni del concetto (tra tutte "sicurezza urbana"), ha opposto – rispetto a quelle altre declinazioni – una maggior resistenza al magnetico fascino

esercitato dal "mantra securitario", benché talvolta taluni accenti (normativi ed attuativi) abbiano tradito "pulsioni" dirette verso quel polo.

5. Le altre censure respinte

Quella grande "domanda di sicurezza" che negli ultimi anni è pervenuta anche dai livelli territoriali periferici ha perciò trovato linfa e soddisfazione grazie ad un legislatore statale (quello del d.l. n. 14/2017) nel cui disegno – lo ricorda la Corte al termine dell'ampia *premessa* che apre la *motivazione* della decisione n. 285/2019 – l'intervento regionale «dovrebbe assicurare le precondizioni per un più efficace esercizio delle classiche funzioni di ordine pubblico, per migliorare il contesto sociale e territoriale di riferimento, postulando l'intervento dello Stato in relazione a situazioni non altrimenti correggibili se non tramite l'esercizio dei tradizionali poteri coercitivi».

Il "decreto Minniti", cercando (e trovando) appiglio e copertura costituzionale, ha così disciplinato in senso ampio e trasversale le «forme di coordinamento» previste dall'art. 118, c. 3, Cost., coinvolgendo gli enti regionali «non solo quali terminali delle scelte compiute dallo Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza, ma anche come portatori di interessi che, ancorché non direttamente afferenti alla materia di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *h)*, Cost., sono teleologicamente connessi alla competenza esclusiva statale» (ancora Corte cost. n. 285).

Inoltre le "Linee generali" sopra richiamate consentono alle autonomie territoriali di dotarsi di «strumenti di "prevenzione situazionale" che […] mirano a ridurre le opportunità di commettere reati unitamente alle misure volte a sostenere la partecipazione dei cittadini alla ricostituzione della dimensione comunitaria e al miglioramento complessivo delle condizioni sociali, abitative e dei servizi ("prevenzione comunitaria") e agli interventi di prevenzione sociale finalizzati al contenimento dei fattori criminogeni»[33].

---

[33] Secondo la teoria politico-criminale della Situational Crime Prevention, dal momento che riformare il sistema penale costituisce un obiettivo quasi sempre complesso, così come difficile risulta agire sulle motivazioni dell'autore del reato, è necessario ridurre le opportunità criminali, tramite la messa in atto di misure specifiche che si configurano, da un lato, come interventi posti in essere dalle autorità pubbliche, dall'altro come consigli pratici, anche molto intuibili, alla collettività. Le sedi cui questa prevenzione è indirizzata, infatti, non sono solo quelle istituzionali, cioè le agenzie di polizia e di giustizia, ma anche la comunità, la famiglia, la scuola. In particolare, secondo tale approccio, per le persone diventano buone regole, fra le altre cose: nascondere beni preziosi e rimuovere dalla vista qualunque cosa possa essere oggetto di furto; installare allarmi di sicurezza; lasciare nelle abitazioni le luci accese per segnalare la propria presenza; apporre un segno di identificazione sugli oggetti personali; evitare la frequentazione di "luoghi a rischio" soprattutto in certe

Proprio nell'ottica di valorizzare la «prevenzione comunitaria», l'ultimo punto delle linee generali è dedicato alla «inclusione sociale», che richiama la necessità di interventi finalizzati alla promozione dell'«uso sociale del territorio», alla coesione sociale, al contrasto del «sentimento di insicurezza», alla diffusione della cultura della legalità, alla predisposizione di misure di assistenza psicologica alle vittime dei reati.

Nel disegno del legislatore statale l'intervento regionale dovrebbe perciò assicurare le precondizioni per un più efficace esercizio delle classiche funzioni di ordine pubblico, per migliorare il contesto sociale e territoriale di riferimento, postulando l'intervento dello Stato in relazione a situazioni non altrimenti correggibili se non tramite l'esercizio dei tradizionali poteri coercitivi.

È dunque nell'ampio ed articolato quadro della sicurezza pubblica declinata in maniera pluralistica, che consente l'intervento delle autonomie regionali entro l'ambito delle competenze concorrenti o residuali, che nella sent. n. 285 la Corte respinge gran parte delle questioni sollevate dal Governo rispetto alla l.reg. Basilicata n. 45/2018.

Oltre alla norma assolta "in punto di grammatica" – ci si è soffermati in precedenza sull'art. 3, c. 1, lett. *d)*, l.reg. – il Giudice costituzionale ha buon gioco nel dichiarare infondata anzitutto la questione sollevata sulla norma programmatica dell'art. 1, c. 1, che impegna la Regione, nel rispetto delle competenze stabilite dall'art. 117 Cost., a concorrere allo sviluppo della sicurezza attraverso interventi nei settori della prevenzione e della lotta contro la criminalità comune e

---

fasce orarie. Ad un livello diverso rispetto al "modello situazionale" agisce l'approccio della "prevenzione sociale", che comprende tutte le misure che si pongono l'obiettivo di eliminare o ridurre i fattori criminogeni; si propone cioè di intervenire sulle cause sociali, attraverso programmi di intervento a carattere generale in grado di incidere o di modificare le motivazioni che spingono alla criminalità, ponendo al centro dell'approccio l'autore del reato, rilevando soprattutto il contesto generale dal quale deriva l'atto criminale, inteso però non come "situazione contingente", ma come insieme di condizioni sociali, economiche, culturali che creano un ambiente favorevole allo sviluppo delle motivazioni criminali. Infine, ad un ulteriore livello opera la "prevenzione comunitaria", una "tattica preventiva" che comprende tutte le strategie finalizzate a sostenere la partecipazione dei cittadini alla prevenzione, a livello individuale o collettivo, con obiettivi diversi: dal sostegno sociale alla comunità, al miglioramento dell'ambiente fisico e sociale, fino alla riduzione di opportunità tramite forme diverse di sorveglianza attuate dai cittadini stessi.

La "prevenzione integrata" combina dunque le tre "strategie preventive" ricordate (situazionale, sociale e comunitaria) e coinvolge "attori diversi" (enti locali, polizia nazionale e locale, cittadini).

organizzata[34]: pur scontando una certa vaghezza, secondo la Corte, le azioni elencate[35] non possono dirsi di per sé contrarie alla ripartizione costituzionale di competenze, posto che, sia pure ad una analisi superficiale, evocano ambiti riconosciuti alle Regioni dalla stessa disciplina statale contenuta nel "decreto Minniti" per come poi specificata dalle Linee generali.

Motivazioni sostanzialmente di analogo tenore conducono la Corte a giudicare infondate le censure mosse agli artt. 2, c. 3, lett. *a)*, 3, c. 1, lett. *d)* (ulteriore doglianza rispetto a quella volta a farne emergere l'ipotizzato tratto irragionevolmente discriminatorio), e 6, c. 1, l.reg.[36], trattandosi di previsioni tutte prive di portata lesiva: non è sufficiente, infatti, il vago richiamo ai «fenomeni d'illegalità» e di «criminalità comune e organizzata» per generare quelle «interferenze, anche potenziali», con la disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati, alle quali la giurisprudenza costituzionale[37] ricollega l'invasione della competenza legislativa statale di cui alla lett. *h)* del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione.

La censura relativa all'art. 5, cc. 1 e 2, l.reg.[38] è dalla Corte rapidamente risolta evidenziando l'erroneo presupposto ermeneutico da cui è partito il Governo, dal momento che le iniziative formative, di cui alla disposizione censurata, non sono affatto dirette alle forze di polizia, ma al contrario, da una lettura complessiva del dato normativo, si desume che i destinatari delle iniziative sono da rinvenire nella

---

[34] Cfr. nota n. 2.

[35] Si tratta di attività di promozione socio-culturale (rispetto alle quali valgono le considerazioni svolte a proposito di Corte cost. n. 116/2019) e di iniziative di «prevenzione» e di «lotta» alla criminalità, riferimenti che a giudizio del Collegio devono essere ricondotti ad attività che non comportano l'esercizio di poteri coercitivi o autoritativi tipici delle funzioni relative all'art. 117, c. 2, lett. *h)*, Cost.

[36] Cfr. nota n. 3.

[37] Il riferimento più diretto e prossimo nel tempo è a Corte cost. n. 208/2018, in cui la Corte ha rilevato come la l.reg. Lombardia n. 24/2017 (*Interventi regionali di aiuto e assistenza alle vittime del terrorismo e di informazione, formazione e ricerca per conoscere e prevenire i processi di radicalizzazione violenta*) costituisse un intervento normativo volto al perseguimento di obiettivi di contrasto alla radicalizzazione, mediante la conoscenza, la diffusione e l'approfondimento, in ambiti diversi, delle regole di ordinata e pacifica convivenza civile, avuto riguardo al diffondersi di forme di estremismo anche nella realtà territoriale di quella Regione; la Corte ha nell'occasione concluso nel senso che la disposizione regionale impugnata – l'art. 6, c. 3, nella parte in cui disciplina gli interventi di informazione, formazione e ricerca ad iniziativa regionale – dovesse intendersi riferita alla realizzazione di programmi ed iniziative riconducibili ad interessi di rilievo regionale, fra i quali la formazione della polizia locale e pertanto, così intesa, non avrebbe interferito con l'azione di contrasto alla criminalità spettante allo Stato.

[38] Cfr. nota n. 4.

popolazione anziana, tra cui possono annoverarsi individui deboli e potenzialmente vulnerabili, che la Regione si premura di assistere e rendere edotti, anche in collaborazione con le forze di polizia, circa i rischi derivanti da possibili attività criminose a loro danno, con un approccio – potremmo dire – oltre che in termini di "sicurezza" anche di prevenzione integrata"[39].

La valutazione di infondatezza della doglianza rispetto all'art. 8 c. 1, lett. *c)*, l.reg.[40] è forse quella che impegna maggiormente la Corte, che ancora una volta però trova conforto nella sua pregressa giurisprudenza: nel consentire alla Regione di promuovere, previa intesa con gli enti locali interessati, il potenziamento delle attività di vigilanza nelle aree più soggette a rischio di esposizione ad attività criminose, al fine di assicurare il controllo del territorio mediante un più efficiente svolgimento delle funzioni di polizia locale, è evidente – osserva la Corte – che la disposizione impugnata possa interferire nelle attività inerenti al controllo del territorio; in altre occasioni – alcune in precedenza ricordate[41] – il Giudice costituzionale non ha esitato a censurare norme regionali che venivano a sovrapporsi oppure a derogare a quanto stabilito a livello nazionale, con ciò ponendosi in contrasto con la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di sicurezza e ordine pubblico[42]. È poi la ricostruzione dello specifico quadro normativo con riguardo

---

[39] Cfr. ancora Corte cost. n. 116/2019 che ha deciso per non fondatezza di una questione simile: infatti, a fronte della norma regionale umbra che prevedeva il coinvolgimento facoltativo delle forze di polizia ad un tavolo di coordinamento per la prevenzione e il contrasto del bullismo e del cyberbullismo, è stata riconosciuta la portata essenzialmente informativa e conoscitiva di tale attività, anche alla luce del carattere eventuale della partecipazione dei rappresentanti delle forze di polizia, pur sempre subordinata ad una «previa intesa con gli enti di appartenenza».

[40] Cfr. nota n. 5.

[41] Cfr. nota n. 19.

[42] Corte cost. n. 167/2010 si era pronunciata sulla l.reg. Friuli Venezia Giulia n. 9/2009 (*Disposizioni in materia di politiche di sicurezza e ordinamento della polizia locale*), dichiarando in particolare l'incostituzionalità della disposizione che prevedeva, pur in assenza di indicazioni del legislatore statale, che «nell'esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza previste dalla normativa statale, la polizia locale assume il presidio del territorio tra i suoi compiti primari, al fine di garantire, in concorso con le forze di polizia dello Stato, la sicurezza urbana degli ambiti territoriali di riferimento», disciplinando non solo modalità di esercizio delle funzioni di pubblica sicurezza da parte della polizia locale, ma anche le forme della collaborazione con le forze della polizia dello Stato, in evidente violazione della competenza esclusiva statale in tema di sicurezza pubblica. Cfr. P. BONETTI, *L'ordinamento della polizia locale tra Stato e Regioni (commento a Corte cost. sent. n. 167/2010)*, in *Le Regioni*, n. 4/2011, 705 ss.; di tenore analogo è Corte cost. n. 35/2011.

al controllo del territorio[43] che porta la Corte ad assolvere nel merito la norma regionale in questione, dal momento che, nell'ambito della rinnovata strategia della "sicurezza integrata", non è possibile impedire alla Regione di sollecitare lo Stato affinché ricalibri la distribuzione della forza pubblica sul territorio. Pertanto la Regione, seppur nell'esercizio delle proprie competenze, può certamente svolgere una «attività di stimolo e d'impulso, nei limiti consentiti, presso i competenti organi statali, all'adozione di misure volte al perseguimento del fine della tutela della sicurezza» (così ancora Corte cost. n. 167/2010). E nella direzione tracciata rientra il potenziamento delle attività di pattugliamento del territorio ad opera delle forze di polizia locale, «previa intesa con gli enti locali interessati».

6. Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del "magnetismo securitario"

L'unica disposizione della legge lucana annullata, in applicazione di precedenti puntuali, è quella dell'art. 7, c. 2, l.reg.[44], che assicurava il patrocinio legale a spese della Regione al cittadino che, vittima di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, fosse stato accusato di aver commesso un delitto per eccesso colposo di legittima difesa ovvero fosse stato assolto per essersi legittimamente difeso, trattandosi di norma invasiva dell'ordinamento penale.

Benché – come ricordato in precedenza – sia stato dal Governo impugnato l'intero art. 7, le censure dell'Avvocatura generale si sono però appuntate esclusivamente sul comma 2 della disposizione: è opportuno anzitutto distinguere lo *ius postulandi* dalla generica «assistenza legale» ai familiari delle vittime di attività

---

[43] In particolare l'art. 12, c. 8, d.l. n. 152/1991 (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*, conv., con modif., in l. n. 203/1991), che assegna al Ministro dell'Interno il potere di emanare direttive «per la realizzazione a livello provinciale, nell'ambito delle potestà attribuite al prefetto […], di piani coordinati di controllo del territorio da attuarsi a cura dei competenti uffici della Polizia di Stato e dei comandi provinciali dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza, ai quali possono partecipare, previa richiesta al sindaco, contingenti dei corpi o servizi di polizia municipale».

[44] Cfr. nota n. 6. Nella *Relazione illustrativa* alla proposta di legge regionale si legge, a proposito della disposizione qui in discorso: «[S]i considera particolarmente gravosa e iniqua la posizione di chi vittima di fatti criminosi, è ignorato da un sistema che affida a qualsiasi reo, qualora non possa permetterselo, un patrocinio legale gratuito. Per questo motivo viene previsto il patrocinio legale per tutti quegli onesti cittadini che per difendere la propria incolumità, quella della propria famiglia e del proprio patrimonio sono coinvolti in procedimenti penali di eccesso colposo in legittima difesa ovvero assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa».

criminosa (prevista dall'art. 7, c. 1, l.reg.), un supporto predisposto dall'amministrazione regionale che non allude a una vera e propria assistenza processuale in giudizio, integrando una attività di consulenza stragiudiziale, che non si traduce in un patrocinio processuale.

Sono due i precedenti costituzionali, anche relativamente recenti, più prossimi alla questione esaminata, Corte cost. nn. 81 e 172/2017. Nella prima circostanza richiamata la Corte dichiara l'incostituzionalità delle disposizioni della l.reg. Veneto n. 7/2016 (*Legge di stabilità regionale 2016*) che erano intervenute in tema di rifusione delle spese legali da parte della Regione[45]: in particolare, la previsione di un fondo per il patrocinio legale dei cittadini veneti (residenti in Regione da almeno quindici anni)[46] vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona (accusati di eccesso colposo di legittima difesa o di omicidio colposo per aver tentato di difendere se stessi, la propria attività, la famiglia o i beni, da un pericolo attuale di un'offesa ingiusta) viene riferita dalla Corte alla materia «giurisdizione e norme processuali», di cui all'art. 117, c. 2, lett. *l)*, mentre la previsione di un fondo per il patrocinio legale e le spese mediche per gli addetti delle polizie locali, rientrando nella disciplina del rapporto di lavoro, è stata ritenuta ricadere nella materia «ordinamento civile» di cui alla medesima disposizione costituzionale; infine lo stesso fondo riferito agli addetti delle forze dell'ordine (cioè Polizia di Stato, Arma dei carabinieri, Guardia di finanza e Polizia penitenziaria) rientra nella materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» di cui all'art. 117, c. 2, lett. *g)*, Cost.

In Corte cost. n. 172 non supera l'esame del Giudice costituzionale la disposizione ligure (l.reg. n. 11/2016, *Interventi in favore delle vittime della criminalità*) che aveva previsto il patrocinio a spese della Regione nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, fossero indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo di legittima difesa, ovvero fossero stati assolti per la sussistenza dell'esimente della

---

[45] Ricorda G. MANNOCCI, *Legittima difesa privata e difesa legale pubblica (a margine di Corte cost. sent. n. 81 del 2017)*, in *Consulta OnLine*, n. 2017/II, come in Veneto questa legge fosse nota come "legge Stacchio", dal nome del proprietario di un impianto di carburanti in provincia di Vicenza che, il 3 febbraio 2015, aveva risposto al fuoco dei rapinatori che avevano assaltato l'oreficeria vicina al suo distributore uccidendone uno. Il 6 giugno 2016 è stato poi emesso il decreto di archiviazione dell'accusa di eccesso colposo di legittima difesa.

[46] Resta assorbita la censura relativa alla invocata lesione del principio di eguaglianza, nella parte in cui le disposizioni attribuivano il beneficio ai soli cittadini residenti in Veneto da almeno quindici anni.

legittima difesa[47]: benchè il Governo avesse invocato come parametri lesi quelli della competenza esclusiva statale in materia di «ordine pubblico e sicurezza» e dell'«ordinamento penale» di cui all'art. 117, c. 2, lett. *h)* ed *l)*, Cost., la Corte ha ritenuto da un lato di escludere che la normativa regionale incidesse sull'ordinamento penale, evidenziando invece dall'altro le ripercussioni su ordine pubblico e sicurezza, rilevando infatti come venisse in considerazione «un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità», tale da incidere sulla percezione dei consociati circa l'atteggiamento in questa materia delle autorità pubbliche. In definitiva, secondo la Corte, sarebbe stata la *ratio* ispiratrice della disposizione ad interferire con la materia «ordine pubblico e sicurezza», in quanto attraverso il sostegno economico nel procedimento e nel processo sarebbe stato incoraggiato il ricorso alla «ragion fattasi».

È singolare tuttavia notare come il provvedimento "capostipite" della *escalation* regionale su questo aspetto della legittima difesa – la l.reg. Lombardia n. 17/2015 (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità organizzata e per la promozione della cultura della legalità*)[48] – non sia stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio.

In entrambe quelle decisioni del 2017 viene richiamato il precedente di Corte cost. n. 299/2010, in cui era stata dichiarata incostituzionale la previsione della l.reg. Puglia n. 32/2009 (*Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia*) che stabiliva come le politiche regionali fossero finalizzate, tra l'altro, a garantire la tutela legale, in particolare l'effettività del diritto di difesa, agli immigrati presenti a qualunque titolo nel territorio della Regione; la Corte – in una difficile stagione nella quale il tema dell'immigrazione diventa il terreno di scontro privilegiato tra la maggiornaza politica nazionale di centro-destra (quella del legislatore del "secondo pacchetto sicurezza", l. n. 94/2009) alla quale si contrapponevano governi regionali di centro-sinistra (in particolare Toscana[49], Campania[50] e, per l'appunto, Puglia) – aveva riconosciuto

---

[47] Dal punto di vista delle differenziazioni operate dal legislatore regionale nell'accesso al beneficio, si dava priorità ai soggetti di età superiore ai sessantacinque anni.

[48] La portata assai ampia del provvedimento è dimostrata dal fatto che è stato previsto che la Regione si facesse carico delle spese legali non solo di chi venisse assolto perché riconosciutagli la scriminante della legittima difesa, ma pure di chi fosse stato accusato di aver commesso un delitto per eccesso colposo di legittima difesa.

[49] Cfr. l.reg. n. 29/2009 (*Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri nella Regione Toscana*) su cui v. Corte cost. n. 269/2010.

[50] Cfr. l.reg. n. 6/2010 (*Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania*) su cui v. Corte cost. n. 61/2011.

l'incostituzionalità della disposizione pugliese perchè ritenuta invasiva della competenza esclusiva statale in materia di «giurisdizione e norme processuali».

È dunque in base a questa "solida rete" di precedenti che la disposizione lucana del 2018 viene dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, c. 2, lettera *l)*, Cost. (resta perciò assorbita la censura relativa alla lett. *h)* della disposizione costituzionale).

L'invocazione della scriminante della legittima difesa da parte delle vittime di reati che destano un particolare allarme sociale costituisce un tema dall'indubbio impatto elettorale e dal grande *appeal* mediatico; se per molti il *ne cives ad arma veniant* continua a rappresentare un baluardo dello Stato democratico di diritto, altri invece si ostinano a veicolare un messaggio (anzitutto culturale prima che politico) secondo il quale alla difesa legittima è superiore la difesa privata.

È dunque la percezione dell'insicurezza a convertirsi nel formidabile propellente per assecondare pulsioni (più che istanze) securitarie (più che liberali) dirette al riconoscimento di una libertà di azione difensiva (preferibilmente indiscriminata), pubblica o privata che sia, rispetto a pericoli reali o semplicemente percepiti dalla collettività.

In un simile contesto politico-culturale anche la rifusione delle spese legali si è convertita nella vittoria politica da rivendicare per amministrazioni territoriali nelle quali la domanda di sicurezza è stata spesso alimentata dalla percezione di insicurezza, consentendo un singolare (ma assai vantaggioso) rovesciamento del paradigma del *welfare*, nel quale le politiche penali hanno in parte sostituito le politiche sociali, all'insegna dello slogan della "tolleranza zero".

Il tema della rifusione regionale delle spese legali può tuttavia oggi considerarsi superato in virtù di quanto previsto dalla l. n. 36/2019 (*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*) che, innovando significativamente la materia della legittima difesa – introducendo i concetti di "legittima difesa domiciliare" e di "grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo" – è intervenuta anche in tema di spese di giustizia: il nuovo art. 115*bis* del DPR n. 115/2002 (*TU delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*)[51] dispone che l'onorario e le spese per la difesa di persona nei cui confronti è emesso provvedimento di archiviazione o sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento nel caso di legittima difesa siano liquidati in conformità con le norme sul gratuito patrocinio a spese dello Stato[52].

---

[51] Introdotto dall'art. 8 l. n. 36/2019.

[52] È comunque fatto salvo il diritto dello Stato di ripetere le spese anticipate, qualora a seguito di riapertura delle indagini o revoca del proscioglimento, la persona sia poi condannata in via definitiva.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Dalla non autoapplicatività della normativa di risulta alla eccessiva manipolatività del quesito: andata (e ritorno) delle cause di inammissibilità del *referendum* elettorale*

ALBERTO DI CHIARA**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 31 gennaio 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0010s-20.html.

Sommario

1. Premessa: il sistema attualmente vigente per l'elezione di Camera e Senato – 2. Il quesito referendario per il maggioritario puro e la giurisprudenza costituzionale in materia di autoapplicatività della normativa di risulta – 3. La seconda parte del quesito referendario: l'intervento sulla delega legislativa per la rideterminazione dei collegi elettorali – 4. La necessaria manipolatività dei quesiti referendari nella materia elettorale – 5. L'inammissibilità del quesito per eccessiva manipolatività dell'intervento sulla delega legislativa – 6. Conclusioni: tutte le strade conducono al difetto di autoapplicatività della normativa di risulta.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2020

Suggerimento di citazione
A. DI CHIARA, *Dalla non autoapplicatività della normativa di risulta alla eccessiva manipolatività del quesito: andata (e ritorno) delle cause di inammissibilità del* referendum *elettorale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea ed ordinamenti nazionali nell'Università degli studi di Ferrara. Indirizzo mail: alberto.dichiara@unife.it.

1. Premessa: il sistema attualmente vigente per l'elezione di Camera e Senato

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 10 del 2020[2], torna dopo otto anni a giudicare l'ammissibilità di un referendum abrogativo in materia di leggi elettorali nazionali[3].

Il quesito – dichiarato inammissibile – è stato proposto da otto Consigli regionali guidati dal centrodestra[4]: si tratta della seconda iniziativa referendaria promossa dalle assemblee legislative regionali nel giro di pochi anni[5]. Mentre il referendum del 2016 sulle trivellazioni in mare aveva ad oggetto una materia che riguardava, sia pure in misura mediata, la vita e le competenze delle Regioni promotrici[6], nel caso di specie si è trattato di una iniziativa caratterizzata da uno spirito di opposizione politica, investendo una legge – quella elettorale – che si connota per un tasso di politicità estremamente elevato. Inoltre, è interessante osservare come da un lato il dibattito politico (e dottrinario) fino a poche settimane prima sia stato dominato dalla discussione – al momento arenata – sulla revisione costituzionale diretta ad introdurre il referendum propositivo[7] mentre, dall'altro lato, un quesito referendario rilevante dal punto di vista politico e istituzionale come quello in esame sia stato promosso dai Consigli regionali, e non attraverso la raccolta delle firme dei cittadini da parte dei comitati referendari. Questi, infatti, un tempo attori protagonisti nella materia elettorale, sono oggi in una fase di quiescenza.

Tale uso del referendum abrogativo da parte delle Regioni mai era stato sperimentato prima. Si tratta di una dinamica appena accennata, il cui sviluppo è tutto

---

[2] Cfr. N. LUPO, *L'ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, nella strettoia tra (necessaria) auto-applicatività e (moderata) manipolatività. Nota a Corte cost. n. 10/2020*, in *Forum* di *Quad. cost.*, 5 febbraio 2020, e di A. RUGGERI, *Ancora in tema di abrogazioni per via referendaria di norme elettorali (nota minima a Corte cost. n. 10 del 2020)*, in *Consulta OnLine*, 7 febbraio 2020, 78 s.; G. D'AMICO, *Referendum abrogativo ed eterogenesi dei fini nel giudizio definito con la sentenza n. 10 del 2020 della Corte costituzionale,* in corso di pubblicazione in *Giustizia, Rivista della Scuola Forense di Roma V.E. Orlando* .

[3] Cfr. Corte cost., sent. n. 13 del 2012.

[4] Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Piemonte, Abruzzo, Basilicata e Liguria.

[5] Cfr. Corte cost., sent. n. 17 del 2016.

[6] Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Liguria, Marche, Molise, Puglia, Sardegna e Veneto.

[7] Cfr. A.S. 1089. Al seguente link è disponibile il Dossier elaborato dal Servizio Studi del Senato della Repubblica: http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01105761.pdf.

da analizzare soprattutto con riferimento ai riflessi sul rapporto tra Stato e Regioni, che dispongono di un'arma assai potente. Cosa accadrebbe, ad esempio, se la contestata riforma della prescrizione penale divenisse oggetto di una iniziativa referendaria delle Regioni? Si tratta di fenomeni in divenire il cui approdo non è ancora noto, ma che in futuro potrebbero colorare l'iniziativa referendaria regionale di sfumature inedite.

Prima di esaminare il quesito referendario, è necessario analizzare il funzionamento del sistema attualmente vigente per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il c.d. Rosatellum-bis[8] è un sistema elettorale misto, a carattere prevalentemente proporzionale. Per quanto riguarda l'elezione della Camera dei deputati, è previsto che il territorio nazionale sia suddiviso in 28 circoscrizioni: i collegi uninominali sono 231 – come vedremo nel prosieguo, il riferimento numerico assume un valore determinante nella vicenda in esame – oltre al deputato eletto nel collegio uninominale della Valle d'Aosta, cui si aggiungono i 386 eletti nelle liste plurinominali proporzionali e i 12 eletti degli italiani residenti all'estero. Per l'elezione del Senato, invece, il territorio nazionale viene ripartito in 20 circoscrizioni corrispondenti a ciascuna Regione, all'interno delle quali vengono eletti 109 senatori nei collegi uninominali, cui si aggiungono i 6 eletti nei collegi uninominali del Trentino Alto Adige, il senatore del collegio della Valle d'Aosta, i 193 eletti nei collegi plurinominali e i 6 eletti dagli italiani residenti all'estero. Ogni circoscrizione ricomprende al proprio interno più collegi uninominali, raggruppati in modo contiguo in uno o più collegi plurinominali proporzionali, ciascuno dei quali elegge da tre a otto deputati e da due a otto senatori. I collegi – uninominali e plurinominali – sono stati determinati con il d. lgs. n. 189 del 2017, la cui delega era stata conferita dall'art. 3 della legge n. 165 del 2017.

Ai fini della comprensione del quesito referendario, il funzionamento del c.d. Rosatellum bis può essere descritto nei termini seguenti: tanto alla Camera quanto al Senato, nei collegi uninominali è eletto il candidato che ottiene più voti; nei collegi plurinominali il riparto dei voti avviene su base nazionale, con metodo proporzionale, tra le liste che abbiano superato la soglia di sbarramento[9]. Più

---

[8] Legge 3 novembre 2017, n.165.

[9] Per l'elezione della Camera dei deputati, in particolare, la soglia per accedere al riparto dei seggi è pari al 3% dei voti validi a livello nazionale per le liste singole ed al 10% dei voti validi a livello nazionale per le coalizioni, a condizione che almeno una lista della coalizione abbia conseguito il 3% dei voti validi a livello nazionale. Per le liste infra-coalizione la soglia di sbarramento è in ogni caso pari al 3% dei voti validi a livello nazionale anche qualora la coalizione non avesse raggiunto la soglia del 10%. Per le coalizioni non vengono in ogni caso computati i voti conseguiti dalle liste che non hanno superato la soglia dell'1% dei voti validi.

dettagliatamente, l'elettore dispone di un'unica scheda per l'elezione dei componenti di ciascun ramo del Parlamento, in cui troverà il nome del candidato nel collegio uninominale e i contrassegni delle liste nel collegio plurinominale collegate al primo, ciascuna con i nomi dei candidati: il voto a favore della lista nel collegio proporzionale si intende espresso anche per il candidato nel collegio uninominale; il voto a favore del solo candidato nell'uninominale è espresso anche per la lista o coalizione di liste collegate nel collegio plurinominale, con la differenza che, in caso di coalizione, i voti per i soli collegi uninominali vengono ripartiti con metodo proporzionale tra le liste collegate in base ai voti da queste ottenuti nelle liste plurinominali.

In questo quadro si è inserita la legge n. 51 del 2019 (Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari), che ha modificato le leggi elettorali di Camera e Senato sostituendo la cifra numerica fissa di parlamentari eletti nei collegi uninominali o plurinominali con una frazione, in modo che, a prescindere dal numero dei parlamentari, il rapporto tra le due componenti del sistema elettorale rimanga invariato, senza modificare la formula elettorale. All'esito di ciò, i parlamentari eletti nei collegi uninominali sono 3/8, mentre gli eletti nei collegi plurinominali 5/8, mantenendo la stessa proporzione che sussisteva quando le due componenti erano espresse in cifra numerica fissa: in questo modo il sistema elettorale resta operativo e applicabile a prescindere dal numero degli eletti, essendo il rapporto espresso da due frazioni. Oltre a ciò, l'art. 3 della medesima legge provvede anche ad attribuire una delega al governo per la rideterminazione dei collegi elettorali, da esercitare nei 60 giorni successivi alla futura ed eventuale approvazione di una revisione costituzionale che modifichi il numero dei parlamentari nei 24 mesi successivi alla entrata in vigore della legge n. 51 del 2019. Si tratta dunque di una delega precaria, il cui esercizio è incerto nell'*an* (la revisione costituzionale) ma non nel *quando* (i 24 mesi successivi alla

---

Per l'elezione del Senato della Repubblica, analogamente a quanto previsto per la Camera dei deputati, la soglia per accedere al riparto dei seggi è pari al 3% dei voti validi a livello nazionale per le liste singole ed al 10% dei voti validi a livello nazionale per le coalizioni, a condizione che almeno una lista della coalizione abbia conseguito il 3% dei voti validi a livello nazionale o il 20% dei voti validi in una regione. La soglia per le liste infracoalizione è sempre pari al 3% dei voti validi a livello nazionale o al 20% dei voti validi in almeno una regione, anche qualora la coalizione non avesse raggiunto la soglia del 10%. Per le coalizioni non vengono in ogni caso computati i voti conseguiti dalle liste che non hanno superato la soglia dell'1% dei voti validi (fatta salva la soglia del 20% regionale).

entrata in vigore della legge n. 51 del 2019)[10]. I principi e criteri direttivi che dovrebbero guidare il Governo delegato sono quelli di cui all'art. 3, comma 1, legge n. 165 del 2017, ossia i medesimi che erano stati dettati per la determinazione dei collegi nel c.d. Rosatellum bis.

2. Il quesito referendario per il maggioritario puro e la giurisprudenza costituzionale in materia di autoapplicatività della normativa di risulta

La prima parte del quesito promosso dai Consigli regionali puntava ad eliminare dai due Testi Unici per l'elezione della Camera e del Senato qualsiasi riferimento ai collegi plurinominali, in modo da estendere la quota dei collegi uninominali fino agli 8/8 dei seggi in palio, ottenendo, attraverso il referendum, un sistema elettorale analogo a quello vigente nel Regno Unito: in questo modo, a detta dei proponenti, verrebbe assicurata la formazione di una maggioranza parlamentare al momento del voto, garantendo la stabilità dell'esecutivo per tutta la durata della legislatura.

Sembra utile richiamare parte della ricca giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità dei referendum abrogativi di leggi elettorali, con particolare riferimento ai quesiti che intervenivano sulla formula elettorale, ossia il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi.

La Corte, in sede di giudizio di ammissibilità, da sempre postula che la normativa di risulta sia autoapplicativa, ossia in grado di assicurare il rinnovo dell'organo elettivo in qualsiasi momento[11]. Stando alla formulazione del quesito, l'abrogazione della quota proporzionale avrebbe ampliato il numero dei seggi uninominali, che sarebbero divenuti la totalità: ciò renderebbe necessaria la ridefinizione dei collegi, operazione che, evidentemente, non può essere compiuta dal corpo elettorale.

Nella sentenza n. 32 del 1993 viene dichiarata l'ammissibilità del referendum sulla disciplina elettorale del Senato: anche in quel caso l'abrogazione della disposizione secondo cui l'elezione nel collegio uninominale scattava solo al superamento del 65% dei voti dava luogo ad un sistema elettorale integralmente maggioritario. Secondo la Corte «[s]ono assoggettabili a referendum popolare anche le leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, alla duplice condizione che i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la

---

[10] A. AMATO, *Storia di una delega "precaria" e del suo tentativo di stabilizzazione mediante referendum. Brevi considerazioni sull'ammissibilità di un quesito referendario*, in *forumcostituzionale.it,* Rassegna n. 1/2020.

[11] Cfr. Corte cost., sentt nn.: 29/1987; 47/1991; 32 e 33/1993; 5 e 10/1995; 26 e 28/1997; 13/1999; 33 e 34/2000; 15, 16 e 17/2008.

costante operatività dell'organo»[12]. La pronuncia contiene una precisazione importante in ordine alla formulazione del quesito che, nella materia elettorale, può essere manipolativo: «[q]uando siano rispettate tali condizioni, è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo, se l'uso di questa tecnica è imposto dall'esigenza di "chiarezza, univocità e omogeneità del quesito" e di "una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative", sì da consentire agli elettori l'espressione di un voto consapevole»[13].

In quella pronuncia il quesito viene dichiarato ammissibile in quanto l'eliminazione della soglia del 65% per aggiudicarsi l'elezione nel collegio uninominale non rendeva necessario ridisegnare i collegi elettorali, poiché il sistema allora vigente per l'elezione del Senato era configurato come teoricamente maggioritario ma praticamente proporzionale: dato che il territorio nazionale era già suddiviso in singoli collegi nei quali – sia pure con scarse probabilità – era possibile essere eletti, l'eliminazione della soglia rendeva operativo quel sistema maggioritario che il legislatore aveva predisposto, sia pure subordinandone l'applicabilità ad una condizione, poi rimossa in via referendaria.

Con la successiva sentenza n. 5 del 1995 viene dichiarato inammissibile un quesito che puntava a estendere all'intero complesso dei seggi il sistema maggioritario uninominale (previsto dal c.d. Mattarellum per l'assegnazione del 75% degli stessi), attraverso l'abrogazione delle norme che attribuivano un quarto dei seggi con il sistema proporzionale. In quella circostanza, la motivazione si incentrava sulla necessità di mantenere una normativa di risulta «immediatamente applicabile». Infatti, l'estensione del maggioritario uninominale a tutti i seggi imponeva la necessaria revisione dei collegi elettorali per il conseguente ampliamento del numero dei collegi uninominali.

La sentenza n. 26 del 1997, con cui la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di due quesiti referendari che miravano alla soppressione dei meccanismi che prevedevano l'attribuzione del 25% dei seggi con metodo proporzionale, rappresenta un altro precedente da tenere in considerazione. In quell'occasione, il giudice delle leggi affermò che «i referendum abrogativi delle leggi elettorali degli organi costituzionali non devono paralizzarne i meccanismi di rinnovazione, che sono strumento essenziale della loro necessaria, costante operatività. Sono invero ammissibili referendum abrogativi parziali di tali leggi, purché la normativa risultante dall'abrogazione, che si suole definire residua, sia immediatamente applicabile, consentendo la rinnovazione, in qualsiasi momento, dell'organo rappresentativo

---

[12] Corte cost., sent. n. 32 del 1993, punto 2 del *Considerato in diritto.*

[13] Ibidem.

(sentenze nn. 5 del 1995, 32 del 1993, 47 del 1991)»[14]. Più specificamente, «se è vero che la soppressione delle disposizioni prima menzionate dà vita a una compiuta disciplina orientata verso l'adozione integrale del "maggioritario", ciò non significa che essa comporti una piena garanzia di efficienza del sistema. Perché sorge, a questo riguardo, la questione della ridefinizione dei collegi elettorali, […]. Il quesito, una volta accolto, determinerebbe l'espansione del sistema maggioritario per l'attribuzione del totale dei seggi per la Camera dei deputati […]. Si renderebbe necessario, quindi, procedere a una nuova definizione dei collegi uninominali in ciascuna circoscrizione, ridisegnandola in modo da ottenere un numero, sul territorio nazionale, pari al totale dei deputati da eleggere […]. In queste condizioni, il sistema elettorale non consentirebbe la rinnovazione dell'organo, secondo quanto già messo in luce dalla sentenza n. 5 del 1995»[15].

Tale inconveniente non poteva essere superato né in via interpretativa, né attraverso la normazione secondaria, poiché il numero e la ripartizione dei collegi elettorali devono essere stabiliti dal legislatore. D'altro canto, non potrebbe essere invocato alcun obbligo di cooperazione in capo a quest'ultimo: la pronuncia sopra citata sottolinea «che la difesa del Comitato promotore invoca l'esistenza di un obbligo di cooperazione per dar seguito alla volontà referendaria, che imporrebbe di rivedere la "mappa" dei collegi, rimpicciolendoli e aumentandoli di numero. Ma si è già rilevata l'assenza di un meccanismo permanente di revisione dei collegi: non è infatti sufficiente l'attività della commissione tecnica, sì che si rende necessario un nuovo intervento del legislatore, con modalità che vanno ricondotte alla sua sfera di discrezionalità politica. Il problema della costante operatività del Parlamento - si rileva altresì in memoria - è un nodo ordinamentale di cui tutti debbono farsi carico. Ma pur asserendo la natura giuridica di tale "obbligo di cooperazione" - che non sarebbe espressione di una mera regola di correttezza - rimane pur sempre l'ipotesi di una non rimediabile inosservanza»[16].

Diverso invece è stato l'esito del referendum oggetto della sentenza n. 13 del 1999: il quesito referendario, giudicato ammissibile, aveva ad oggetto l'abolizione completa del sistema delle liste e del voto di lista per l'attribuzione del 25% dei seggi con metodo proporzionale prevista dal c.d. Mattarellum. Tale abolizione avrebbe comportato la conseguente eliminazione della scheda per il voto di lista, configurata in modo distinto da quella relativa alla elezione dei candidati nei collegi uninominali, completata dalla soppressione conseguenziale dei riferimenti alle liste e al voto di lista, e realizzata con la tecnica dei ritagli normativi. Pertanto, la

---

[14] Corte cost., sent. n. 26/1997, punto 3 del *Considerato in diritto.*

[15] Corte cost., sent. n. 26/1997, punto 4.1 del *Considerato in diritto.*

[16] Corte cost. sent. n. 26/1997, punto 5 del *Considerato in diritto.*

copertura del 25% dei seggi, regolata dal metodo proporzionale collegato al voto di lista circoscrizionale, sarebbe avvenuta mediante una sorta di ripescaggio dei migliori candidati non eletti presentatisi nei collegi uninominali della circoscrizione. Decisivo a favore dell'ammissibilità è stato, ancora una volta, l'argomento della «piena garanzia di immediata applicabilità del sistema di risulta», derivante dal fatto che «i collegi elettorali uninominali rimarrebbero immutati, senza nessuna necessità di ridefinizione in ciascuna circoscrizione, sia nel numero sia nel conseguente ambito territoriale»[17]. Più dettagliatamente «[i]l nucleo essenziale del quesito […] consiste nell'abrogazione degli articoli o delle parti di articoli relativi alle liste, al voto di lista e alla ripartizione del 25% dei seggi con metodo proporzionale, rappresentando il resto una operazione di cosmesi normativa per ripulire il testo, con abrogazione completa di talune disposizioni ovvero con una tecnica c.d. di ritaglio (v. sul punto sentenza n. 26 del 1997). In realtà il quesito è formulato in modo da poter realizzare l'abrogazione parziale della legge elettorale nei sensi suindicati ed insieme a fare sì che la normativa residua […] sia immediatamente applicabile»[18]. La Corte specifica che «[a] differenza della fattispecie referendaria presa in considerazione nella […] sentenza n. 26 del 1997, vi è una piena garanzia di immediata applicabilità del sistema di risulta, in quanto i collegi elettorali uninominali rimarrebbero immutati […] sia nel numero sia nel conseguente ambito territoriale. Infatti, permarrebbe la distinzione tra il 75% dei seggi, a ciascuno dei quali corrisponde un collegio uninominale, e il restante 25% dei seggi, privi di tale corrispondenza, e attribuiti […] ai candidati, con migliore risultato, non eletti nei collegi uninominali»[19].

Tale giurisprudenza ha poi trovato conferma nella sent. n. 13 del 2000, con la quale veniva ammesso un quesito analogo a quello dell'anno precedente. Le successive pronunce di ammissibilità di un referendum in materia elettorale, la n. 15, la n. 16 e la n. 17 del 2008, non avevano ad oggetto quesiti che intervenivano sul meccanismo della formula elettorale, pur ribadendo la necessità di mantenere una normativa di risulta autoapplicativa[20]. Parzialmente diversa è la sentenza n. 13 del 2012, in cui è stata dichiarata l'inammissibilità di due quesiti referendari che miravano, sia pure con due tecniche diverse, alla totale abrogazione del sistema

---

[17] Corte cost., sent. n. 13 del 1999, punto 4 del *Considerato in diritto.*

[18] Ibidem.

[19] Corte cost., sent. n. 13 del 1999, punto 2 del *Considerato in diritto.*

[20] In particolare, i quesiti esaminati nelle prime due pronunce (sentenza n. 15 del 2008 e sentenza n. 16 del 2008) puntavano a eliminare, rispettivamente per l'elezione della Camera e per quella del Senato, la possibilità di collegamento tra liste e, quindi, a escludere l'attribuzione del premio di maggioranza ad una coalizione di liste. La sentenza n. 17 del 2008 aveva ad oggetto un quesito diretto ad eliminare le c.d. multicandidature.

elettorale noto come *Porcellum*, puntando alla riviviscenza del c.d. *Mattarellum*, abrogato dalla legge n. 270 del 2005[21]. Respinta la tesi della reviviscenza delle norme abrogate, la Corte ha inevitabilmente dichiarato l'inammissibilità dei quesiti referendari per difetto di autoapplicatività della normativa di risulta.

L'autoapplicatività delle norme residue è un concetto che recentemente ha trovato applicazione anche nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. La Corte, nelle sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017, dichiarative della illegittimità costituzionale parziale di due diverse leggi elettorali, si è preoccupata di chiarire come residuasse una disciplina immediatamente applicabile, nonostante gli interventi demolitori effettuati[22]. In particolare, viene sottolineato che «la normativa che rimane in vigore stabilisce un meccanismo di trasformazione dei voti in seggi che consente l'attribuzione di tutti i seggi, in relazione a circoscrizioni elettorali che rimangono immutate, sia per la Camera che per il Senato». Si potrebbe sostenere che l'immediata applicabilità della normativa di risulta sia divenuta, in definitiva, un canone che non vincola solo i proponenti dei quesiti referendari, ma orienta anche la Corte costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità, particolarmente attenta a non stravolgere il meccanismo di assegnazione dei seggi.

In sintesi, tra i quesiti che intervenivano sui criteri di assegnazione dei seggi, la Corte ha dichiarato ammissibili soltanto quelli che assicuravano l'autoapplicatività della normativa di risulta, non rendendosi necessario alcun intervento sulla definizione dei collegi: così è avvenuto con il referendum elettorale del 1993, che ha abrogato le disposizioni secondo cui l'elezione dei senatori nel collegio uninominale scattava solo al superamento del 65% dei voti, dando luogo ad un sistema elettorale maggioritario[23]. Come si è avuto modo di sottolineare, in quel caso i collegi uninominali, sia pure concretamente inoperanti a causa della predetta soglia, erano già stati definiti dal legislatore. Allo stesso modo, ancora più chiara è la vicenda della tentata abrogazione della quota proporzionale prevista dalle leggi Mattarella, pari ad ¼ dei seggi: le sentt. nn. 26/1997[24] e 13/1999[25] sono giunte a conclusioni opposte – la prima contro l'ammissibilità dei quesiti, la seconda in senso

---

[21] Più dettagliatamente, il quesito n. 1 intendeva raggiungere l'obiettivo per il tramite dell'abrogazione totale della legge n. 270 del 2005; il quesito n. 2, invece, chiedeva l'abrogazione dell'art. 2 della legge in parola e di 71 alinea (cioè delle frasi iniziali di ciascuno dei commi che disponevano l'abrogazione o la sostituzione delle norme precedentemente in vigore) al fine di produrre un effetto abrogativo sovrapponibile a quello del quesito n. 1.

[22] Cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 2014, punto 6 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 35 del 2017, punti 9 e 12.2 del *Considerato in diritto*.

[23] Cfr. Corte cost., sent. n. 32/1993.

[24] Cfr. Corte cost., sent. n. 26/1997, punti 3 e 4 del *Considerato in diritto.*

[25] Cfr. Corte cost., sent. n. 13/1999, punto 4 del *Considerato in diritto.*

favorevole – proprio in ragione della differente tecnica di ritaglio normativo adottata, che rendeva necessario ridefinire i collegi nel primo caso e non nel secondo.

3. La seconda parte del quesito referendario: l'intervento sulla delega legislativa per la rideterminazione dei collegi elettorali

Consapevoli di tale consolidato orientamento giurisprudenziale, gli estensori del quesito hanno tentato di risolvere il problema dell'autoapplicatività intervenendo su altre due disposizioni.

La prima è l'art. 3 della legge n. 51 del 2019 ("Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari") citata *supra*, da cui veniva espunto ogni riferimento alla revisione costituzionale *in itinere*: l'abrogazione parziale dell'art. 3 della legge n. 51 del 2019 era chiesta per adattare la delega ivi contenuta al mutamento del sistema elettorale determinato dall'eventuale esito positivo del referendum abrogativo.

La seconda disposizione oggetto del quesito è l'art. 3 della legge n. 165 del 2017 (c.d. legge Rosato), avente ad oggetto la delega al governo per la ridefinizione dei collegi, resasi necessaria con l'introduzione del nuovo sistema elettorale, dalla quale veniva eliminato qualsiasi riferimento ai collegi plurinominali. Apparentemente quest'ultimo ritaglio normativo sembrerebbe inutile, in quanto tale delega è già stata esercitata. In realtà, è l'art. 3, commi 2 e 3, della legge n. 51 del 2019 a richiamare l'art. 3 della legge n. 165 del 2017 per la determinazione dei principi e criteri direttivi della legge di delega: la funzione di tale operazione era di agganciare quanto stabilito sul punto dalla legge Rosato alla disciplina che sarebbe dovuta risultare dall'abrogazione referendaria, in modo da ottenere – nella intenzione delle Regioni promotrici – una delega dotata di tutti gli elementi essenziali, principi e criteri direttivi inclusi.

In sintesi, i Consigli regionali proponenti tentavano di aggirare il problema dell'autoapplicatività della normativa di risulta manipolando la delega conferita al Governo in caso di riduzione del numero dei parlamentari per adattarla all'ipotesi di approvazione del referendum abrogativo e conseguente espansione dei collegi maggioritari uninominali. Per raggiungere tale obiettivo il quesito interveniva sull'art. 3 della legge n. 51 del 2019, eliminando ogni riferimento alla riforma. Tuttavia, veniva espunto anche il termine iniziale di esercizio della delega, dando apparentemente luogo ad una delega legislativa senza termine iniziale per il suo esercizio. In realtà, un'interpretazione della normativa di risulta teleologicamente orientata rispetto all'obiettivo del quesito referendario sembra suggerire che il risultato concretamente perseguito fosse di far decorrere i sessanta giorni non dall'approvazione della legge n. 51 del 2019, ma dall'abrogazione eventualmente prodotta per effetto dal referendum. La manipolazione dell'art. 3 della legge n. 165

del 2017 risultava essenziale in quanto la norma veniva richiamata dall'art. 3 della legge n. 51 del 2019 per la determinazione dei principi e criteri direttivi.

Nell'intenzione dei Consigli regionali proponenti, tale operazione avrebbe dovuto condurre ad una delega legislativa perfettamente operativa, in modo da consentire la rideterminazione dei collegi a seguito dell'eventuale esito positivo del referendum abrogativo.

4. La necessaria manipolatività dei quesiti referendari nella materia elettorale

L'uso del concetto di manipolazione si afferma originariamente con riferimento ad una particolare tipologia di sentenze di accoglimento, «per sottolineare che il loro scopo è la trasformazione del significato della legge, piuttosto che la sua eliminazione o la sua interpretazione conforme alla Costituzione»[26]. Riferendosi, in particolare, alle sentenze di accoglimento parziale, Zagrebelsky osserva che «l'eliminazione di una parte della portata normativa di una disposizione voluta dal legislatore come un tutto inscindibile potrebbe a tal punto stravolgerne il senso da renderla irriconoscibile alla volontà iniziale del legislatore stesso, pur derivando da una pronuncia formulata in termini formalmente negativi»[27]. Le similitudini con il fenomeno dei referendum manipolativi appaiono evidenti: il loro obiettivo è esattamente «la modificazione di una determinata norma, allorché oggetto della richiesta sia (com'è consentito dall'art. 27, ult. co., della legge del 1970) 'la abrogazione di parte di uno o più articoli della legge', ossia singole proposizioni, parole, incisi del testo, anche privi di autonomo significato normativo»[28].

In questa sede non è possibile soffermarsi sull'ampio dibattito dottrinale attorno alla ammissibilità dei referendum manipolativi in rapporto al diverso fenomeno delle sentenze manipolative di accoglimento[29], dovendo concentrare

---

[26] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* il Mulino, Bologna, 1988, 296 e ss.

[27] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* il Mulino, Bologna, 1988, 300 e ss.

[28] Così Corte cost., sent. n. 32/1993, punto 3 del *Considerato in diritto*.

[29] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto,* Torino, 1984, 193 e ss. Secondo l'A., il referendum abrogativo previsto dalla Costituzione "non serve per riscrivere la legge, ma per eliminarla". Pur ammettendo che la distinzione tra i due risultati possa talvolta non essere chiara, afferma che "chiara è l'esigenza di evitare un uso distorto dello strumento dell'art. 75, che non a caso il costituente ha voluto limitare alla sola efficacia abrogativa". A questo orientamento si contrappone l'opinione, di ispirazione crisafulliana, secondo cui non è possibile distinguere abrogazione e manipolazione normativa. Abrogare, infatti, significa pur sempre disporre in modo diverso, dando vita ad un assetto normativo diverso, comune anche alla manipolazione referendaria. Cfr. F. SORRENTINO, *L'ammissibilità dei referendum manipolativi*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 5 e 6 luglio 1996, Milano,

l'oggetto di questa analisi sulla giurisprudenza costituzionale in materia di referendum abrogativi.

Nella sentenza n. 36 del 1997 la Corte dichiara l'inammissibilità di un referendum sui limiti massimi di pubblicità nella disciplina radiotelevisiva, in ragione della manipolatività del quesito, argomento successivamente ripreso con frequenza dalla giurisprudenza costituzionale successiva[30]. Secondo il giudice delle leggi, «l'individuazione allora, nella struttura del quesito, accanto al profilo di soppressione di mere locuzioni verbali […] del profilo di sostituzione della norma abroganda con altra assolutamente diversa, non derivante direttamente dall'estensione di preesistenti norme o dal ricorso a forme autointegrative, ma costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, pone in luce il carattere propositivo del quesito stesso» [31]. Dalla lettura congiunta della pronuncia emerge come l'inammissibilità derivi non dalla manipolazione in sé considerata, ma dalla sostituzione della normativa vigente con una nuova, del tutto estranea rispetto ad essa, ottenuta "combinando" tra loro i frammenti che residuerebbero dopo l'abrogazione referendaria.

La materia elettorale gode da sempre di un particolare statuto all'interno della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum abrogativo (e non solo, come dimostrano le sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017). Tale circostanza discende dalla necessaria autoapplicatività della normativa di risulta, illustrata nel paragrafo precedente: l'esigenza di mantenere la costante operatività del sistema elettorale influenza inevitabilmente la formulazione del quesito referendario che, contrariamente ad ogni altro ambito, deve essere *necessariamente manipolativo*. L'irrilevanza della sua formulazione emerge sin dalla sentenza n. 32 del 1993, in cui si afferma che «sono assoggettabili a referendum popolare anche le leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, alla duplice condizione che i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente

---

1998, 188 e ss. In merito alla impossibilità di distinguere abrogazione parziale e manipolazione, si veda V. CRISALFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* Vol. II, Cedam, Padova, 1984, 98 e ss.: secondo l'A., ciò deriverebbe dalla difficile distinzione tra disporre in positivo e disporre in negativo, tramite abrogazione. Nello stesso senso, si veda anche R. BIN, *Scivolando sempre più giù,* in *Elettori legislatori,* cit., 27 ss. In senso fortemente contrario all'ammissibilità dei referendum abrogativi manipolativi, si veda: A. PIZZORUSSO, *Anomalie e incongruenze della normativa costituzionale ed ordinaria in tema di referendum abrogativo,* in *Il giudizio di ammissibilità,* cit., 122 e ss.; L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum,* in *Il giudizio di ammissibilità,* cit., 21 e 22.

[30] Cfr. Corte cost., sent. n. 46 del 2003; nn. 38 e n. 50 del 2000 e n. 26 del 2017.

[31] Corte cost., sent. n. 36/1997, punto 4 del *Considerato in diritto.*

unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile […]. Quando siano rispettate tali condizioni, è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo»[32]. Tale concetto è stato successivamente ripreso nella successiva sent. n. 5 del 1995, secondo cui, «in ordine alla struttura formale del quesito, si è ritenuto […] che esso può includere anche porzioni del testo legislativo (frasi o parole) brevissime e prive di autonomo significato normativo […]. L'esigenza di adoperare una tecnica di particolare puntualità e precisione nella formulazione del quesito […] assume poi […] un ulteriore e specifico rilievo, in quanto […] sussiste la necessità di soddisfare […] "l'indefettibilità della dotazione di norme elettorali per gli organi la cui composizione elettiva è espressamente prevista nella Costituzione"»[33].

5. L'inammissibilità del quesito per eccessiva manipolatività dell'intervento sulla delega legislativa

La Corte, chiamata a valutare l'ammissibilità del referendum abrogativo proposto contro il *Rosatellum-bis*, nella sent. 10/2020 anzitutto riconosce la sussistenza dei caratteri della chiarezza, dell'omogeneità e della univocità del quesito, oltre alla sua matrice razionalmente unitaria.

Ciò premesso, viene richiamata la necessaria autoapplicatività della normativa di risulta, attingendo alla ricca giurisprudenza costituzionale sul punto. Come affermato nella motivazione, la soluzione prospettata dai Consigli regionali proponenti non assicurava affatto l'immediata applicabilità delle norme residue, in quanto «non si può non osservare che l'ineludibile necessità che siano ridisegnati i collegi elettorali e che sia quindi adottato un decreto legislativo a ciò diretto, ulteriore rispetto all'esito del referendum, finirebbe ugualmente per vanificare le prospettive di ammissibilità dell'iniziativa referendaria»[34].

Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, la non immediata applicabilità non costituisce il cardine attorno al quale viene imperniata la motivazione. Infatti, è la eccessiva manipolatività dell'intervento sulle norme di delega che giustifica l'esito cui giunge la Corte. È il caso di sottolineare anche un altro aspetto: dopo la sentenza n. 1 del 2014, in cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale delle c.d. liste bloccate, anche il concetto di autoapplicatività della normativa di risulta sembra essere sfumato. Si può davvero sostenere che la legge elettorale emersa da tale pronuncia fosse realmente autoapplicativa? Al fine di garantire l'operatività

---

[32] Corte cost., sent. n. 32/1993, punto 2 del *Considerato in diritto.*

[33] Corte cost., sent. n. 5/1995, punto 2.2 del *Considerato in diritto.*

[34] Corte cost., sent. n. 10 del 2020, punto 7.2 del *Considerato in diritto.*

della legge elettorale, dichiarata l'illegittimità delle liste bloccate, la Corte ha previsto la possibilità di esprimere un voto di preferenza, giustificando questa scelta in base al referendum del 1991, abrogativo delle preferenze plurime[35]. Consapevole dei dubbi che tale operazione avrebbe potuto suscitare, previene le possibili obiezioni affermando che eventuali *inconvenienti* – espressione mutuata dalla sentenza n. 47 del 1991, pronunciata nel giudizio di ammissibilità del summenzionato referendum – «possono essere risolti mediante l'impiego degli ordinari criteri d'interpretazione, alla luce di una rilettura delle norme già vigenti coerente con la pronuncia di questa Corte», o «mediante interventi normativi secondari, meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate»[36]. Le cose, invero, erano meno semplici di quanto ammesso dalla Corte. In primo luogo, la disciplina sulla conformazione e l'aspetto delle schede elettorali non prevedeva la possibilità di esprimere alcun voto di preferenza. In secondo luogo, nella normativa di risulta era completamente assente qualsiasi indicazione circa il computo dei voti di preferenza[37]. Infine, considerando che la disciplina relativa all'aspetto e alla conformazione della scheda elettorale è contenuta in fonti primarie, risulta difficile comprendere come atti regolamentari potessero normare questi aspetti[38]. A dimostrazione del fatto che il criterio dell'autoapplicatività della normativa di risulta abbia subito un allentamento, si noti come la pronuncia in commento, quando affronta il problema dell'abrogazione totale della scheda elettorale ad opera del quesito, richiami la medesima giurisprudenza citata nella sentenza n. 1 del 2014[39]. Ciò produce l'effetto di derubricare l'abrogazione della scheda elettorale ad «inconvenient[e] superabil[e] mediante l'impiego degli ordinari criteri d'interpretazione, o comunque risolvibil[e] "anche mediante interventi normativi secondari, meramente tecnici ed applicativi"», analogamente a quanto

---

[35] Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 6 del *Considerato in diritto.*

[36] Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 6 del *Considerato in diritto.*

[37] F. SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull'equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità,* in *forumcostituzionale.it,* Rassegna n. 2/2014, 18-21; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 ad una prima lettura,* in *forumcostituzionale.it,* Rassegna 1/2014, 4; A. RIVIEZZO, *Nel giudizio in via incidentale in materia elettorale la Corte forgia un tipo di dispositivo inedito: l'annullamento irretroattivo come l'abrogazione. È arrivato l'"abroga-mento"?* in *forumcostituzionale.it,* Rassegna 3/2014, 3-4.

[38] F. SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità,* cit., 17; R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza,* in *federalismi.it,* 2/2014, 9; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince,* in *Nomos,* 3/2013, 15.

[39] Corte cost., sent. n. 10 del 2020, punto 6 del *Considerato in diritto.*

avvenuto nella pronuncia del 2014 con riferimento all'inserimento nella scheda elettorale della preferenza unica.

Per quanto riguarda la parte del quesito relativa al sistema elettorale, non pare vi siano dubbi sulla sussistenza dei requisiti di omogeneità, univocità, chiarezza e di una matrice razionalmente unitaria. In tal caso è evidente l'intento dei proponenti di estendere a tutti i seggi il meccanismo di assegnazione su base maggioritaria uninominale. Qualche dubbio sembra porsi per la delega legislativa. Il difetto di chiarezza è da individuare nell'abrogazione del *dies a quo* della delega di cui all'art. 3 della legge n. 51 del 2019; infatti, pur essendo intuibile la *ratio* alla base, è da rilevare la singolarità di una delega priva di *dies a quo*. Se è chiara l'intenzione dei promotori di sostituire l'originario termine iniziale con quello derivante dal momento di produzione dell'effetto abrogativo, questa *intentio* non può sostituirsi al testo scritto, che nel caso di specie nulla dice quanto al *dies a quo* della delega.

La Corte incentra la motivazione della inammissibilità del quesito sulla eccessiva manipolatività di esso in relazione alla delega. Si tratta di una scelta persuasiva: se il quesito avesse avuto ad oggetto esclusivamente il sistema elettorale, non vi è dubbio che l'inammissibilità si sarebbe potuta basare direttamente sui precedenti in materia di autoapplicatività della normativa di risulta, salvo clamorosi mutamenti giurisprudenziali. La manipolazione della delega legislativa rappresenta l'elemento innovativo del quesito in esame ed è su di essa che si è dovuto concentrare il giudizio di ammissibilità.

La Corte rileva che il quesito «presuppone una modifica della disposizione di delega che ne investe l'oggetto, la decorrenza del termine per il suo esercizio, i principi e criteri direttivi e la stessa condizione di operatività», da cui deriva che «l'intervento richiesto sull'art. 3 della legge n. 51 del 2019 è dunque solo apparentemente abrogativo e si traduce con tutta evidenza in una manipolazione della disposizione di delega diretta a dare vita a una "nuova" norma di delega, diversa, nei suoi tratti caratterizzanti, da quella originaria»[40]. Ciò è evidente se si considera che «tutti i "caratteri somatici" della legge di delegazione – individuati dall'art. 76 Cost. come condizioni per la delega dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento – si presenterebbero completamente modificati nella delega di risulta»[41]. A mutare sarebbero l'oggetto, che diverrebbe «Delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali»; il *dies a quo* per l'esercizio della delega che, come si è visto, dovrebbe individuarsi in via interpretativa nel momento di entrata in vigore del referendum e non più della riduzione del numero dei parlamentari, cui si aggiunge l'abrogazione della condizione sospensiva della riduzione

[40] Corte cost., sent. n. 10 del 2020, punto 7.2 del *Considerato in diritto.*

[41] Ibidem.

del numero dei parlamentari: in questo modo, si eliminerebbe il legame genetico con la revisione costituzionale, ottenendo una delega stabile e svincolata da ogni evento esterno. Ad ulteriore conferma della manipolatività del quesito viene rilevato che la delega sarebbe rimasta esercitabile anche in caso di entrata in vigore della riduzione del numero dei parlamentari, potendo essere potenzialmente oggetto di un duplice esercizio[42]. Ciò costituisce un ulteriore indizio della natura fortemente manipolativa del quesito in esame, che non poteva che condurre alla inammissibilità del quesito.

Particolare attenzione merita il tema dei principi e criteri direttivi della delega: nell'intenzione dei proponenti, essi avrebbero dovuto trovare applicazione nella determinazione dei collegi del sistema interamente maggioritario delineato nel quesito. Occorre ricordare che i principi e criteri in questione vennero elaborati nel 2017, per un sistema elettorale che prevedeva 231 collegi uninominali per la Camera e 109 per il Senato, per poi essere richiamati nel 2019, con la prospettiva dell'approvazione della riduzione del numero dei parlamentari, in un sistema elettorale che avrebbe previsto 147 collegi uninominali alla Camera e 74 al Senato. Nel caso in cui la riduzione del numero dei parlamentari fosse stata portata a termine i seggi uninominali avrebbero dovuto essere rispettivamente 400 e 200, in caso contrario sarebbero rimasti 630 e 315. I medesimi principi e criteri direttivi, secondo i proponenti, avrebbero potuto trovare applicazione indifferentemente ad uno qualsiasi degli scenari prospettati: la circostanza che essi vengano trapiantati e incollati da una delega pensata per dare attuazione alla riduzione del numero dei parlamentari ad una che dovrebbe disegnare un sistema completamente maggioritario dimostra ancora una volta la manipolatività del quesito.

In questa sede non è possibile soffermarsi sulla eccezione di illegittimità costituzionale proposta dai rappresentanti dei Consigli regionali nell'ambito del procedimento referendario, avente ad oggetto l'art. 37, comma 3, secondo periodo della legge n. 352 del 1970. Tale censura, in particolare, investiva la disposizione citata

---

[42] F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019,* in Nomos, n. 3/2019, 13 e ss. Accantonando l'ipotesi in cui il referendum costituzionale non si fosse dovuto svolgere per mancata raccolta delle firme dei parlamentari, occorre analizzare il quadro che si sarebbe prospettato qualora il quesito fosse stato dichiarato ammissibile. Tra i numerosi scenari ipotizzabili merita particolare attenzione quello in cui qualora si fosse svolto il referendum costituzionale prima di quello abrogativo – come effettivamente sarebbe dovuto accadere il 29 marzo – il Governo avrebbe potuto esercitare la delega prima di quest'ultimo e, pertanto, l'abrogazione sarebbe intervenuta su una delega esaurita, dando luogo ad un duplice esercizio della stessa, nella versione originaria in occasione del referendum costituzionale e in quella manipolata dopo il referendum abrogativo.

nella parte in cui non prevede la sospensione *de jure* degli effetti del referendum approvato, condizionata all'adozione delle misure applicative sufficienti ad assicurare la piena operatività della legge costituzionalmente necessaria e, segnatamente, della legge elettorale per organi costituzionali o di rilevanza costituzionale. La motivazione alla base della inammissibilità del quesito non si è basata sulla carenza di autoapplicatività della normativa di risulta e, di conseguenza, tale eccezione è stata respinta.

6. Conclusioni: tutte le strade conducono al difetto di autoapplicatività della normativa di risulta

Nella pronuncia in commento la Corte costituzionale non delinea lo statuto sull'ammissibilità del referendum abrogativo delle leggi di delega, pur trattandosi del primo quesito avente ad oggetto tale categoria di fonti. Si tratta indubbiamente di una scelta prudente, che non vincola la futura giurisprudenza costituzionale. Tuttavia possono individuarsi alcuni punti fermi: anzitutto il referendum sulle leggi di delega è in sé certamente ammissibile, ma non è possibile manipolare una delega al punto da crearne una diversa. Ciò accade nel momento in cui vengono modificati i caratteri distintivi individuati dall'art. 76 Cost., ossia l'oggetto, il termine e i principi e criteri direttivi, elementi sui quali il quesito in esame interveniva pesantemente. In sostanza, se è possibile l'abrogazione totale di una legge di delega, diversa è la risposta per l'abrogazione parziale, consentita a condizione che la manipolazione non travalichi nel conferimento di una nuova delega.

In conclusione, è interessante osservare come fino alla sentenza n. 10 del 2020 i referendum elettorali siano stati dichiarati inammissibili in ragione della non immediata applicabilità della normativa di risulta. Come si è visto *supra*, per produrre una normativa autoapplicativa (e quindi essere ammissibile) il quesito deve essere necessariamente manipolativo. Ciò ha indotto i promotori ad affinare sempre di più la tecnica del ritaglio normativo. Le vicende delle sentenze nn. 5 del 1995, 26 del 1997 e 13 del 1999 sono esemplificative: pur avendo ad oggetto la medesima legge elettorale e pur ponendosi il medesimo obiettivo – la soppressione, attraverso metodi diversi, della quota proporzionale del Mattarellum – soltanto nell'ultima sentenza viene dichiarata l'ammissibilità del quesito, giunto ad un livello di manipolatività tale da renderlo autoapplicativo. Nella recente pronuncia si assiste, invece, all'importazione nella materia elettorale di un motivo di inammissibilità – la eccessiva manipolatività – che finora era stato applicato in ambiti diversi: a dimostrazione di ciò, si noti come la Corte abbia richiamato in motivazione alcuni stralci della sentenza n. 36 del 1997, nella parte in cui afferma che il quesito referendario non si può tradurre «in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria ratio e struttura della disposizione», che sembrerebbe smentire quanto affermato nella sentenza n. 32 del

1993, secondo cui «è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo». Si tratta di una contraddizione più apparente che reale, in quanto la pronuncia del 1993 si riferiva alla manipolazione del sistema elettorale, mentre la sentenza in commento giustifica la inammissibilità del quesito per la manipolatività della norma di delega che, come abbiamo visto, è soggetta a limiti più stringenti.

Tra i quesiti in materia elettorale dichiarati inammissibili sembra che quello in esame si avvicini più di altri alla autoapplicatività della normativa di risulta. Si potrebbe sostenere, infatti, che agli estensori del quesito non si possa chiedere più di quanto normalmente fa il legislatore ordinario quando approva una nuova legge elettorale (o in sede di revisione costituzionale con la riduzione del numero dei parlamentari): al riguardo, occorre precisare che dal 1993 in poi (a cominciare, quindi, dall'art. 7 della legge n. 277 del 1993) la determinazione dei collegi è sempre stata affidata al Governo sulla base di un'apposita norma di delega[43], in modo non dissimile da quanto proposto dal quesito referendario. Tuttavia, vi sono due aspetti che meritano di essere sottolineati. Anzitutto non si tratta dell'unica soluzione possibile: le Camere ben potrebbero disegnare i collegi elettorali autonomamente, magari avvalendosi dei medesimi esperti individuati dalla delega per coadiuvare il Governo. Ciò è tanto più utile nell'ipotesi in cui quest'ultimo, per qualsiasi ragione, non dovesse dare attuazione alla delega, ferma restando la carenza di rimedi contro l'inerzia dell'esecutivo nel caso in cui venga conferita dal corpo elettorale. Infatti, come sottolinea la sentenza, non vi è alcun obbligo costituzionale che imponga al Governo di dare attuazione ad una delega, sia questa attribuita direttamente dal Parlamento o dal corpo elettorale, manipolando una delega esistente[44]. Con specifico riferimento a quest'ultimo punto, un'ulteriore ragione della

---

[43] Sono evidenti le ragioni per le quali la determinazione dei collegi elettorali è rimessa a un decreto legislativo: si tratta, infatti, di un'attività che richiede particolari competenze tecniche sulla base di valutazioni statistiche, geografiche e demografiche e che quindi mal si attaglia a essere oggetto di approvazione da parte del Parlamento con legge ordinaria. Da questo punto di vista lo strumento del decreto legislativo consente di conciliare opposte esigenze: da un lato, quella di assicurare un controllo parlamentare, sia preventivo (nella definizione della delega) sia successivo (nell'espressione del parere delle commissioni parlamentari competenti), dall'altro, quella di sottrarre la determinazione dei collegi elettorali alle dinamiche parlamentari.

[44] Corte cost., sentenza n. 10 del 2020, punto 7.1 del *Considerato in diritto*: «l'opera di revisione dei collegi "è pur sempre destinata a concludersi, dopo un complesso procedimento, con l'approvazione di una legge, ovvero con un decreto legislativo emanato dal Governo sulla base di una nuova legge di delegazione, così come avvenuto nel 1993", questa

inammissibilità del quesito va individuata proprio nella violazione degli artt. 72, comma 4, e 76 Cost.: preso atto che il quesito dà vita ad una nuova delega, l'*iter* da seguire prevede l'approvazione di un disegno di legge da parte di entrambe le Camere seguendo la procedura ordinaria, non potendosi raggiungere il medesimo obiettivo attraverso la manipolazione di una delega esistente.

Tuttavia, quanto evidenziato *supra* circa l'insopprimibile esigenza di ridisegnare i collegi e l'impossibilità di costringere il Governo ad attuare una delega attribuita in via referendaria ci riconduce ancora una volta sulla strada della carenza di autoapplicatività della normativa di risulta, che è la ragione dell'intervento sulla delega e, allo stesso tempo, ne conferma la inidoneità a raggiungere lo scopo prefissato.

Corte ha ritenuto "decisivo rilevare che di fronte all'inerzia del legislatore, pur sempre possibile, l'ordinamento non offre comunque alcun efficace rimedio", con il rischio che si determini "la crisi del sistema di democrazia rappresentativa, senza che sia possibile ovviarvi"».

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a bandi pubblici e altri meri 'effetti della condanna penale', anche non definitiva: la Consulta fa chiarezza. (Nota a C. cost. 4 dicembre 2019, n. 248, pres. Lattanzi, est. Viganò)*

ALESSANDRA GALLUCCIO**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 248 del 4 dicembre 2019. Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0248s-19.html.

Sommario

1. Premessa: i problemi sul tappeto. – 2. La legge regionale sottoposta al vaglio di costituzionalità e le censure del Presidente del Consiglio dei ministri. – 3. Il nodo da sciogliere: qual è la 'vera' natura dei requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a concorsi pubblici? – 3.1. L'impossibilità di partecipare a un bando pubblico per via della condanna penale riportata è un 'effetto penale della condanna' o un 'effetto della condanna penale'? – 3.2. Oltre la formale qualificazione della misura: la finalità perseguita, la proporzionalità/ragionevolezza… – 3.3. (segue)…e il ruolo della presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Consulta in materia di meri 'effetti della condanna penale' – 4. L'impossibilità di partecipare a un bando pubblico per via della condanna penale riportata è una pena mascherata? La pronuncia della Consulta. – 5. Riassumendo: lo stato dell'arte in materia e qualche breve considerazione conclusiva.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2020

Suggerimento di citazione

A. GALLUCCIO, *Requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a bandi pubblici e altri meri 'effetti della condanna penale', anche non definitiva: la Consulta fa chiarezza. (Nota a C. cost. 4 dicembre 2019, n. 248, pres. Lattanzi, est. Viganò)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

---

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Assegnista di ricerca in Diritto penale nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: alessandra.galluccio@unimi.it.

1. Premessa: i problemi sul tappeto

Con la sentenza che qui si annota, la Corte costituzionale prende posizione su due problemi di rilevante interesse, tanto per il legislatore regionale quanto per quello nazionale:

i. la possibilità di inserire fra i requisiti 'negativi' per l'accesso a un finanziamento pubblico l'assenza di condanne per un novero più o meno ampio di delitti (generalmente, ma non esclusivamente, delitti contro la pubblica amministrazione e contro il patrimonio mediante frode);

ii. la facoltà di fare riferimento, quale criterio discretivo, non solo a sentenze già passate in giudicato, ma anche a provvedimenti che – pur contenendo un compiuto accertamento della responsabilità penale dell'imputato – non abbiano le caratteristiche della condanna definitiva (tipicamente, sentenze di primo o di secondo grado).

Il tema, così posto, assume – come si diceva – un carattere 'trasversale' alla legislazione nazionale e a quella regionale. La vicenda concreta nella quale tali problemi trovano emersione, tuttavia, introduce un ulteriore elemento di complessità, che induce la Corte a interrogarsi *funditus* sulla natura dei requisiti di 'onorabilità' cui si faceva riferimento; tali requisiti sono infatti – nel caso di specie – contenuti in una legge regionale.

Procediamo con ordine, illustrando i termini della questione sottoposta al Giudice delle leggi.

2. La legge regionale sottoposta al vaglio di costituzionalità e le censure del Presidente del Consiglio dei ministri

Il giudizio di legittimità è – nel caso di specie – promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri[1] ed ha ad oggetto l'art. 6, comma 4, lettera e) della legge della Regione Umbria n. 11 del 2018[2] – pubblicata il 12 dicembre 2018[3] – recante *Norme in materia di sostegno alle imprese che operano nell'ambito dell'informazione locale*. Il provvedimento legislativo in questione, in particolar modo, prevede la possibilità di accedere al finanziamento di una serie di attività strumentali all'esercizio di detta attività imprenditoriale (innovazione tecnologica delle attrezzature e dei mezzi di produzione; diffusione di contenuti attraverso nuove piattaforme distributive;

---

[1] Con ricorso notificato l'11-14 febbraio 2019, depositato in cancelleria il 18 febbraio 2019, iscritto al n. 25 del registro dei ricorsi del 2019 e pubblicato in G.U. n. 15, prima serie speciale, 2019.

[2] Precisamente, l.r. 4 dicembre 2018, n. 11.

[3] Nel Bollettino Ufficiale, n. 64, S.o. n. 1 del 12 dicembre 2018.

iniziative di autoproduzione *etc.*), al fine di favorire – in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 21 dello Statuto regionale – «il pluralismo dei mezzi di informazione e di comunicazione».

La facoltà per la Regione di intervenire con strumenti di supporto alle imprese in questo ambito – conviene precisarlo subito – non è oggetto del dubbio di costituzionalità paventato dal Presidente del Consiglio dei ministri; tale possibilità – esercitata, del resto, da numerose altre regioni italiane[4] – è infatti rientrante almeno nell'ambito della competenza concorrente di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., che espressamente menziona l'«ordinamento della comunicazione», oltreché il «sostegno all'innovazione per i settori produttivi».

Controversa è invece – sia dal punto di vista del riparto di competenze, come si diceva, sia sotto il diverso profilo della violazione della presunzione di innocenza – la disposizione di cui all'art. 6 della legge in questione, che disciplina i requisiti per l'accesso al finanziamento dei suddetti interventi; e, più precisamente, il comma 4, lettera e) di tale articolo, il quale stabilisce che «*sono escluse dai finanziamenti* […] *le imprese i cui titolari o editori abbiano riportato condanna, anche in via non definitiva, per i reati di cui al libro II, titolo II, capo II (Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione) ovvero al titolo XIII, capo II (Dei delitti contro il patrimonio mediante frode) del codice penale*».

Proprio tale disposizione – secondo il rimettente – sarebbe incostituzionale per violazione: tanto della competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento penale (*ex* art. 117, comma 2, lettera l) Cost.), in quanto comporterebbe «*per i reati ivi citati, un effetto extrapenale della condanna, collegando tale effetto ad un asserzione di responsabilità non necessariamente coperta dal giudicato*»; quanto della presunzione di innocenza (*ex* art. 27, comma 2, Cost.), poiché, appunto, tale effetto preclusivo si produrrebbe anche in assenza di una sentenza irrevocabile di condanna.

3. Il nodo da sciogliere: qual è la 'vera' natura dei requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a concorsi pubblici?

Il nodo centrale della vicenda che ci occupa è rappresentato dalla 'vera' natura delle misure oggetto del dubbio di costituzionalità.

---

[4] Cfr., ad esempio, fra le leggi più recenti: Regione Veneto, l.r. 11 maggio 2015, n. 12 (*Norme in materia di sostegno al sistema radiotelevisivo ed editoriale locale e per la equa retribuzione della professione giornalistica*); Regione Molise, l.r. 20 maggio 2015, n.11 (*Disciplina del sostegno all'editoria locale*); Regione Lazio, l.r. 28 ottobre 2016, n.13 (*Disposizioni di riordino in materia di informazione e comunicazione*); Regione Emilia-Romagna, l.r. 23 giugno 2017, n. 11 (*Sostegno all'editoria locale*).

Tale questione assume rilievo in relazione alla presunta violazione della presunzione di non colpevolezza – è evidente, infatti, come con tale garanzia possano contrastare solo misure aventi natura propriamente sanzionatoria, inflitte prima della sentenza di condanna –, ma è centrale anche in relazione alla paventata violazione del riparto di competenza fra Stato e regioni (art. 117, comma 2, Cost.) e mediatamente – ci pare – della riserva di legge in materia penale (alla luce del diverso e non invocato parametro di cui all'art. 25 , comma 2, Cost.).

Se l'impossibilità di partecipare a un bando pubblico in ragione della condanna (definitiva o meno) per un delitto contro la pubblica amministrazione o il patrimonio, infatti, costituisse una vera e propria pena, in senso formale o anche solo sostanziale, ecco che le posizioni del legislatore nazionale e di quello regionale sul tema si differenzierebbero notevolmente; solo al primo, invero, spetterebbe – nel rigoroso rispetto della competenza esclusiva a lui attribuita dalla Costituzione in materia di ordinamento penale e del fondamento politico della riserva di legge – il potere di prevedere e disciplinare una sanzione di tal genere.

Proprio dalla 'vera' natura dei requisiti di 'onorabilità' di cui si è detto converrà allora prendere le mosse: stabilendo, dapprima, se essi possano essere ritenuti veri e propri 'effetti penali della condanna' – e, dunque, pene in senso formale[5] e sostanziale – o se essi non costituiscano, piuttosto, meri 'effetti della condanna penale': misure formalmente non penali, la cui natura sostanziale debba indagarsi in concreto. Dalla posizione assunta in relazione a questo primo quesito – le misure oggetto del dubbio di costituzionalità sono da ritenersi (formalmente e) sostanzialmente penali? – deriveranno, infatti, tanto le risposte in materia di riparto di competenze, quanto quelle relative al necessario rispetto della presunzione di non colpevolezza.

3.1 L'impossibilità di partecipare a un bando pubblico per via della condanna penale riportata è un 'effetto penale della condanna' o un 'effetto della condanna penale'?

Da lungo tempo la dottrina penalistica denuncia l'assenza di una trattazione completa ed esaustiva del significato della locuzione 'effetti penali della condanna'[6]. In

---

[5] Anche agli effetti penali della condanna, infatti, la manualistica estende le garanzie di cui all'art. 25, comma 2 Cost. in materia di legalità delle pene. Si veda, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, 219.

[6] Cfr. LARIZZA, voce *Effetti penali della condanna*, in *Dig. disc. pen.,* IV ed., Torino, 1990, 203. L'autrice sottolinea tuttavia alcuni pregevoli ma risalenti contributi apportati, pur in una ricostruzione frammentaria del tema: CAVALLO, *Diritto penale*. Parte generale, III ed., Napoli, 1959, 259 s; CONTENTO, *Istituzioni di diritto penale. Corso di lezioni*,

tale ambito, all'assenza di una definizione legislativa si accompagna una certa frammentarietà dell'indagine, che rende tuttora controversa la precisa definizione dei contorni dell'espressione appena esaminata[7].

Più in particolare, individuato come carattere comune all'intero *genus* degli effetti penali – nel quale devono intendersi ricompresi, quali *species*, le pene accessorie[8] – «*il loro prodursi come conseguenze automatiche della condanna*[9]», controverso in dottrina è il criterio sulla base del quale dovrebbero distinguersi: *i*) le pene accessorie dagli 'altri' effetti penali della condanna; *ii*) e tali 'altri' effetti penali della condanna dalle ulteriori conseguenze – da considerarsi non penali[10] – cui una condanna penale può dar luogo. L'esistenza, infatti, di un certo numero di conseguenze della sentenza penale che non appartengono alla categoria suddetta è – viene osservato[11] – implicita nel fatto che la legge[12] «*non* parl[i] di *effetti della condanna penale*, bensì *di effetti penali della condanna*».

La prima fra le distinzioni ora accennate, per quanto di rilevanza tutt'altro che nominalistica[13], esula dagli scopi della presente nota; è sulla seconda di tali distinzioni – quella fra 'effetti penali della condanna' e 'effetti della condanna penale' –

Milano, 1974, 237; BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 1988, 403 s.

[7] Sulle persistenti difficoltà di individuazione dei tratti caratteristici della categoria si veda, ad esempio, SOLINAS, *Effetti penali della condanna e riabilitazione*, in COCCO-AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Milano, 2015, 247.

[8] In questo senso il dettato dell'art. 20 c.p., il quale dispone che «le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa». Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed., Torino, 2000, 711; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2013, 783.

[9] Cfr. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* VIII ed., Milano, 2019, 720.

[10] O, comunque, «effetti giuridici non penali, di restrizione di diritti, la cui disciplina sta al di fuori dell'ordinamento penale», cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, 568.

[11] Cfr. ancora MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., 721 (*corsivo degli autori*).

[12] Agli artt. 1 c.p., 2, comma 2 c.p., *etc.*

[13] Tale distinzione, infatti, comporta rilevanti conseguenze pratiche, in ragione della particolare 'resistenza' alle cause estintive della pena che distingue gli altri effetti penali della condanna dalle pene accessorie: si pensi, per tutte, al disposto dell'art. 166, comma 1, c.p., il quale stabilisce che «la sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie», ma non, evidentemente, agli effetti penali della condanna diversi da queste ultime.

che converrà invece soffermarsi. Se infatti il primo distinguo, per quanto rilevante, è tutto interno alla materia penale (l'opzione per l'una o per l'altra categoria di misure, cioè, non è tale da mutare il quadro delle garanzie di riferimento, pur potendo influenzare la disciplina dei singoli istituti), la scelta di classificare una determinata misura – sia essa un requisito di 'onorabilità' del tipo di quelli analizzati o, ad esempio, la concessione di una licenza o di un'autorizzazione, l'iscrizione a un albo professionale, l'incandidabilità a ricoprire una carica pubblica – come vero e proprio 'effetto penale della condanna' e non, piuttosto, come mero 'effetto della condanna penale' segna il confine fra la materia penale – con suo potente arsenale di garanzie, riserva di legge e presunzione di non colpevolezza in testa – e gli altri settori dell'ordinamento giuridico.

Ebbene, le risposte fornite dalla dottrina sul punto possono essere sintetizzate in due grandi filoni.

Un primo filone, che potremmo definire 'garantista', mosso dall'afflato di estendere il più possibile l'ambito di applicazione dei principi costituzionali che informano il sistema sanzionatorio penale – primo fra tutti quello di rieducazione del condannato, *ex* art. 27, comma 3, Cost.[14] – finisce sostanzialmente per obliterare la distinzione fra 'effetti penali della condanna' e 'effetti della condanna penale', statuendo che qualunque conseguenza diretta dell'accertamento in sede penale, che si ripercuota su qualsivoglia ambito della vita di relazione del condannato, sia per ciò solo da considerarsi una sanzione penale. Alla stregua di questa impostazione, insomma, ciò che qualifica come 'penale' un effetto della condanna è la fonte (immediata) da cui questo effetto scaturisce: poiché la condanna è penale tutte le sue conseguenze devono, parimenti, considerarsi di natura penale, anche quelle che producano effetti in ambito extrapenale[15].

Al contrario, un secondo filone[16], che potremmo definire 'restrittivo', tiene ferma la distinzione fra 'effetti penali della condanna' e 'effetti della condanna penale', individuando il discrimine fra le due classi di misure nell'ambito

---

[14] Cfr. in questo senso, in particolar modo, LARIZZA, voce *Effetti penali*, cit., 208; CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, 321 ss.

[15] Cfr. SALTELLI-ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, II ed., Torino, 1940, 162 s.; CAVALLO, *Diritto penale*, cit., 260 s.; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, IV ed., Torino, 1981, 682; FRISOLI, voce *Effetti penali della sentenza*, in *Enc. dir.,* XIV, Milano, 1965, 410 s.; CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1982, 824 s.; LARIZZA, voce *Effetti penali*, cit., 208. Un'accezione lata della locuzione 'effetti penali della condanna' sembra poi adottata da D. SIRACUSANO, voce *Condanna*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1961, 733.

[16] Risalente a PANNAIN, *Le incapacità giuridiche quali effetti – penali o non – delle sentenze penali,* in *Ann. Camerino*, 1938, 25 ss. e *passim*.

dell'ordinamento giuridico nel quale esse sono destinate a spiegare la loro efficacia. Alla luce di tale orientamento sono 'effetti penali della condanna' solo quelli «*che incidono su veri e propri rapporti di diritto penale sostantivo o processuale, operando non solo sulla pena in senso stretto (o per rendere possibile l'applicazione o per aumentare la quantità, ovvero per impedire qualche beneficio), ma anche influendo su determinati atti di diritto processuale penale, e perfino sull'abitualità, professionalità […] e sulle misure di sicurezza*[17]». Viceversa, non possono considerarsi effetti penali della condanna quelle conseguenze ulteriori dell'accertamento di responsabilità che – pur discendendo immediatamente da tale accertamento, senza la necessità di ulteriore attività da parte dei pubblici poteri – esplichino la loro efficacia in ambito extrapenale.

Quest'ultima impostazione è quella che sembrerebbe maggioritaria; essa è autorevolmente sostenuta dalla più recente manualistica sul punto, ove può leggersi che il *genus* 'effetti penali della condanna' ricomprende tutte quelle conseguenze automatiche dell'accertamento della responsabilità penale: *i)* che «*conseguono alla condanna in modo certo e indefettibile*[18]» (rientrando nella *species* 'pene accessorie') [19]; *ii*) o che «*danno vita ad uno* status *che si tradurrà in un effettivo pregiudizio per il condannato solo in via eventuale, a condizione cioè che nei suoi confronti si apra un nuovo procedimento penale, per un altro reato*[20]» (rientrando invece nella *species* '(altri) effetti penali della condanna').

Così, saranno da considerarsi veri e propri 'effetti penali della condanna' – diversi dalle pene accessorie – ad esempio, alcune delle conseguenze prodotte dalla recidiva (l'esclusione del condannato ultrasettantenne dalla detenzione domiciliare; l'impossibilità di concedere per più di una volta al recidivo reiterato l'affidamento in prova ai servizi sociali, la detenzione domiciliare e la semilibertà; l'impossibilità, per il recidivo reiterato, di accedere al c.d. patteggiamento allargato, etc.)[21]

---

[17] PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 1967, 929.

[18] MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., 721;

[19] Il tema, come si diceva, esula dalla nostra indagine. Basti qui osservare come anche il criterio discretivo fra pene accessorie e altri effetti penali della condanna sia problematico, per via dell'esistenza di pene accessorie che non conseguono alla condanna in modo certo e indefettibile. Di talché è stato osservato che, anche in questo ambito, una sicura distinzione «non è facilmente ricostruibile con sufficiente attendibilità», cfr. per tutti PISA, *Le pene accessorie*, Milano, 1984, 13 s.

[20] MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., 721. Sul punto cfr. anche PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale,* VI ed., Torino, 2016, 563; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 568.

[21] A norma, rispettivamente, degli artt.: 47 *ter*, comma 01, ord. pen.; 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen.; 444, comma 1 *bis* c.p.p.

o dalla dichiarazione di abitualità o professionalità (l'inapplicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto; la non concedibilità della sospensione condizionale della pena, della sospensione del procedimento con messa alla prova, del perdono giudiziale, etc.)[22]; tutte misure – si badi bene – che esplicano i propri effetti all'interno dell'ordinamento penale, penitenziario o di procedura penale.

Viceversa, saranno meri 'effetti della condanna penale' le conseguenze negative fatte derivare – da leggi extrapenali e in ambiti diversi dell'ordinamento giuridico – dalla condanna penale, relative ad esempio: all'accesso a pubblici concorsi; alla iscrizione ad albi professionali; alla concessione di licenze o autorizzazioni; alla incandidabilità a ricoprire una carica pubblica[23].

Breve: alla luce della tassonomia appena descritta – tutta concentrata, come si è visto, sull'ambito di efficacia delle misure prese in considerazione – i requisiti di 'onorabilità' oggetto della pronuncia in commento dovrebbero ritenersi meri 'effetti della condanna penale'; misure, cioè, non soggette alle garanzie che d'ordinario presidiano il sistema sanzionatorio penale: riserva di legge assoluta, irretroattività, sufficiente determinatezza, tassatività, personalità della responsabilità, funzione rieducativa etc.

Eppure – come ci accingiamo a sostenere e come dimostrerà l'accertamento in concreto svolto dal Giudice delle leggi – l'analisi finora svolta non può bastare a fugare i dubbi di costituzionalità aleggianti sulle misure in questione. Com'è ormai pacifico in materia di diritti fondamentali, infatti, la mera qualificazione, alla luce del diritto nazionale, di una determinata misura come sanzione non penale non è condizione sufficiente per sottrarla alle garanzie connesse alla materia penale[24]. Il fatto che i requisiti di 'onorabilità' presi in considerazione non siano, verosimilmente, qualificabili come 'effetti penali della condanna' – e dunque, come sanzioni anche formalmente penali – non esclude che essi possano presentare natura *sostanzialmente penale*; che essi possano, in altri termini, rappresentare 'pene nascoste[25]', subdolamente lesive dei diritti dell'imputato.

---

[22] Ai sensi, rispettivamente, degli artt.: 131 *bis*, comma 3, c.p.; 164, comma 2, n. 1, c.p.; 168 *bis*, comma 5, c.p.; 169, comma 3, c.p.

[23] Cfr. ancora MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., 721; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 563.

[24] Qualunque indicazione bibliografica sul punto sarebbe necessariamente lacunosa. Ci limitiamo, nelle note che seguono, a segnalare i più recenti contributi a carattere monografico che si occupano specificamente del tema.

[25] Il riferimento è a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, cui si rimanda per gli approfondimenti sull'inadeguatezza delle definizioni sostanziali dell'illecito penale (7 ss.) e il

3.2 Oltre la formale qualificazione della misura: la finalità perseguita, la proporzionalità/ragionevolezza…

Abbiamo osservato come l'analisi circa la formale qualificazione nell'ordinamento dei requisiti di 'onorabilità' oggetto della sentenza in commento debba, verosimilmente, farci propendere per la natura non penale di questi ultimi. Tuttavia, la qualificazione formale di una misura non può mai considersi decisiva: indipendentemente dall'etichetta di meri 'effetti della condanna penale', le misure in questione potrebbero, infatti, presentare – dal punto di vista sostanziale – le caratteristiche di vere e proprie pene mascherate.

L'ipotesi non è del tutto peregrina, soprattutto alla luce degli insegnamenti della più attenta dottrina, ad esempio, in materia di pene accessorie interdittive, sanzioni delle quali sovente si denuncia l'elevato grado di afflittività[26]; si tratta di misure che possono presentare contenuti – a ben vedere – non troppo dissimili da quelli oggetto d'indagine. Di qui la necessità – che vedremo fedelmente rispecchiata nell'*iter* motivazionale seguito dalla Consulta – di procedere ad una effettiva verifica: *i*) della logica (sanzionatoria, preventiva, riparatoria) delle misure oggetto del dubbio di costituzionalità; *ii*) della ragionevolezza del sacrificio imposto.

Proprio tali due criteri (assieme a quello, puramente nominalistico, della qualificazione nel diritto interno) ricalcano quelli – finalità dell'illecito, gravità del sacrificio imposto – ormai notori del c.d. *Engel test*, sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ormai più di quarant'anni fa[27] e comunemente applicato dai giudici di Strasburgo per determinare quali sanzioni rientrino nella c.d. *matière*

---

fondamentale apporto fornito dalla giurisprudenza europea (26 ss. e *passim*). Sulla nozione di materia penale nella giurisprudenza costituzionale italiana si veda, di recente, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 8 ss. e *passim*.

[26] Si vedano, nella manualistica: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Torino, 2014, 775; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Milano, 2012, 565; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X, Milano, 2017, 762; GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, 2017, 637. Tale idea di fondo è, inoltre, ben presente in LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, 345 ss. e *passim* e FORNASARI, *Le pene accessorie nell'esperienza comparatistica*, in AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, Trieste, 2001, 95 ss. Sulla necessità di constatare l'afflittività di misure di tal genere, volendo, GALLUCCIO, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione*: *le le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del Giudice delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 2018, 896 s.

[27] Nella ormai notoria C. Edu, Plenaria, sent. 8 giugno 1996, *Engel e a. c. Paesi Bassi*. Un test poi precisato dai giudici di Strasburgo soprattuto nelle successive C. Edu, Plenaria, sent. 21 febbraio 1984, *Özturk c. Germania* e – con riferimento al 'nucleo duro' della materia penale – in C. Edu, Grande Camera, sent. 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*.

pénale ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui agli art. 7, 6 paragrafo 2 e 4 Prot. 7 Cedu. Requisiti esplicitamente valorizzati dalla Consulta quando il parametro invocato è l'art. 117 comma 1 in relazione all'art. 7 Cedu – si pensi alla sentenza 276 del 2016, in cui la Corte ha vagliato la conformità a costituzione di una delle incandidabilità[28] di cui alla c.d. 'legge Severino'[29] – ma che, di fatto, pervadono il giudizio sulla estensibilità delle garanzie penalistiche – si pensi a quelle di cui all'art. 25, comma 2, Cost. (soprattutto *sub specie* (ir)retroattività) – a misure la cui vera natura sia dubbia.

Nella già citata sentenza 276 del 2016[30], la Consulta significativamente precisa che «*il principio, desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto 'è desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito…') – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della*

---

[28] C. Cost. 276 del 2016 – in cui, appunto, si lamentava la violazione dell'art. 117 comma 1 in relazione all'art. 7 Cedu – §5.4, 5.5 e 5.6. Sulla pronuncia cfr.: MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi,* in *Dir. pen. proc.*, 9, 2017, 1218 ss.; PUPO, *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla 'legge Severino'*, in *questa Rivista*, 4, 2017, 772 ss.; BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte Edu: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *rivistaaic.it*, 2, 2017, 31 maggio 2017; BAILO, *Una 'pietra tombale' sulla 'natura afflittiva' della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2, 2017, 450 ss.; TORRETTA, '*Legge Severino': la Corte conferma la sua legittimità costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1, 2017, 129 ss.

[29] D.l. 31 dicembre 2012, n. 235. 'Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190'.

[30] Ma già a partire, almeno, da C. cost. 196 del 2010, su cui si vedano le considerazioni di O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in PALIERO-MOCCIA-DE FRANCESCO-INSOLERA-PELISSERO-RAMPIONI-RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, 2016, 158 ss. e – anche in relazione alle successive C. cost. 104 del 2014 e, appunto, 276 del 2016 – di VIGANÒ, *Il* nullum crimen *conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.,* 5 aprile 2017.

commissione del fatto sanzionato'[31]». Si tratta di un principio 'occasionalmente' affermato dal giudice delle leggi – lo precisa la Consulta stessa, limitandone l'applicabilità «*al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale [art. 25, comma 2, Cost.], in virtù del quale una misura 'è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato' […] e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino*[32]» – ma ormai ricorrente nella giurisprudenza della Corte[33] e la cui portata è estremamente significativa[34].

Senza volersi addentrare nella spinosa questione circa la sovrapponibilità delle nozioni 'convenzionale' e 'costituzionale' di pena – che esulerebbe dagli scopi di questa breve nota – basti qui sottolineare come anche la Consulta, sebbene con

---

[31] C. cost. 276 del 2016, § 5.2, con riferimento alle sentenze 196 del 2010 (da cui è tratto il brano riportato) e 104 del 2014.

[32] Cfr. C. cost. 43 del 2017, § 4.3, su cui cfr. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni 'sostanzialmente penali' e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017.

[33] Lo si trova affermato, ancora, in C. cost. 68 del 2017 – qui la misura in questione era un'ipotesi di confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate – §7: «una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-sexies impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. in punto di divieto di retroattività. Questa Corte ha ritenuto che tale garanzia costituzionale concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento nazionale, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU (sentenza n. 196 del 2010), perché punire a qualsivoglia titolo la persona per un fatto privo di antigiuridicità quando è stato commesso significa violare il cuore dell'affidamento che l'individuo è legittimato a riporre nello Stato (sentenza n. 364 del 1988) quanto all'esercizio della potestà pubblica in forme prive di arbitrarietà e irrazionalità», adesivamente (ancorché solo su questo passaggio della sentenza) VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.,* 10 aprile 2017.

[34] Diffusamente sul punto MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 198 ss. e *passim*. Senza poter qui approfondire ulteriormente, riconoscono questa tendenza e si dichiarano ad essa favorevoli: VIGANÒ, *Il* nullum crimen *conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, cit.; MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 75 ss. Scettici, nella dottrina costituzionale: PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 172 ss. e – in relazione soprattutto alla possibilità che l'operazione di indentificazione delle sanzioni sostanzialmente penali venga svolta del giudice comune – ZANON, Matière Pénale *e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale – Problematiche attuali*, 2017, 85 s.;

diversità di accenti, avverta la necessità di un controllo sostanziale sulla natura delle misure sottoposte al suo scrutinio; un controllo che ha quale perno fondamentale la funzione della sanzione inflitta, ma che non rinuncia ad una valutazione complessiva di ragionevolezza – una sorta di *test* di proporzionalità – che tenga conto anche della gravità del sacrificio imposto.

Gli 'effetti della condanna penale' costituiscono, sul punto, un interessante banco di prova: qual è la funzione (almeno prevalente) di misure quali le incandidabilità, la decadenza e la sospensione da cariche elettive pubbliche, il divieto di iscrizione ad albi professionali, la mancata concessione di licenze, i requisiti negativi per la partecipazione a bandi pubblici? Si tratta di una funzione schiettamente *punitiva* o può sostenersi che esse abbiano uno scopo eminentemente *preventivo*? Una verifica di tal genere si impone quando il parametro evocato sia l'art. 25, comma 2, Cost., ma è immanente anche al giudizio sul riparto di competenza fra Stato e regioni in materia di 'ordinamento penale' *ex* art. 117 comma 2 Cost.: tale riparto trova infatti la sua ragione di esistere nel fondamento politico della riserva di legge, inteso come monopolio del Parlamento in materia penale[35]. Se si dovesse affermare, infatti, che misure del genere di quelle esaminate costituiscano vere e proprie pene si dovrebbe senz'altro ritenere che la loro previsione ad opera del legislatore regionale violi, innanzi tutto, proprio il secondo comma dell'art. 25 Cost.

Non stupisce, dunque, che la verifica circa la 'vera' finalità della misura presa in considerazione (punitiva, preventiva, ripristinatoria) sia cruciale in materia di meri 'effetti della condanna penale' e che tale verifica sia puntualmente svolta dal giudice delle leggi quando sia chiamato a confrontarsi con misure di tal genere.

Si tratta, bene inteso, di uno scrutinio non semplice, come insegna la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'annoso tema della differenza, ad esempio, fra vere e proprie pene e misure di sicurezza[36] o di prevenzione[37]; la tradizionale dicotomia fra finalità preventiva e finalità punitiva, in costanza di misure comunque afflittive, deve misurarsi infatti con la pacifica considerazione che anche le pene in senso stretto perseguono una finalità preventiva in senso lato (quantomeno nella forma della special-prevenzione). Tuttavia – è stato osservato[38] – lo scopo di prevenire la commissione di nuovi reati può essere perseguito

---

[35] Si veda, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 53 ss. e la giurisprudenza costituzionale ivi citata; dopo la riforma del Titolo V, cfr. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit. 48 ss.

[36] Si veda C. Edu, 17 dicembre 2009, M. c. Germania e C. Edu, 28.11.2013, Glien c. Germania.

[37] Cfr. C. Edu, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

[38] Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 33 s.

attraverso strategie nettamente differenziate: che presuppongano un contenuto necessariamente e volutamente afflittivo (punitive); che siano indifferenti al fatto che il destinatario avverta una sofferenza o che, addirittura, la rifiutino espressamente (preventive)[39].

Pur nella difficoltà di individuare un chiaro e definito discrimine fra le due categorie di misure – se non in casi facili: si pensi alla pena detentiva, da un lato, e il trattamento sanitario obbligatorio, dall'altro – un giudizio 'binario' del tipo appena descritto consentirebbe alle Corti dei diritti di individuare – anche nei casi difficili – almeno la prevalente funzione perseguita dalle misure oggetto di scrutinio, sulla base di un'analisi che tenga conto dei presupposti applicativi, oggettivi e soggettivi, e delle modalità di esecuzione delle stesse[40].

In altri termini, proprio il ricorso alle specifiche modalità di irrogazione delle singole misure oggetto di scrutinio, nonché alle condizioni della loro esecuzione, consentirebbe di concretizzare una valutazione in astratto estremamente problematica, ancorando la decisione delle Corti a precisi e controllabili percorsi argomentativi. Ciò spiega, di fatto, la persistente utilità della dicotomia punizione/prevenzione che, pur con i limiti che si evidenziavano, continua a costituire un caposaldo della valutazione circa l'estensione della materia penale.

È bene sottolineare, però, come nel determinare la vera natura di una misura formalmente non penale la Consulta non si limiti ad un tal genere di valutazione. Una volta identificato lo scopo plausibilmente preventivo dell'effetto in questione, la Corte procede a svolgere un *test* di proporzionalità della misura, che ha ad oggetto – in questa seconda fase – la ragionevolezza (o, quantomeno, la non irragionevolezza) del bilanciamento operato dal legislatore fra l'interesse protetto dalla norma, per tutelare il quale si impone la misura, e contro-interesse inciso dalla misura stessa.

Questa seconda valutazione è, infatti, indipendente ed ulteriore rispetto a quella svolta nella fase precedente; il giudizio sul tipo di interesse sacrificato e sull'entità di tale sacrificio è diverso rispetto a quello sulla finalità della misura: misure con finalità diverse possono, infatti, incidere sul medesimo diritto. Si pensi, ad esempio, al già evocato caso 'facile' della pena detentiva contrapposta al trattamento sanitario obbligatorio: pur trattandosi di misure che perseguono pacificamente finalità

---

[39] F. MAZZACUVA, *ivi*, 34. In senso parzialmente difforme si veda MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 72, per cui il problema deriverebbe dalla polisemia del termine prevenzione, cui si dovrebbe sostituire i più precisi "prevenzione generale quando si afferma la coessenzialità della prevenzione alla teleologia dell'illecito penale, e […] prevenzione speciale quando si contrappone la finalità preventiva a quella punitiva".

[40] Si veda ancora F. MAZZACUVA, *ivi*, 33.

diverse (punitiva la prima, preventiva la seconda) entrambe – ancorché, appunto, sulla base di presupposti e con modalità diverse – comprimono il medesimo diritto alla libertà personale.

Così, il problema di verificare la non irragionevolezza del sacrificio imposto a fronte della rilevanza del pericolo che si intende scongiurare si pone anche in relazione a misure di cui sia plausibilmente argomentata la natura preventiva. Con una ulteriore conseguenza: che l'accertata sproporzione fra interesse perseguito e sacrificio imposto può ripercuotersi sulla natura stessa delle misure, enfatizzandone il carattere afflittivo e rivelandone la funzione punitiva, piuttosto che preventiva. In questo senso, il giudizio sulla ragionevolezza della misura si salda a quello sulla natura della stessa e potranno aversi misure sostanzialmente punitive perché sproporzionate.

La valutazione circa la finalità (almeno prevalente) perseguita da quelli che abbiamo definito meri 'effetti della condanna penale' è una costante della giurisprudenza costituzionale che si sia occupata di questi temi[41], così come anche il separato – quantomeno sul piano dell'argomentazione – giudizio circa la proporzionalità/ragionevolezza delle misure in questione. Lo vedremo più nel dettaglio nel paragrafo che segue, occupandoci più da vicino del ruolo che la presunzione di non colpevolezza può rivestire nell'analisi circa la natura dei meri 'effetti della condanna penale'.

3.3 (*segue*)…e il ruolo della presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Consulta in materia di meri 'effetti della condanna penale'

Abbiamo osservato come nei casi concernenti le misure che ci occupano, la Corte costituzionale proceda ad un giudizio strutturato in due fasi: dapprima i giudici indagano le finalità perseguite dalla misura sottoposta al loro scrutinio; poi, essi si interrogano sulla proporzionalità/ragionevolezza del bilanciamento fra interessi contrapposti svolto dal legislatore.

Quando si vaglia, però, la legittimità costituzionale di un effetto della condanna penale non definitiva – come nel caso della presente nota – il carattere non stabile della pronuncia che dà origine alla misura incide, come vedremo, tanto sulla prima, quanto sulla seconda fase dello scrutinio di costituzionalità.

Quanto alla prima fase – quella concernente la finalità della misura – si parlerà più specificamente, in contrapposizione alla finalità punitiva, di finalità cautelare: intendendosi con ciò un particolare tipo di finalità preventiva, che ha lo scopo di assicurare un determinato assetto di interessi (proteggendone alcuni, a detrimento

---

[41] Tale valutazione è presente in tutte le sentenze che citeremo nel successivo § 3.3.

di altri) fino a che, appunto, il giudizio sulla responsabilità penale dell'imputato non si cristallizzi nella sentenza irrevocabile.

Con riferimento, invece, alla seconda delle fasi sopra enunciate – quella relativa al giudizio di proporzionalità/ragionevolezza della misura – qualora la misura presa in considerazione consegua ad una condanna penale non definitiva, il rispetto della presunzione di non colpevolezza – o sarebbe meglio dire, in modo più sfumato, il 'grado' di attendibilità e stabilità dell'accertamento svolto in sede penale – inciderà profondamente sul giudizio, ripercuotendosi addirittura sull'attendibilità della formale qualifica delle conseguenze in oggetto quali misure schiettamente extrapenali, non interessate dalle garanzie connesse alla qualificazione di pena in senso sostanziale. In estrema sintesi, il parametro di cui all'art. 27 comma 2 Cost. – in relazione, ovviamente, ai soli casi di 'effetti della condanna penale' non definitiva – entrerà in gioco: non come vero e proprio limite alla possibilità di infliggere la misura (il che, appunto, costituirebbe una contraddizione in termini in caso di misure cautelari), bensì come parametro per valutare la complessiva ragionevolezza del bilanciamento svolto dal legislatore.

Il legame tra 'grado' di accertamento della responsabilità penale e ragionevolezza/proporzionalità della misura (e del correlativo sacrificio imposto) è particolarmente evidente nella sentenza 206 del 1999, in materia di sospensione immediata e obbligatoria dall'ufficio dei dipendenti pubblici sottoposti a procedimento penale per determinati delitti di criminalità organizzata. In quella occasione, la Corte accertava, innanzi tutto, la plausibile natura cautelare della sospensione in questione, volta scongiurare che la permanenza nell'ufficio dell'impiegato accusato nonostante la pendenza dell'accusa potesse recare un pregiudizio alla 'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico. Tale natura era dedotta dalla tipologia dei reati posti a fondamento della sospensione (reati di tipo mafioso), in relazione ai quali poteva ritenersi effettivamente giustificata da finalità cautelari la scelta drastica di considerare incompatibile con l'interesse pubblico la permanenza in carica dell'imputato. Dopo avere accertato la natura cautelare della sospensione in questione, la Consulta affermava che proprio il riconoscimento di una tale finalità «*comporta […] che, ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale, non si possa, direttamente, mettere in gioco il parametro costituito dal principio di presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva, di cui all'art. 27, secondo comma, della Costituzione. […] La presunzione di non colpevolezza potrebbe essere chiamata in causa solo indirettamente, in quanto la misura, per i suoi caratteri di irragionevolezza assoluta o di sproporzione o di eccesso rispetto alla funzione cautelare, dovesse in realtà apparire, non come una cautela ma come una sorta di sanzione anticipata, conseguente alla commissione del reato*». La Corte procedeva dunque ad una valutazione di proporzionalità/ragionevolezza della misura in questione, alla luce della quale il prevalente interesse del buon andamento della

pubblica amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.) e i doveri del pubblico ufficiale (art. 54, comma 2 Cost.) risultavano prevalenti rispetto ai contro-interessi del diritto al lavoro e dei diritti del lavoratore (artt. 4, 35 e 36 Cost.), nonostante – appunto – ci si trovasse di fronte al mero avvio di un procedimento penale a carico dell'impiegato.

Nel solco di tale pronuncia si inserisce la successiva sentenza 236 del 2015[42] in materia di 'incandidabilità', in cui il giudice delle leggi riteneva conforme a Costituzione la sospensione da una carica elettiva a seguito della condanna non definitiva per un novero determinato di delitti[43], sulla scorta: del carattere non sanzionatorio (bensì cautelare) di misure come l'incandidabilità, la decadenza, la sospensione da cariche elettive, misure che «*non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento*[44]»; della ragionevolezza del bilanciamento in gioco, in cui la sospensione conseguente a una condanna, anche non definitiva, è controbilanciata dalla necessità di preservare la 'credibilità' della pubblica amministrazione e a non inquinare il rapporto fra quest'ultima e i cittadini[45].

---

[42] Su cui cfr.: GAMBARDELLA, *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla c.d. 'legge* Severino*'*, in *Cass. pen.*, 5, 2016, 1884 ss.; COGNIZZOLI, *Caso De Magistris: la Corte costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della cd. legge Severino*, in *Dir. pen. cont.*, 4 dicembre 2015; PUPO, *La 'legge Severino' al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna*, in *questa Rivista*, 2, 2016, 361; BAILO, *La c.d. 'legge Severino' sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, 1, 2016, 206 ss.; TORRETTA, *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza 236/2015, tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium Iuris*, 3, 2016, 258 ss.; MAROLDA, *La non irragionevolezza della 'legge Severino': nota a margine della sentenza 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2016; MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronunincia…e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2016; LONGHI, *Il caso de Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione,* in *federalismi.it*, 3, 2016.

[43] Si trattava, più in particolare, dell'art. 11, comma 1, lett. a), D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235.

[44] C. cost., 236 del 2015, § 4.1.

[45] *Ivi*, § 4.3.2 :«(s)e è vero che la condanna non definitiva non autorizza, in virtù dell'art. 27, secondo comma, Cost. […] a presumere accertata l'esistenza di 'una situazione di indegnità morale', è anche vero che la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendono la pubblica amministrazione può comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall'art. 97, secondo comma, Cost.,

Un ruolo fondamentale – ma, si badi bene, nel senso opposto: quello di fondare la sproporzione – svolge ancora il 'grado' di accertamento della responsabilità penale: in materia di incandidabilità a cariche elettive di coloro per i quali fosse stato disposto il mero rinvio a giudizio per determinati reati (si richiedeva qui, addirittura, una sentenza irrevocabile)[46]; e di sospensione automatica dall'impiego dell'ufficiale di riscossione irrogata per la mera sottoposizione a procedimento penale per il reato di falsità nelle relazioni di notifica[47].

Insomma, la verifica della natura sostanzialmente penale di quelli che, formalmente, sono meri 'effetti della condanna penale' passa per un giudizio le cui cadenze sono: la verifica delle finalità dalla misura; la proporzionalità/ragionevolezza del sacrificio imposto in considerazione degli interessi confliggenti. Il ruolo che la presunzione di non colpevolezza, in senso lato, può svolgere in uno scrutinio

---

che affida al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e dall'art. 54, secondo comma, Cost., che impone ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche 'il dovere di adempierle con disciplina ed onore'».

Nello stesso senso si veda la già più volte citata C. cost. 276 del 2016, in cui si afferma che la sospensione dalla carica costituisce «una misura tipicamente interinale, di mera anticipazione dell'effetto interdittivo derivante dal giudicato, anch'esso parimenti non diretto a finalità punitive. Tale effetto trova il suo fondamento nella valutazione, compiuta dal legislatore, delle condizioni che sconsigliano provvisoriamente la permanenza dell'eletto in una determinata carica pubblica, al fine di sottrarre l'ufficio a dubbi sulla onorabilità di chi lo riveste che potrebbero metterne in discussione il prestigio e pregiudicarne il buon andamento».

[46] C. cost. 141 del 1996. Nella pronuncia in questione la Corte si spinge sino a richiedere una condanna definitiva, in assenza della quale «la sancita ineleggibilità assume i caratteri di una sanzione anticipata».

[47] C. cost. 239 del 1996. La misura, valevole per tutto il tempo della definizione del processo penale, in tutte le sue fasi costituiva per la Corte una misura di natura sostanzialmente sanzionatoria. Per la Consulta, infatti, «collegandosi la misura non già ad una condanna definitiva, ma alla pendenza del procedimento penale, è necessario, per rispettare il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza, che la misura medesima sia disposta in base ad effettive esigenze cautelari, sia congrua e proporzionata rispetto a queste ultime, e comunque non abbia presupposti di tale indeterminata ampiezza, e caratteristiche di tale automatismo, da configurarsi piuttosto come una vera e propria anticipata sanzione in assenza di accertamento di colpevolezza». Pertanto non poteva «ritenersi che la norma denunciata risponda ai requisiti minimi necessari perché possa aversi una misura cautelare legittimamente disposta, non contrastante con i principî di ragionevolezza e di proporzionalità e con la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva».

siffatto – una volta identificata come finalità della misura quella cautelare – è tutto interno al giudizio di proporzione: quanto più si è 'lontani' dal momento dell'irrevocabilità della condanna penale – che cristallizza l'accertamento – tanto più il contro-interesse preso in considerazione dovrà apparire stringente; ciò, a pena di inficiare lo stesso giudizio sulla finalità della misura, che non potrebbe più ritenersi genuinamente preventiva ma che rivelerebbe la sua natura *tout court* punitiva.

4. L'impossibilità di partecipare a un bando pubblico per via della condanna penale riportata è una pena mascherata? La pronuncia della Consulta.

Le scansioni dell'accertamento sopra riportato sono fedelmente seguite dal Giudice delle leggi nel caso che ci occupa.

Muovendo dalla prima delle questioni sollevate – quella relativa alla presunta invasione della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento penale, in violazione dell'art. 117, comma 2, lettera l), Cost. – la Consulta chiarisce, in conformità con i propri precedenti in materia[48], come debbano ritenersi esclusivamente riservate alla legislazione statale: non solo le norme che incidano su fattispecie penali, modifichino i presupposti della loro applicazione o introducano cause di esenzione dalla responsabilità; ma anche tutte quelle disposizioni che – più genericamente – producano «*effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato*».

Deve trattarsi però, chiosa la Corte, di effetti sanzionatori veri e propri: la norma, cioè, deve fare sì che il suo destinatario venga privato (o comunque limitato nell'esercizio) di un diritto di cui è già titolare, o comunque di uno *status* o di una capacità che egli già possiede. La disposizione in questione, viceversa, si limita a stabilire una condizione soggettiva per l'accesso a un beneficio economico erogato da un ente pubblico, in relazione al quale – in assenza della legge impugnata – l'interessato non potrebbe vantare alcun diritto; prevede, insomma, un mero requisito di 'onorabilità'.

Pertanto – concludono i giudici – la disposizione non incide «*sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento penale, la quale non può essere intesa in senso tale da precludere alle Regioni di stabilire, negli ambiti riservati alla propria competenza concorrente o residuale, requisiti soggettivi connessi all'assenza di precedenti penali, per chi voglia fruire di benefici previsti dalla legislazione regionale*[49]».

Procedendo poi ad analizzare la seconda delle prospettate questioni di legittimità costituzionale – quella concernente la possibilità di porre a fondamento dell'esclusione dal bando pubblico una condanna penale anche non passata in

---

[48] Il riferimento è qui, in particolar modo, a C. cost., sent. n. 172 del 2017.

[49] C. cost., sent. 248 del 2019, §3.

giudicato – la Corte ribadisce la regola generale per cui il principio di non colpevolezza sino alla condanna definitiva è violato «*allorché la legge preveda una misura che costituisca, nella sostanza, una sanzione anticipata in assenza di un accertamento definitivo di responsabilità*[50]». In ragione delle considerazioni già spese circa la natura dei requisiti previsti dalla norma impugnata, tuttavia, il Giudice delle leggi non ritiene che questi ultimi possano correttamente essere qualificati alla stregua di vere e proprie sanzioni.

I requisiti di 'onorabilità' oggetto del dubbio di costituzionalità – sostiene la Corte – rispondono ad una logica *lato sensu* cautelare: quella di prevenire il pericolo di un abuso del denaro pubblico da parte di soggetti già condannati, seppure in via non definitiva, per gravi reati contro il patrimonio o contro la pubblica amministrazione. Tale logica – immanente al sistema: il riferimento è qui alle misure cautelari, che pure comprimono rilevantissimi interessi dell'imputato se non, *tout court*, la sua libertà personale – giustifica, evidentemente, la compressione della presunzione di innocenza. Ciò, tuttavia, purché le misure adottate non siano sproporzionate rispetto alle finalità – eminentemente cautelari, appunto – perseguite; a condizione che, in altri termini, esse *non si tramutino in altrettante sanzioni anticipate*, in assenza di una statuizione definitiva di responsabilità e in violazione tanto dell'art. 27, comma 2, Cost., quanto dei più generali principi di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.

Ebbene – concludono i giudici – il vaglio di proporzione sulle misure della cui costituzionalità si dubita non può che illuminarne la ragionevolezza rispetto agli scopi perseguiti: esse non comportano alcuna restrizione di diritti di cui gli interessati già godano, né alcuna interdizione o sospensione in relazione all'attività di impresa di cui i soggetti estromessi dal bando siano, eventualmente, già titolari; i requisiti di 'onorabilità' si limitano, per l'appunto, a prevenire il rischio qualificato – perché accertato, seppur non in via definitiva – di possibili abusi di denaro pubblico da parte di soggetti già condannati per delitti contro il patrimonio mediante frode o contro la pubblica amministrazione. «*La disposizione impugnata non eccede, dunque, le legittime finalità cautelari perseguite dal legislatore regionale, e si sottrae anche alla censura di incompatibilità con l'art. 27, secondo comma, Cost.*».

---

[50] *Ivi*, §4. Quali precedenti, la C. cost. individua, *ex plurimis*, le sent. nn. 239 e 241 del 1996 e 206 del 1999.

5. Riassumendo: lo stato dell'arte in materia e qualche breve considerazione conclusiva

Volendo sintetizzare all'estremo gli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di 'effetti della condanna penale', alla luce della sentenza in commento e dei precedenti in materia, potremmo affermare che:

I. tanto il legislatore nazionale quanto quello regionale possono prevedere misure di accesso a finanziamenti pubblici che prevedano quale requisito 'negativo' il non aver riportato condanne per delitti contro la Pubblica amministrazione e il patrimonio (delitti, insomma, del tipo di quelli che si presume potrebbero avere luogo);

II. tali requisiti possono fare riferimento anche a sentenze non definitive di condanna, purché, appunto, proprio tale profilo non appaia in concreto sproporzionato rispetto al rischio che si intende prevenire (sarebbe sufficiente, ad esempio, il mero rinvio a giudizio in relazione ad uno dei delitti in questione, come accade, ad esempio, quando i delitti sono di stampo mafioso?);

III. quando il 'grado' di accertamento della responsabilità penale – e, dunque, la 'credibilità' della presunzione –, anche in considerazione del contro-interesse di volta in volta evocato, appaia troppo 'debole' per giustificare la misura, l'intervento del legislatore potrà ritenersi irragionevole/sproporzionato, tanto da debordare in una vera e propria violazione:

   a. per il legislatore nazionale: degli artt. 27 comma 2, 3 Cost, (e del diritto corrispondente al contro-interesse irragionevolmente sacrificato).

   b. per il legislatore regionale: degli artt. 117 comma 2, l. l), (25 comma 2,) 27 comma 2, 3 Cost. (e del diritto corrispondente al contro-interesse irragionevolmente sacrificato).

Ebbene, le conclusioni cui la Corte costituzionale perviene – sulla scorta dei suoi precedenti in materia – sono condivisibili, tanto da un punto di vista generale, quanto in relazione alla specifica misura presa in considerazione.

In generale, proprio l'accertamento volto ad individuare la 'vera' natura di misure del tipo di quella oggetto della sentenza in commento, superando il dato meramente formale della loro etichetta 'non penale' è cruciale, soprattutto in un ambito – quello degli effetti penali della condanna – in cui le indicazioni legislative sono frammentarie e la ricostruzione dottrinale scivolosa. Se la necessità di non obliterare totalmente la distinzione fra 'effetti penali della condanna' e meri 'effetti della condanna penale' induce a prediligere una nozione restrittiva di effetto penale – qualificando in tal senso, come abbiamo osservato, solo quelle misure che si ripercuotono in ambito penale, penitenziario o di procedura penale – proprio

l'attento vaglio dei giudici costituzionali sulla vera natura delle misure riconducibili a questo vasto e potenzialmente eterogeneo genere consente di avallare la prevalente corrente dottrinale sul punto, senza il timore di una 'frode delle etichette'.

Convincente appare pure l'idea che – a fronte di misure plausibilmente qualificabili come cautelari – il rispetto della presunzione di non colpevolezza si atteggi a indice di proporzione/sproporzione, più che a vero e proprio parametro autonomo, e sia sensibile alle esigenze del bilanciamento con i contrapposti interessi. Interessi che, qualora le responsabilità penali prospettate concernano reati di particolare gravità, possono plausibilmente orientare il legislatore (regionale o nazionale, qui poco importa) verso scelte che comprimano il diritto ad essere presunti non colpevoli fino alla sentenza definitiva e che pure si dimostrino non irragionevoli. Si pensi – nel nostro ordinamento – a strumenti di potente contrasto alla criminalità organizzata come le c.d. 'interdittive antimafia', che – a norma dell'art. 84, comma 4 del Codice antimafia – sono desunte «dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva» per un novero determinato di delitti.

Parimenti condivisibili, inoltre, appaiono le conclusioni cui la Consulta perviene con riferimento allo specifico 'effetto della condanna penale' sottoposto al suo giudizio: i requisiti di 'onorabilità' per accedere a finanziamenti pubblici.

Da un lato, la natura cautelare di tali misure appare convincentemente motivata: si tratta, in effetti, non di una vera e propria interdizione dall'attività di impresa (eventualmente già esercitata), ma di una mera impossibilità (temporanea e reversibile) di partecipare a singoli bandi pubblici per l'erogazione di finanziamenti; una misura, dunque, non particolarmente afflittiva, a fronte di un contro-interesse – indentificato nella prevenzione del rischio di possibili abusi del denaro pubblico – di sicura rilevanza.

Dall'altro, il contro-interesse in gioco appare sufficientemente rilevante da giustificare, a fronte del modesto sacrificio dei diritti (o meglio, forse, delle aspettative) dell'imputato, anche l'utilizzo di un indice di pericolosità – la sentenza di condanna non irrevocabile – non compiutamente attendibile, ancorché certamente qualificato. Il bilanciamento svolto dal legislatore regionale, dunque, è tale da rendere plausibile la natura cautelare e non punitiva della misura in questione, una misura che – proprio in ragione di queste caratteristiche – può dirsi non rientrante nella materia dell''ordinamento penale' e, dunque, non riservata al legislatore nazionale.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)

PIETRO CIARLO*

Data della pubblicazione sul sito: 28 aprile 2020

Suggerimento di citazione
P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

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

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

L'epidemia del 2020 porta con sé un incremento notevole delle conoscenze e delle pratiche digitali. È uno dei pochi effetti positivi, ma spero che ciò non generi uno sfinimento della didattica in presenza (delle persone).

L'istruzione è uno dei tre grandi diritti sociali. Si tratta di diritti a ricevere prestazioni e sono molto costosi. Essi non possono essere soddisfatti se non grazie ad un'immediata e specifica azione dei pubblici poteri. I principali sono in ordine di costo: il diritto alla previdenza, vale a dire alla pensione, quello alla salute e l'istruzione. Paghiamo le imposte innanzitutto per finanziare questi diritti. Il bilancio dello Stato italiano per il 2019 è di circa 645 miliardi, al netto dei ratei del debito pubblico. È una cifra imponente che viene spesa più o meno in questo modo: circa 293 miliardi per le pensioni, 114 per la sanità e 66 per l'istruzione, purtroppo in decrescita rispetto agli anni precedenti. Per avere un termine di paragone il bilancio del Ministero della Difesa, ovvero le armi, le navi, i carri armati, 150.000 stipendi, è di circa 21 miliardi, meno di un terzo di quello dell'istruzione. I dipendenti della pubblica istruzione sono un milione. È un apparato enorme, ma ampiamente giustificato: la scuola è fatta soprattutto di persone. Le scuole di ogni ordine e grado, università comprese, sono presenti dappertutto.

Quello dei costi è il problema dei problemi dei diritti sociali, ma non ci sono ricette miracolistiche a meno di non voler ledere i contenuti essenziali dei diritti stessi. Certo infinitamente più economico sarebbe videoregistrare una unica lezione universitaria e inviarla a tutti gli studenti del Regno. Finalmente potremmo vivere in un mondo senza professori universitari, tranne uno. Ma un mondo siffatto non è per me desiderabile, ma cosa ben più importante, non è conforme a Costituzione né ai principi del pluralismo. Bisogna ragionare sui costi, razionalizzare e limare, ma nella consapevolezza che per far vivere il contenuto essenziale dei diritti sociali non si può fare a meno di un sistema fiscale progressivo come, oserei dire ovviamente, prevede l'art. 53 della Costituzione.

I numeri non sono incomprensibili, finanche del bilancio dello Stato si può capire qualcosa pur non possedendo competenze specifiche. I documenti originali sono molto complessi, ma esistono tantissime sintesi e semplificazioni ben fatte. D'altra parte, lo stesso Ministero dell'economia e finanze (MEF) pubblica una versione semplificata del bilancio dello Stato, facile da intendere. Nella maggior parte degli Stati dell'Europa occidentale le cose vanno più o meno allo stesso modo. C'è poi un sistema di istruzione, quello degli Stati Uniti, prevalentemente privato, ma ora è in crisi e si sta orientando verso il pubblico. L'Italia non è un'eccezione, i nostri stanziamenti per l'istruzione, in percentuale sul nostro PIL, sono inferiori a quelli della Germania o della Francia, ma non bisogna enfatizzare troppo queste differenze che pure vi sono, altrimenti iniziamo il pianto greco dell'Italia che non va. Siamo un Paese che ha completamente sconfitto l'analfabetismo. Siamo uno dei Paesi più istruiti e colti del mondo. Si accettano sfide. Tuttavia, come sempre, i progressi da fare non mancano, ad esempio, in relazione all'analfabetismo di

ritorno e a quello funzionale. Ai tempi, c'era un esame di terza elementare con cui si certificava che la persona sapesse leggere, scrivere e far di conto. Adesso l'istruzione serve a fare cose più complicate, deve essere adeguata alla complessità della nostra società. Anche quella di base deve mettere in condizione di assolvere funzioni qualificate. Purtroppo, da questo punto di vista, il nostro si conferma come un Paese fortemente dualistico nel quale il Mezzogiorno resta molto distante dal Nord, con alcuni casi estremi del tutto emblematici. La questione meridionale caratterizza profondamente il nostro sistema dell'istruzione.

Grazie alla specialità della Regione, i flussi finanziari in Sardegna non sono trascurabili, ma nonostante ciò sono riscontrabili dati allarmanti sull'abbandono scolastico. I ragazzi che lasciano la scuola dopo quella dell'obbligo senza conseguire un titolo successivo in Sardegna sono il 21%, troppo. La media italiana è al 14%, le migliori Regioni sono al 5-6%. La Sardegna è la Regione con il maggior tasso di abbandono scolastico in Italia. E come le altre Regioni del Mezzogiorno, è molto indietro anche con gli asili nido e con la scuola dell'infanzia, con effetti negativi, tra l'altro, sulle possibilità di lavoro delle donne, perché, naturalmente, se non vi è possibilità di affidare i bambini è difficile lavorare.

Un tasso così alto di abbandoni, un terzo in più rispetto alla media nazionale, deriva da una molteplicità di fattori specifici della regione come le sue caratteristiche orografiche. Ma con altrettanta certezza tutto è condizionato dalla particolare ristrettezza del mercato del lavoro. La verità è che nel Mezzogiorno l'istruzione, in particolare quella tecnica, non promette sbocchi lavorativi. La scarsa offerta di lavoro qualificato induce una altrettanto scarsa domanda di istruzione qualificata: è un circolo vizioso che deve essere interrotto. La scuola deve rendere più aderente la sua offerta formativa alla società anche nel Sud, soprattutto in riferimento agli istituti tecnici, che, come nel resto del Paese, raccolgono circa il 60 % degli studenti iscritti. Il rapporto tra scuola e lavoro da un fattore di debolezza deve essere trasformato in un punto di forza. Ad esempio, in Sardegna non c'è un ITS dedicato all' informatica. Ma non si tratta solo di questo.

Il vero e grande interrogativo che ai giovani oggi deve essere posto riguarda le ragioni dello studio: il perché è importante studiare. Non so se la scuola riesca a trasmettere questo semplice concetto: studiare, oltre che a trovare lavoro, serve a capire di più, ad esercitare la comprensione. La passione a capire caratterizza gli umani: Ulisse era curiosissimo. Esistiamo per capire. Finanche il successo dei quiz televisivi può essere spiegato in questa chiave. Quale è il gioco? Rispondere, dunque, sapere.

Le fonti della conoscenza sono principalmente due: l'esperienza e lo studio. Naturalmente esse si mescolano in proporzioni diverse a seconda delle società e delle fasi storiche. Nel senso che nelle società statiche, tradizionali, l'esperienza è la principale fonte di conoscenza, ma man mano che le società sono diventate più dinamiche e complesse, lo studio è diventato sempre più importante, senza negare

tuttavia l'importanza dell'esperienza. Capire di più. Per capire di più il cervello deve essere nutrito di sapere, allenato e in ordine, quindi nessuna indulgenza verso fattori di turbativa, dalle droghe ai sentimenti malevoli, l'invidia, l'odio, il risentimento che tendono a rinchiudere l'anima e il cervello nelle buie strettoie dell'istinto. Un tempo si pensava che le cosiddette droghe leggere potessero portare libertà e piacere, adesso si è capito che, come le altre, portano soltanto sofferenza e dipendenza. Il cervello per capire di più deve essere libero, non deve essere condizionato. La nostra unica droga dev'essere il capire, il divertimento che la comprensione porta con sé.

L'istruzione è un diritto della persona ma è anche un interesse della collettività. Queste parole sono utilizzate dalla Costituzione per il diritto alla salute, ma vanno benissimo anche per il diritto all'istruzione e sono bellissime. Il progresso della persona è anche un interesse della collettività, le due cose coincidono. Le democrazie, lasciata alle spalle la Controriforma, lo hanno ben capito.

Adesso, dicevamo, le cose si sono complicate. Perché da tempo la scuola ha perso il monopolio della formazione, prima con l'avvento dei mezzi di comunicazione di massa, e adesso, naturalmente ancora di più, con la Rete. Spesso si dice "c'è una vita reale e una vita digitale". Non credo sia così. La vita è una sola, ma ormai è un *mix*, ci sono un aspetto fisico e uno digitale dell'esistenza, le due cose si mescolano e fanno un tutto inscindibile. Noi siamo in parte fisicità e in parte digitalità. Non è neppure ipotizzabile una vita senza la Rete, ma la Rete è anche un luogo pieno di insidie, di problemi, di soggetti che hanno posizioni di monopolio nella costruzione delle preferenze di ciascuno di noi. Quando siamo sulla Rete sembra che tutti abbiano la nostra medesima opinione. Incontriamo solo affinità, in realtà la Rete preseleziona, è il fenomeno della cosiddetta *bubble filter*, la bolla che filtra opinioni, risposte, interessi, crea coincidenze. Il mondo della Rete oggi è il mondo che ci consente di lavorare, conoscere, manifestare il nostro pensiero, ma la Rete costruisce anche le opinioni, costruisce la vita delle persone. Anche in Italia il 40% delle relazioni stabili tra un uomo e una donna nasce attraverso Internet. È stata una realtà a lungo negata, nel senso che ammetterla sembrava ascriversi a un mondo minore e marginale, privo di reali capacità relazionali, ma pian piano questo dato sta emergendo alla consapevolezza comune: ormai è la vita.

La distanza sociale dovuta alla pandemia, accentuerà le vicinanze virtuali. Tutto questo è potuto succedere nel giro di pochissimi anni perché l'algoritmo, cioè una operazione matematica, seleziona le persone affini, anzi meglio preseleziona le persone con le quali potenzialmente potremmo interagire ed avere un rapporto stabile. Un *range* di età e la vicinanza dei luoghi per facilitare gli incontri, sono i primi elementi di questo processo di ricerca. Stesse passioni, stesse preferenze culturali, alla fine la rete vi propone persone "giuste". Questo fenomeno mi scandalizza molto poco: all' epoca dei miei nonni i matrimoni combinati erano la norma. Degli intermediari, tra cui le famiglie stesse, "combinavano" i matrimoni. Allora fuori

dal raggio di pochi chilometri non si conosceva nessuno. Adesso il fenomeno dei "matrimoni portati" si è spostato in Rete: è la Rete ad essere diventata il Grande Intermediario. L'ossessione di oggi è sapere come si fa ad essere simpatici all'algoritmo.

Come accennato, in passato la formazione delle persone avveniva attraverso due grandi canali: l'istituzione scolastica e l'esperienza della vita fatta di diversi luoghi la famiglia, i partiti politici, i sindacati, i corpi intermedi, le formazioni sociali. Da ultimo ha fatto prepotente irruzione la Rete e per essa i suoi grandi operatori, Google, Apple, Amazon e gli altri. Se continuassimo a seguire esclusivamente lo schema tradizionale che vede da un lato l'istruzione formalizzata con i suoi programmi e i suoi titoli di studio e dall' altro l'esperienza della vita, Internet dovrebbe essere necessariamente compresa nel novero di quest'ultima. Tuttavia, se tale distinzione conserva una sua validità in relazione alla coppia formalità-informalità, si pensi soltanto all'obbligo scolastico e alla spontaneità di molte acquisizioni digitali, essa ha sicuramente perso qualsiasi capacità esplicativa di ordine generale. Soprattutto non dà conto del fatto che la Rete è un potere forte, anzi fortissimo di formazione e di istruzione. Più della scuola? Forse. Di sicuro tra essi vi è una differenza fondamentale. Mentre il sistema formale dell'istruzione, almeno nelle democrazie, nasce dalle leggi, è trasparente, ed è, quindi, sottoposto costantemente alla verifica della legittimità e della legittimazione, la Rete si configura come un potere di fatto, opaco e sfuggente. Scontato che la scuola deve utilizzare e insegnare Internet, credo anche che scuola e Internet debbano conservare un adeguato grado di distinzione e alterità.

Lo spazio digitale dispiega uno straordinario e tendenzialmente assorbente potenziale formativo. Ma il pluralismo è il pilastro della democrazia. Bisogna ricercare e valorizzare tutti i bilanciamenti possibili allo strapotere tendenzialmente assorbente di Internet. Sicuramente il sistema scolastico deve essere uno dei soggetti di tale bilanciamento. Il pluralismo a mio modo di vedere è un valore fondante, ma è anche un obbligo costituzionale. La nostra esistenza è ormai impensabile senza i media digitali. Come accennato, è importante che anche nella scuola essi vengano utilizzati per sviluppare nuove opportunità di apprendimento ma soprattutto per implementare le capacità di utilizzare consapevolmente le tecnologie. Da alcuni studi OCSE[1], infatti, risulta che i "nativi digitali" sono mediamente molto abili nell'uso delle nuove tecnologie, ma non ne fanno affatto un uso responsabile. Essi

---

[1] OCSE (2015) Students, Computers and Learning: Making the Connection, a cura di Andreas Schleicher e Francesco Avvisati, PISA, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/9789264239555-en, analizzato nel rapporto del MIUR (2015): "Studenti, computer e apprendimento: dati e riflessioni. Uno sguardo agli esiti delle prove in Lettura in Digitale dell'indagine OCSE PISA 2012 e alla situazione in Italia".

sono esposti a molti rischi, come la dipendenza (patologica) da Internet, l'uso improprio dei dati, la violazione della privacy, il Cyberbullismo, le molestie online. È, dunque, fondamentale che l'istituzione scolastica supporti i giovani nell'uso critico della rete al fine di imparare a valutarne i contenuti e riconoscerne i pericoli. Secondo il rapporto del MIUR *Studenti, computer e apprendimento* del 2015, gli studenti italiani sono *lost in navigation* rispetto ai loro coetanei OCSE, in quanto non hanno «la capacità di dirigere la propria lettura, di dare giudizi sulla pertinenza di una pagina, sulla qualità di un'argomentazione»[2]. Anche i dati richiamati, dunque, mostrano la necessità che la scuola si ponga quale luogo alternativo allo strapotere della rete. Per farlo è necessario che le istituzioni scolastiche tradizionali abbandonino quel pregiudizio filologico che le rende noiose e poco attrattive agli occhi degli studenti. Sebbene la filologia sia il pilastro fondante della comprensione, soprattutto specialistica, se essa si trasforma da premessa in un pervasivo pregiudizio tende a contrapporre il mondo scolastico a quello della vita e della rete, nel quale, al contrario, la più accattivante delle semplificazioni regna sovrana. Ad esempio, la pretesa filologicamente corretta che i nostri studenti leggano romanzi ottocenteschi nelle versioni originali è una garanzia pressoché certa del loro abbandono della lettura.

Nella Rete tutto è conforme. La scuola come contropotere critico deve abituare al ragionamento autonomo, personale, contro il ragionamento e la conoscenza predefinita da altri attraverso la Rete.

La scuola si contrappone al mondo digitale anche per alcuni suoi aspetti strutturali. La scuola è un mondo fisico, ha le sue regole, bisogna svegliarsi e andare a scuola o all' Università e i professori mettono i voti. È un mondo diverso. La scuola deve mantenere intatte le sue caratteristiche di fisicità, di diretta interazione tra persone. Questa sua peculiarità un tempo scontata, oggi non è più così certa. La didattica in presenza appare una sua straordinaria caratteristica che la rende particolarmente idonea all' esercizio di una essenziale funzione pluralistica. La scuola non è più il monopolista della formazione, ma si configura e deve essere il bilanciamento della critica culturale allo strapotere della Rete.

---

[2] MIUR (2015): "Studenti, computer e apprendimento: dati e riflessioni. Uno sguardo agli esiti delle prove in Lettura in Digitale dell'indagine OCSE PISA 2012 e alla situazione in Italia", p. 11. Secondo il rapporto del MIUR, in Italia il 15% degli studenti è del tutto "senza bussola" quando naviga sul web (rispetto a una media OCSE dell'11,6%); inoltre, con riferimento alla "qualità della navigazione", più del 75% di loro o non conduce alcuna attività di navigazione oppure conduce una navigazione "non orientata" o "insufficiente", mentre solo il 24,6% conduce una "navigazione principalmente orientata" (Classifica degli studenti in base alla qualità della navigazione – PISA 2012).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus

CARLO MAGNANI*

Sommario

1. L'Agcom e il ruolo di indirizzo verso i media. – 2. Il caso "televisivo" Panzironi e le sanzioni Agcom. – 3. L'informazione online: vigilata speciale?. – 4. Il Report Agcom sulla disinformazione online e il monitoraggio su *WhatsApp*. – 5. La *task force* del Governo contro le *fake news* online.

Parole chiave: informazione, Agcom, emergenza sanitaria, disinformazione online

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. 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.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Agcom e il ruolo di indirizzo verso i media

Lo stato di emergenza dichiarato dal Governo il 31 gennaio 2020, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale sono seguiti brevi ma incisivi interventi di regolamentazione sempre mediate d.p.c.m., nonché i decreti legge n. 6 e n. 18 del 2020, con i quali sono state disposte una serie di misure volte a garantire la tutela della salute pubblica e la sicurezza, non riguardano in maniera diretta e immediata il vasto insieme dell'ordinamento dell'informazione. Tuttavia, le libertà costituzionali oltre ad entrare in conflitto tra loro assumono anche una dimensione di cooperazione, per cui quando il sistema delle garanzie subisce degli smottamenti questi si riflettono anche sui diritti non direttamente oggetto di provvedimenti restrittivi[1]. L'eccezionalità[2] del momento presenta in verità alcuni risvolti anche sul sistema dell'informazione e della comunicazione, che è chiamato in causa da diversi punti di vista. Le brevi e sommarie note che seguiranno, quindi, proveranno a elencare alcuni nodi problematici emersi nella gestione della crisi sanitaria.

Un primo aspetto da affrontare riguarda il contenuto della libertà di espressione in generale e di informazione in particolare. Da questo punto di vista, l'urgenza sanitaria ha liberato le voci più varie, sia in relazione alle cause della pandemia che, ed è ciò che più rileva per i riflessi potenziali sulla salute, in relazione ai probabili rimedi. Il tema centrale e dibattuto delle cosiddette *fake news* e della disinformazione[3] non poteva non investire il poliforme mondo dei media anche in questo momento straordinario nella vita comunitaria.

Nel rispetto del modello costituzionale che si configura come aperto e pluralista, finanche scettico verso il concetto della verità[4], l'ordinamento della comunicazione affida alla Autorità garante per le comunicazioni alcune competenze in materia di vigilanza sui contenuti diffusi dai mezzi di informazione. Di seguito si

---

[1] Così, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 1, 2020 (6 aprile 2020). Anche O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *LaCostituzione.info*, (12 aprile 2020).

[2] G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione, Editoriale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020.

[3] Sul tema la letteratura è ormai importante, si indica solo, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

[4] Si veda, tra gli altri, N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una "Autorità pubblica della verità"?*, in *Medialaws*, 1, 2018, pp. 12-17.

segnaleranno alcuni interventi dell'Agcom, che non ha mancato di attivarsi nel periodo della emergenza.

In proposito occorre segnalare che il mandato dell'Autorità è già scaduto e che essa opera in virtù di una proroga contenuta nel decreto legge n. 104 del 2019; disposizione che è stata modificata proprio da decreto legge n. 18, del 17 marzo 2020, noto come "Cura Italia", che ha stabilito, all'art. 117, che gli organi dell'Agcom continuano a esercitare le proprie funzioni, limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione e a quelli indifferibili e urgenti, fino all'insediamento del nuovo Consiglio e comunque fino a non oltre i 60 giorni successivi alla data di cessazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario. Quindi l'Autorità opera in un regime di proroga, per gli affari ordinari, con la prospettiva di essere rinnovata solo alla conclusione della fase di eccezionalità. Anche questo è un elemento da considerare. Vediamo ora l'attività istituzionale recente.

Rispetto alla fase iniziale dei primi provvedimenti governativi straordinari, l'Agcom è intervenuta solo a metà marzo, forse perché stimolata da un caso concreto. Infatti, il 18 marzo 2020, con la delibera del Consiglio n. 129, l'Autorità ha stabilito, visto l'aumento dell'audience dei programmi radiotelevisivi, e poiché l'attività di informazione televisiva costituisce servizio di interesse generale e che gli argomenti trattati nei programmi diffusi dai servizi di media audiovisivi costituiscono con sempre maggiore frequenza oggetto di attenzione, discussione, polarizzazione nei social media[5], che: «i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici sono invitati ad assicurare una adeguata e completa copertura informativa sul tema del 'coronavirus covid-19', effettuando ogni sforzo per garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini utenti informazioni verificate e fondate». Inoltre, per quanto riguarda gli operatori della rete, si prevede che i fornitori di piattaforme di condivisione di video adottino misure volte a contrastare la diffusione online, e in particolare sui social media, di informazioni relative al coronavirus non corrette o comunque diffuse da fonti non scientificamente accreditate, prevedendo anche forme di individuazione degli illeciti e dei loro responsabili. Come si vede, una delibera di indirizzo che si rivolge all'intero mondo dell'informazione, diretta cioè sia ai media tradizionali della radio-televisione che ai grandi provider della tecnologia digitale online.

Nella stessa giornata del 18 marzo, però, l'Agcom fa seguire anche una lettera rivolta a tutti gli operatori della comunicazione. In essa si raccomanda di informare la cittadinanza, secondo quanto previsto nella delibera citata, in maniera

---

[5] Sulle dinamiche politiche della comunicazione sui social, si veda C. SUNSTEIN, *#Repubblic. La democrazia nell'epoca dei social*, Bologna, 2017.

coerente con quella consolidata interpretazione da parte della giurisprudenza costituzionale e ordinaria che vede nell'art. 21 della Costituzione il fondamento di una libertà di informazione completa, obiettiva e imparziale. Vi è un rimando alla concezione della libertà di informazione come profilo non solo attivo connesso ai soggetti emittenti dei contenuti, i professionisti dell'informazione, giornalisti e editori *in primis*, ma anche come momento di garanzia verso chi è destinatario passivo delle notizie, cioè il pubblico, che parimenti vanta alcuni interessi meritevoli di riconoscimento giuridico[6].

2. Il caso "televisivo" Panzironi e le sanzioni Agcom

Questa dommatica sulla libertà di informazione sta alla base dell'atteggiamento repressivo che l'Agcom matura verso due emittenti televisive. Infatti, nella medesima missiva del 18 marzo si annuncia (come confermato da un più dettagliato comunicato stampa del giorno seguente 19 marzo) l'apertura di una procedura sanzionatoria nei confronti delle emittenti che editano i canali 61 DTT e 880 della piattaforma satellitare, i quali diffondono il programma di Adriano Panzironi "Il Cerca Salute – LIFE 120". Tali società, con una condotta reiterata perché già sanzionata in passato, diffondono «contenuti, commerciali e non, potenzialmente suscettibili di porre in pericolo la salute degli utenti in quanto induttivi di una sottovalutazione dei rischi potenziali del virus Covid-19 e dell'erroneo convincimento che lo stesso possa essere trattato con misure non terapeutiche ma alimentari o di mera integrazione, e conseguentemente idonei a ridurre il senso di vigilanza e di responsabilità verso i rischi sanitari e quindi tali da risultare pregiudizievoli per la salute dei consumatori/utenti». Nello stesso comunicato stampa, l'Agcom informa anche di avere inviato una lettera di richiamo alla emittente *La7* per avere invitato più volte Panzironi nel mese di marzo, nella trasmissione "Non è l'Arena", sia pure in contraddittorio con esperti, ignorando le precedenti sanzioni della stessa Autorità e le proteste dell'ordine dei giornalisti.

Il duplice procedimento sanzionatorio si è concluso con le delibere della Autorità nn. 152 e 153 del 7 aprile 2020, aventi un esito negativo per entrambe le società interessate. Dal punto di vista normativo le contestazioni relative ai contenuti dei programmi, commerciali e non, andati in onda sulle due emittenti sono

---

[6] Per una ricostruzione sistematica della libertà di informazione critica con la configurazione di diritto ad essere informati, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, pp. 345-358. F. LAJOLO DI COSSANO, *Il diritto di informazione al tempo del Coronavirus: un diritto fondamentale*, in *Dirittifondamentali.it*, (10 aprile 2020), sottolinea la centralità del diritto all'informazione dei cittadini, basandosi anche sulle numerose dichiarazioni in merito fornite da organismi internazionali (OMS ad esempio) durante la emergenza.

riferibili a violazioni degli artt. 3 e 36-bis, comma 1 *lett. c)* n. 3, del Tusmar (decreto legislativo n. 177 del 2005 e successive modificazioni). Secondo la prima disposizione, i programmi devono rispettare i principi fondamentali del sistema dell'informazione, quali «la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione […] nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali». Mentre la seconda disposizione prevede che «le comunicazioni commerciali audiovisive fornite dai fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana non devono incoraggiare comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza».

Le osservazioni presentate all'Autorità dalle difese delle due emittenti, in estrema sintesi, si sono concentrate sull'esercizio della libertà di informazione che, a loro parere, sarebbe stato legittimamente svolto durante le trasmissioni oggetto di contestazione. La presentazione al pubblico di testimonianze di pazienti, nonché l'illustrazione di pareri medici e scientifici circolanti nella comunità dei ricercatori, sia pure in un contesto contrassegnato anche dalla comunicazione commerciale, includerebbero i contenuti forniti al pubblico entro la libertà di informare. Nella difesa della Società Italian Broadcasting s.r.l.s (delibera, n. 152/20) vi è un esplicito richiamo agli articoli 1, 3, 21, 32 e 33 della Costituzione come fondamento della libertà di espressione e di ricerca scientifica, lamentando come dalla «lettura dell'atto di contestazione si desume un chiaro sviamento di potere, costituendo un'indebita ingerenza del potere pubblico sulla libera diffusione del sapere scientifico in violazione degli artt. 33, comma 1 e dell'art. 9, comma 1 della Costituzione».

Le valutazioni dell'Agcom hanno decisamente respinto questa ricostruzione sistematica che vedeva i programmi sussumibili entro la categoria della libertà di informazione, negando che i contenti offerti al pubblico possano godere della protezione costituzionale. Le motivazioni fornite riguardano sostanzialmente tre aspetti. In primo luogo, si contesta il valore scientifico delle teorie di medicina alternativa proposte dal Panzironi, sia dal punto di vista soggettivo, considerato che il suddetto non ha nessun titolo accademico o scientifico riconosciuto, sia dal punto di vista oggettivo, in relazione alle generiche e approssimative argomentazioni esposte, del tutto prive di dignità scientifica. In secondo luogo, l'Autorità valuta anche il contesto delle trasmissioni, esse appaiono infatti inserite in una programmazione che è congegnata, propedeuticamente, a finalità di tipo commerciale e pubblicitario. Infine, terzo elemento, un peso importante spetta alla

emergenza sanitaria in corso. La condotta delle emittenti assume connotati di particolare gravità in un momento di forte emergenza sociale, quale quello derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19, poiché lo "stile di vita" proposto dal Panzironi viene indicato «se non come alternativa, quantomeno come imprescindibile complemento alle indicazioni terapeutiche provenienti dalle autorità sanitarie».

Queste ragioni hanno indotto l'Agcom ad applicare la sanzione prevista dall'art. 51, comma 9, del Tusmar[7] consistente nella sospensione delle trasmissioni delle due emittenti (Italian Broadcasting S.r.l.s., canale 880 satellitare, e, Mediacom S.r.l, canale 61 del digitale terrestre) per un periodo di sei mesi (massimo termine previsto per la sospensione), al fine di evitare reiterazioni, visto che già vi era stata sanzione da parte dell'Autorità (delibera n. 72/19/CSP del 21 marzo 2019), e soprattutto, per evitare pregiudizio alla salute ed alle economie degli utenti durante la perduranza della emergenza Covid-19. Tali delibere sono ovviamente impugnabili davanti al Tar del Lazio.

La vicenda pone interrogativi classici per il diritto dell'informazione. Fino a che punto si estende la libertà di informazione? E che rapporto c'è tra scienza e libertà di espressione? Sarebbe fin troppo facile osservare che teorie di dubbia serietà scientifica circolano ogni giorno, specie in materia di salute e benessere della persona, senza essere sanzionate. Non di meno, l'intervento della Autorità appare legittimo nella misura in cui rientra tra le competenze istituzionali che la legge prevede in materia di vigilanza sul sistema radiotelevisivo. Alle ragioni che già avevano portato a sanzionare le emittenti in oggetto si aggiunge in modo prepotente l'emergenza sanitaria, senza la quale, forse, il provvedimento non sarebbe stato preso o sarebbe apparso sproporzionato. Resta comunque un dubbio leggendo le delibere dell'Agcom, e cioè che il nesso tra lo stile di vita proposto dal Panzironi e la diffusione del contagio sia molto labile. Infatti, non si propongono comportamenti scriteriati ma si suggeriscono condotte alimentari (e integratori) che potrebbero non pregiudicare le resistenze immunitarie del soggetto. Insomma, non si consiglia l'esposizione al rischio, ma si indicano improbabili forme di protezione. Certo, il tutto avviene in un contesto in cui è forte la presenza dell'interesse economico. Ciò determina però la messa in pericolo della salute propria o altrui? La risposta potrebbe essere affermativa in presenza di un invito ad una reale deroga alle prescrizioni provenienti dalle istituzioni sanitarie pubbliche impegnate nella crisi. Qualche dubbio resta. Forse a prevalere è la logica della precauzione. Occorre annoverare anche questo effetto sulla libertà di espressione tra quelli indiretti del virus? Potrebbe trattarsi di uno dei sintomi del pas-

---

[7] Sul potere sanzionatorio della Agcom, C. FLICK, *Le sanzioni*, in F. BASSAN, E. TOSI, a cura di, *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012, pp. 417 ss.

saggio dalla *Grundnorm* dello Stato costituzionale a quella dello "Stato di prevenzione"[8]?

3. L'informazione online: vigilata speciale?

Per quanto riguarda invece le comunicazioni digitali in rete, si segnala un maggiore attivismo dell'Autorità di garanzia. In attuazione del decreto legge "Cura Italia" l'Agcom, nella seduta del 18 marzo 2020, ha individuato quattro tavoli di lavoro: Tavolo telco e consumatori, Tavolo servizi postali, Tavolo servizi media, Tavolo piattaforme digitali e big data. Tali sedi costituiscono momento di incontro e di collaborazione tra gli operatori dei mercati regolati, al fine di avanzare proposte per un più razionale uso delle infrastrutture e dei servizi di comunicazione. In modo particolare, i Tavoli dovranno affrontare tutti i temi di maggiore rilievo nella fase di crisi, fra i quali: il potenziamento e la sicurezza di reti e servizi di telecomunicazioni; la protezione e facilitazione all'uso di servizi digitali da parte dei consumatori; la riorganizzazione e esercizio degli uffici e servizi postali e di consegna dei pacchi; il ruolo dei servizi media audiovisivi, con particolare riferimento alla correttezza delle informazioni concernenti l'epidemia e l'emergenza sanitaria; il possibile uso dei Big data e della promozione di meccanismi di autoregolamentazione da parte delle piattaforme online.

Per quanto concerne direttamente l'informazione diffusa al pubblico, si segnala l'attività del Tavolo piattaforme digitali e Big data che, in raccordo con il Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali (istituito con delibera n. 423/17/CONS) vuole contrastare la disinformazione online su temi medico-sanitari e relativi alla epidemia. Il Tavolo, visto il carattere centrale che l'informazione online occupa nella società, intende costituire un momento plurale e partecipato per fronteggiare la disinformazione sulla emergenza epidemiologica, a tutela del diritto degli utenti a un'informazione corretta e plurale sul Covid-19. Referente per il tavolo è il Servizio economico statistico, coadiuvato per i profili di rispettiva competenza dalla Direzione contenuti audiovisivi e dalla Direzione sviluppo dei servizi digitali e della rete.

La lotta alla disinformazione costituisce già da alcuni anni un settore di intervento dell'Autorità[9]. Nelle condizioni di emergenza attuali la linea di azione riguarda specificamente le notizie relative alla pandemia, ma essa viene condotta in totale sintonia e coerenza con i criteri sinora impiegati, prevedendo cioè un rap-

---

[8] Si veda, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020 (23 marzo 2020).

[9] C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2019.

porto dialettico e di collaborazione con le grandi piattaforme social di Internet. Il ruolo del Tavolo, cioè, riprende quello svolto dai vari Osservatori permanenti già istituiti[10], ponendosi nella posizione di coadiuvare le misure che le piattaforme online e tutti i soggetti dell'informazione online possono adottare, in maniera volontaria e in sede di autoregolamentazione[11], per tutelare e migliorare l'ecosistema dell'informazione digitale. Il modello di intervento punta ad interagire con i network della rete per favorire un autogoverno dell'informazione online il più possibile garantista, in modo da trovare un giusto equilibrio tra la libertà degli utenti e le potestà delle piattaforme di rimuovere o rendere inaccessibili contenti contrari alla policy del social[12]. Non è possibile che in rete sia legittimo ciò che non lo è fuori, ma altrettanto non è ammissibile la censura compiuta da soggetti privati[13].

Gli ambiti di azione del Tavolo piattaforme e Big data determinati dalla Agcom vanno in tre direzioni. In primo luogo, azioni di monitoraggio sulle piattaforme online, miranti a evidenziare le informazioni prodotte sui temi medico-sanitari e sul contagio, e in particolare a mostrare con un approccio *data-driven*, l'evoluzione nel tempo della produzione di contenuti *fake*, fornendo indicazioni sia sulla quantità di disinformazione online immessa nel sistema nazionale, sia sugli specifici argomenti e le principali tematiche rispetto alle quali la disinformazione si diffonde. In secondo luogo, i Big data, prevedendo un punto di raccordo tra le piattaforme online, gli *stakeholder* e le altre istituzioni italiane in merito all'utilizzo dei Big data ai fini della individuazione di eventuali misure di contrasto al contagio. Infine, vengono previsti strumenti per la trasparenza e la partecipazione dei cittadini utenti. I cittadini devono essere posti nelle condizioni di orientarsi nel mondo dell'informazione online, per tutelare la propria salute e non rischiare condotte errate per via della disinformazione. Il Tavolo offre al pubblico vari mezzi che promuovono trasparenza e informazione al cittadino, riconosciuti

---

[10] Osservatorio sulle comunicazioni, Osservatorio sulle piattaforme online, Osservatorio sulla disinformazione online, Osservatorio sul giornalismo, Osservatorio sulle testate online nazionali e locali, Osservatorio sulla pubblicità ed il below the line.

[11] G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, pp. 55-94.

[12] Da ultimo, M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2019.

[13] M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019. Per una recente affermazione di tale principio, si veda C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei* social network, in Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 2020 (17 marzo 2020).

in cooperazione con i soggetti e gli altri partner istituzionali dell'Autorità (FAQ, *fact-checking* e sistemi di *emergency management alert*).

4. Il Report Agcom sulla disinformazione online e il monitoraggio su *WhatsApp*

Il monitoraggio della informazione su Internet è stato reso pubblico durante le fasi della crisi. Il 2 aprile 2020 l'Osservatorio sulla disinformazione online della medesima Agcom ha pubblicato un primo report sulla situazione durante la fase della emergenza Covid-19. Si tratta di un documento di una ventina di cartelle, ricche di grafici e dati, che mostrano l'incidenza della 'cattiva' informazione online rilevata secondo i parametri standard adottati dall'Osservatorio. Le tabelle mostrano come le notizie medico-sanitarie legate al coronavirus abbiano subito una impennata rapida e quantitativamente imponente nel mese di marzo. Il rapporto smonta anche le principali bufale che sono corse sulla rete. Ma i dati più interessanti sono proprio quelli che misurano la circolazione delle *fake news*. Ebbene, il valore complessivo della disinformazione online ha registrato nel mese di marzo una lieve flessione rispetto a febbraio, attestandosi attorno al 6,1% del totale della informazione prodotta ogni giorno[14], nonostante le notizie siano cresciute in termini assoluti. Se si analizza poi la percentuale di contenuti falsi in relazione alla sola informazione sul coronavirus, si nota che i mesi di gennaio e febbraio, quando cioè il contagio era contenuto, sono quelli con i valori più alti: nonostante la quantità delle notizie sul tema fosse decisamente ridotta. A fine febbraio si verifica un fatto interessante: aumentano le informazioni sul Covid-19, si triplicano persino, ma si abbassa la percentuale di bufale, a livelli addirittura inferiori rispetto alla media generale di tutte notizie (intorno al 4,5% di media per tutto marzo, contro il 6,1% prima citato). Questi dati, che lasciamo agli studiosi di comunicazione, sembrano non scoraggianti, anzi, paiono indicare che con il crescere dell'attenzione informativa la qualità delle notizie migliori.

L'azione di contrasto alla non corretta, e talora pericolosa, informazione in materia di emergenza sanitaria non si è però concentrata solo sulle piattaforme online pubbliche. Si è, infatti, notata una sorta di osmosi tra la comunicazione rivolta al pubblico e quella riservata e personale, prodottasi attraverso i canali digitali di messaggistica privata. L'integrazione e la convergenza dei mezzi di diffusione del pensiero, una volta venuta meno la tradizionale corrispondenza tra mezzo e servizio per la quale ad un preciso medium faceva da corrispettivo una

---

[14] AGCOM, Osservatorio sulla disinformazione online, *Speciale Coronavirus*, 1 aprile 2020.

specifica forma di comunicazione, conduce esattamente a questo esito[15], cioè alla versatilità e fungibilità dei media. Tramite il telefono cellulare si può esprimere il proprio pensiero rivolgendosi ad una collettività (art. 21 Cost.) oppure si può comunicare in forma strettamente personale e segreta (art. 15 Cost.), il tutto nella più totale facilità di accesso all'una o all'altra forma di espressione (con il rischio di commettere fatali errori). Sotto l'attenzione dell'Agcom è pertanto ricaduta la piattaforma per la messaggistica più usata al mondo, cioè *Whatsapp*, ove si è osservata anche da parte degli utenti la circolazione di notizie poco attendibili sul Covid-19. Per questo, in data 2 aprile 2020, l'Agcom ha inserito nelle attività di monitoraggio di auto-regolamentazione un progetto avanzato da *Facebbok* per una innovativa procedura di *fact-checking* su informazioni relative alla emergenza sanitaria.

Il progetto, presentato al Tavolo Piattaforme Digitali e Big data, si basa su un autonomo accordo tra *Facebook* e un *fact-checker* indipendente, selezionato dalla piattaforma e già partner del *Facebook Third-Party Fact-Checking Program*, nonché membro dell'*International Fact Checking Network* di *Poynter* (un celebre istituto di formazione al giornalismo della Florida). Il *fact-checker* selezionato da *Facebook* è *Pagella Politica*, che opererà attraverso un progetto denominato '*Facta*'. Fornito di un profilo *WhatsApp* e di una numerazione apposita, *Pagella politica/Facta* riceverà le segnalazioni da parte di quegli utenti della piattaforma che vorranno sottoporre contenuti alla verifica di autenticità, assumendosi la responsabilità sulla valutazione del contenuto e sui criteri adottati a tal fine. In pratica, ogni utente che riceve un messaggio dedicato al Covid-19 potrà inoltrarlo per una verifica al numero *WhatsApp*: il *fact-checker* invierà una notifica all'utente richiedente e, in caso si tratti di una notizia falsa, pubblicherà il risultato dell'analisi sul sito web. Trattasi di un passo inedito, cioè dell'introduzione di forme di controllo (private) su messaggi destinati alla comunicazione personale e segreta, cioè sulla corrispondenza secondo il dettato dell'art. 15 della Costituzione. Il tutto secondo un modello di autoregolamentazione piuttosto sbilanciato verso la società privata incaricata dalla piattaforma digitale: che ha praticamente scelto il controllore e le modalità di controllo senza concordarlo con l'Autorità pubblica. Quindi occorre prestare attenzione anche nelle comunicazioni personali via chat, ove ci si può permettere spesso qualche libertà in più. Effetti della *Grundnorm* da "Stato di prevenzione"?

---

[15] Si veda, tra gli altri, M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, sp. p. 518 ss.

5. La *task force* del Governo contro le *fake news* online

Nonostante i dati non allarmanti sulla disinformazione online e nonostante l'attività di auto-regolamentazione delle piattaforme social, si deve registrare in materia di contrasto alla cattiva informazione anche una iniziativa diretta del Governo. In data 4 aprile 2020 il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con delega alla Informazione e editoria, con un decreto ha istituito una "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al Covid-19 sul web e sui social network", con compiti di analisi e monitoraggio dell'informazione diffusa relativamente al coronavirus e di individuazione di specifiche misure di contrasto alla diffusione di *fake news*, anche tramite il coinvolgimento dei principali motori di ricerca e piattaforme social. Il gruppo di lavoro sarà composto di 11 membri, di cui tre in rappresentanza del Governo (uno per il Dipartimento editoria, uno per il Dipartimento Protezione civile ed uno per il Ministero della Salute) e otto provenienti dal mondo accademico, del giornalismo e delle professioni. All'Unità può partecipare come osservatore l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, «al fine di fornire supporto tecnico e condividere le esperienze maturate nell'ambito del Tavolo Permanente su Big data e Piattaforme online». Per quanto riguarda i compiti assegnati a questo gruppo di lavoro, il decreto fa un elenco, includendovi: la ricognizione e la classificazione dei contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti, con particolare riguardo a quelli potenzialmente idonei a indebolire le misure di contenimento del contagio; promozione di campagne di adeguata informazione e comunicazione con il coinvolgimento delle istituzioni competenti; definizione di opportune modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media; promozione di partnership con i diversi soggetti del web specializzati in *fact-checking* e con i principali motori di ricerca e piattaforme; promozione di iniziative volte a favorire il coinvolgimento di cittadini e utenti delle piattaforme social nell'individuazione e segnalazione – alla stessa Unità di monitoraggio - di contenuti non veritieri.

Alcune osservazioni brevi. Era davvero necessario istituire un altro gruppo di monitoraggio, oltre quelli già operanti presso l'Agcom? Le funzioni, in tema di contrasto alla disinformazione, sono praticamente una duplicazione di quanto non venga già svolto dall'Agcom, la quale ha anche il vantaggio oggettivo di operare secondo una metodologia affinata e sperimentata da alcuni anni, seguendo protocolli di intesa e collaborazione con le principali piattaforme operanti sulla rete. La proliferazione di comitati tecnici o *task force* ministeriali è del resto una delle modalità operative dell'esecutivo che più ha contrassegnato l'approccio all'emergenza: con un riflesso anche per l'informazione. La scelta è motivata dalla necessità di coinvolgere professionalità esterne alle Amministrazioni pubbliche.

Ovviamente, ognuno dei nominati porta con sé esperienze professionali qualificate ma anche opinioni e valori soggettivi di ordine, se non politico, almeno ideologico: inutile aggiungere che si tratta di un punto che può fare sorgere polemiche e rilievi critici sulla reale indipendenza e obiettività del gruppo di lavoro.

Rispetto alle competenze dell'Agcom e dei suoi organismi interni, vi è inoltre una novità, rappresentata dal ruolo propositivo che l'Unità di monitoraggio dovrebbe assumere. Infatti, tra le attività a cui si dovrà dedicare l'organo figura la individuazione di «modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media». Si esce dalla mera logica del controllo e della verifica delle fonti per approdare ad una posizione decisamente più propositiva nella sfera pubblica. Si tratta di assegnare nel dibattito pubblico corsie preferenziali sulle piattaforme online alle comunicazioni che provengono dalle istituzioni? Attraverso quali strumenti sarà possibile ottenere una promozione delle fonti istituzionali senza determinare una indebita inferenza nella sfera pubblica? Per concludere questi cenni, si può osservare come la libertà di informazione sia stata investita nelle sue istituzioni di libertà (Barbera) dal clima politico e culturale della emergenza. Occorre sottolineare che i nuovi media, cioè il variegato mondo dei social e dei forum online, sono stati ancora una volta oggetto di un trattamento differenziato, colpiti da un fatale pregiudizio che li associa spesso automaticamente alle *fake news*[16]. Il monitoraggio, esteso anche alla messaggistica privata, pare essere confinato alle sole espressioni del pensiero aventi un contenuto medico e scientifico idonee ad interferire nella gestione della epidemia, e quindi è salva la manifestazione del dissenso politico e ideologico che è la radice ultima della libertà di parola, e che deve essere tutelata in ogni circostanza pena la perdita del valore delle istituzioni democratiche[17]. C'è da sperare che l'eccezione termini al più presto e che la sfera pubblica possa vedere rientrare quelle perturbazioni che il clima di emergenza tende a scaricarle addosso. In via generale, prevedere troppi custodi alla libertà d'espressione non è mai un buon servizio verso la democrazia e il pluralismo.

---

[16] Si veda, T.E. FROSINI, *No news in fake news*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2017, p. 5, ove: «Si avverte la sensazione che esasperando la storia delle fake news si voglia provare a ridurre l'impatto del web, facendo passare la notizia (fake?) che quello che appare su Internet è prevalentemente falso e menzognero, e quindi bisogna diffidarne. Innanzitutto e soprattutto sui temi della politica». Si veda anche, N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una "Autorità pubblica della verità"?*, cit.

[17] Si veda sul punto, in tema emergenza, L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dirittifondamentali*, *Attualità*, 3 aprile 2020, pp. 12-15.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le manifestazioni in movimento alla prova dei *decreti sicurezza*

ENRICO VERDOLINI*

Sommario

1. Introduzione: la libertà di corteo come *species* della libertà di riunione. – 2. Il reato di blocco stradale nel decreto legge 113 del 2018 (c.d. decreto sicurezza): definizione della fattispecie e introduzione di una nuova ipotesi di illecito amministrativo in sede di conversione. – 3. La normativa penale presente nel decreto legge 53 del 2019 (c.d. decreto sicurezza bis). – 4. Il decreto sicurezza bis e il nuovo reato di lancio di oggetti e artifizi pirotecnici: la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie. – 5. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

E. VERDOLINI, *Le manifestazioni in movimento alla prova dei* decreti sicurezza, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche nell'Alma mater studiorum – Università di Bologna Indirizzo mail: enrico.verdolini2@unibo.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Introduzione: la libertà di corteo come *species* della libertà di riunione

Uno dei profili di maggior rilievo alla base dei *decreti sicurezza,* il decreto legge 113 del 2018 (convertito dalla legge 132 del 2018) e il decreto legge 53 del 2019 (convertito dalla legge 77 del 2019), è stato quello di aver comportato plurime innovazioni legislative, soprattutto in materia penale, relativamente agli eventi pubblici di natura collettiva, con particolare riferimento all'ipotesi delle manifestazioni in movimento.

Aver introdotto ulteriori regole per lo svolgimento di cortei e mobilitazioni ha significato, di fatto, disegnare un nuovo perimetro dell'esercizio della libertà di riunione ex art. 17 Cost., a partire da ciò che non è consentito fare, fissando cioè confini più stretti e circoscrivendo ancora di più i limiti. Gli interventi normativi compiuti da entrambi i *decreti sicurezza* hanno rivestito, però, allo stesso tempo un'importanza fondamentale nella definizione del contenuto positivo di questa libertà, di quale sia il suo spazio di operatività e quali siano le possibilità comportamentali in capo ai manifestanti.

Conseguentemente ai due decreti, pertanto, che fisionomia hanno assunto cortei e mobilitazioni? E che fisionomia ha assunto la libertà di riunione?

Le manifestazioni in movimento, come fenomeno di partecipazione collettiva, costituiscono un'alternativa all'espressione del pensiero in forma atomizzata per mezzo dei *social network*. Permettono di porre all'attenzione dell'opinione pubblica rivendicazioni e tematiche che, quasi ignorate dai *mass media,* rischierebbero di essere in qualche modo svalutate. In tempi recenti, queste forme di mobilitazione sono fra l'altro soggette a una rinnovata centralità: basti pensare, per fare un esempio, ai cortei del movimento ambientalista *Fridays for future*.

Se si concepiscono le manifestazioni in movimento come strumenti di partecipazione politica e sociale[1], la conseguenza logica è quella di interrogarsi su quale sia la garanzia costituzionale posta a loro tutela. Non è presente, nella Costituzione repubblicana, una garanzia espressa del "diritto di corteo". È tuttavia riconosciuto in maniera diffusa dalla dottrina[2] come i cortei, gli scioperi, le dimostrazioni, le

---

[1] A. BARBERA., *Principi costituzionali e libertà di corteo,* in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito,* Padova, Cedam, 1970, pp. 2723-2752.

[2] A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza,* in A. BARBERA, G. AMATO, *Manuale di diritto pubblico,* Bologna, 1997, pp. 289-290; A. BARBERA, op. cit., 1970, pp. 2737-2745; R. BORRELLO, *Riunione (diritto di),* in *Enciclopedia del diritto,* Milano, Giuffrè. 1999, pp. 1412-1414; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, Il Mulino, 1984, p. 183; C. CARUSO, *La disciplina costituzionale delle riunioni e delle manifestazioni di piazza,*

processioni religiose, così come quelle di natura civile, le mobilitazioni e le altre ipotesi di manifestazione in movimento possano essere ricondotti, a livello costituzionale, all'art. 17 Cost. e all'esercizio della libertà di riunione.

Si può inquadrare la manifestazione in movimento come modalità particolare di organizzazione di una riunione, dal momento che questa specifica tipologia di formazione sociale si distingue per la compresenza di due tratti essenziali. Ogni manifestazione in movimento, infatti, si caratterizza *in primis* per la sussistenza di un elemento di «volontarietà»[3] in capo ai partecipanti, accomunati da una medesima opinione di carattere sociale, politico, sindacale o religioso, che *per loro scelta* nel corteo stesso trova una possibilità di espressione collettiva. Lo scopo che aggrega i singoli partecipanti, pertanto, è quello di rendere pubblico un certo pensiero condiviso, la cui natura sostanziale può variare, a seconda dei casi e delle circostanze. *In secundis,* è necessario rilevare la presenza di un ulteriore elemento caratterizzante le manifestazioni in movimento, quello dell'«interesse dei singoli a mantenersi riuniti»[4], da intendersi non come idea di stazionare in uno spazio fisso predeterminato, bensì come il desiderio di mantenere una vicinanza fra i partecipanti nel corso della durata dell'intero evento: se la manifestazione, infatti, si svolge in forma itinerante, facendo tappa in una pluralità di luoghi, allora si può parlare di riunione nel momento in cui si rileva un interesse comune allo «stare insieme»[5] lungo il percorso del corteo. Entrambi questi elementi, sia la comunanza di fondo di visione ideale e di finalità, che la tendenza a instaurare un contatto fisico temporaneo fra più persone, permettono di accostare la manifestazione in movimento al modello generale della riunione.

Una volta chiarito come le manifestazioni in movimento costituiscano una *species* del più ampio *genus* delle riunioni ex art. 17 Cost., è possibile concludere come le nuove disposizioni introdotte dai *decreti sicurezza*, riguardando diversi aspetti concernenti i cortei e le mobilitazioni, di fatto abbiano finito per influire direttamente sulle modalità di esercizio della libertà di riunione.

---

in (a cura di) F. CURI, *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città,* Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 25.

[3] Cfr. P. BARILE, op. cit., p. 183.

[4] Cfr. A. BARBERA, op. cit., 1970, p. 2741.

[5] Cfr. P. BARILE, op. cit., p. 183.

2. Il reato di blocco stradale nel decreto legge 113 del 2018 (c.d. *decreto sicurezza)*: definizione della fattispecie e introduzione di una nuova ipotesi di illecito amministrativo in sede di conversione

È necessario compiere una lettura attenta di entrambi i testi normativi dei *decreti sicurezza*, individuando quell'insieme di norme che possono condizionare l'attività dei manifestanti, non tanto nel momento che riguarda la preparazione dell'evento pubblico, quanto nel corso del suo concreto svolgersi. Si tratta, per essere ancor più puntuali, di norme riguardanti nuove fattispecie di reato, nuove circostanze aggravanti, la limitazione delle cause di non punibilità, la reintroduzione di vecchie ipotesi di illecito e l'inasprimento di sanzioni penali e pecuniarie per determinate ipotesi comportamentali[6].

In primo luogo, l'art. 23 decreto legge 113 del 2018 (d'ora in avanti semplicemente *decreto sicurezza*, per esteso «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonchè misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata») ha reintrodotto il reato di blocco stradale, una fattispecie di illecito penale che era disciplinata dal d.lgs. 66 del 1948 e depenalizzata dal d.lgs. 507 del 1999.

Il d.lgs. 66 del 1948 (per esteso «Norme per assicurare la libera circolazione sulle strade ferrate ed ordinarie e la libera navigazione») forniva una descrizione della fattispecie di reato di blocco di strade ferrate e ordinarie[7], cui associava una sanzione penale compresa fra uno e sei anni di reclusione. La misura sanzionatoria, fra l'altro, poteva essere raddoppiata, arrivando fino a 12 anni di reclusione, nel caso in cui il reato fosse compiuto da una pluralità di persone, anche non riunite.

Secondo la definizione data art. 1 comma 1 del decreto legislativo 66 del 1948, era possibile parlare di blocco stradale o blocco ferroviario in presenza di un

---

[6] G. MENTASTI, *Decreto-sicurezza: i profili penalistici,* in *Diritto penale contemporaneo,* 25 ottobre 2018, pp. 1-4; G. MENTASTI, *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione,* in *Diritto penale contemporaneo,* 21 dicembre 2018, pp. 1-2; S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici,* in *Diritto penale contemporaneo,* 18 giugno 2019, pp. 1-5; A. DE LIA, *Novità sul fronte del "diritto penale del nemico". Breve analisi del c.d. "decreto sicurezza" (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. l. 1 dicembre 2018, n. 132)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 30 aprile 2019, p. 1; M.E. CASSANO, *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini,* in *Diritto penale contemporaneo,* fasc. 9, 2019, pp. 5-30.

[7] E. CONTIERI, *Blocco stradale,* in *Enciclopedia del diritto,* Milano, Giuffrè, 1959, pp. 490-493.

comportamento finalizzato a impedire o ostacolare la libera circolazione, per mezzo dell'utilizzo di congegni o altri oggetti di qualsiasi specie, deposti o abbandonati in una strada ordinaria o ferrata. L'art. 1 comma 1 specificava altresì come il reato di blocco si concretizzasse anche nel caso in cui lo stesso scopo di ostruzione o ingombro della strada fosse perseguita facendo uso di altre modalità o di altri strumenti.

Erano così punite due condotte alternative, rilevanti allo stesso modo dal punto di vista del diritto penale, in quanto accomunate dalla possibilità di provocare un medesimo evento, quello di bloccare o, quantomeno, di rendere maggiormente difficoltoso il movimento di persone e veicoli su di un tratto di strada o di ferrovia. La prima ipotesi di azione, di carattere ben definito e circoscritto (*utilizzo di congegni o altri oggetti*), manteneva una sua autonomia rispetto alla seconda ipotesi di azione, descritta con una formula di carattere aperto (*altre modalità*), cui era possibile attribuire diversi significati: si andava dal caso in cui fossero divelti i binari di una ferrovia, fino a quello in cui fosse alterato un tratto di strada, comprendendo però, allo stesso tempo, la possibilità di un blocco realizzato per mezzo della presenza fisica di una o più persone[8].

Quest'ultima eventualità nello specifico, che il reato potesse essere perfezionato anche per mezzo della semplice presenza di uno o più individui sulla strada o sulla ferrovia, era riconosciuta anche dall'opinione prevalente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione[9]: è stato più volte evidenziato nelle decisioni della Suprema Corte come un assembramento di persone fosse sufficiente a rendere la circolazione più difficoltosa o a impedirla totalmente, perfezionando così il reato di blocco[10].

---

[8] E. CONTIERI, op. cit., pp. 490-491.

[9] G. LEO, *Blocco stradale,* in *Digesto delle discipline penalistiche,* Torino, Utet, 1987, p.466.

[10] Si vedano, a titolo di esempio, la sentenza 5424 del 1994 della Sez. Pen. I della Corte di Cassazione («Integra l'elemento oggettivo del reato di blocco stradale di cui all'art. 1 D.L. Lgt. 22.1.1948 N. 66 anche il solo ingombro della sede viaria con qualsiasi ostacolo, che può anche essere costituito da un assembramento di persone che sia idoneo a rendere la circolazione apprezzabilmente più difficoltosa rispetto alle condizioni normali») e la sentenza 10151 del 1997 della Sez. Pen. I della Corte di Cassazione («Ai fini della configurabilità del delitto di blocco stradale, è sufficiente anche il solo ingombro della sede viaria con qualsiasi ostacolo, che può anche essere costituito da un assembramento di persone idoneo a rendere la circolazione apprezzabilmente più difficoltosa rispetto alle condizioni normali e il cui dolo si concretizza e si esaurisce nel fine di impedire o anche soltanto di rendere più difficoltosa la circolazione, a nulla rilevando che l'obiettivo si sia realizzato, o non»).

Nel dettato del decreto legislativo 66 del 1948, al reato di blocco stradale o ferroviario si aggiungeva una seconda fattispecie di reato, disciplinata dall'art. 1 comma 2, il reato di blocco fluviale, al quale era estesa la stessa ipotesi di sanzione penale prevista per il reato di blocco stradale e blocco ferroviario: la fattispecie di blocco fluviale si concretizzava in attività finalizzate a ostacolare la libera navigazione «in una zona portuale o nelle acque di fiumi, canali o laghi», sempre per mezzo dell'impiego di congegni o altri oggetti, ed era sanzionata con un periodo di reclusione compreso fra uno e sei anni.

A livello generale, i comportamenti riferibili alle due fattispecie di reato potevano avere come conseguenza quella di incidere sulla libertà di circolazione e movimento delle persone, sia che essa fosse esercitata su strada ordinaria, senza alcun tipo di mezzo di locomozione, sia che essa fosse esercitata ricorrendo a un qualche mezzo di trasporto, non solo su strada ordinaria, ma anche su ferrovia, via lago, via canale e via fiume.

Per questo motivo, è possibile affermare come le fattispecie di reato disciplinate dall'art. 1 del decreto legislativo 66 del 1948 fossero idonee a salvaguardare un preciso bene di rango costituzionale, la libertà di circolazione dell'individuo, così come intesa, in senso molto ampio, dall'art. 16 Cost.

Successivamente, l'ipotesi di reato di blocco stradale per mezzo di oggetti e congegni è stata oggetto di una nuova disciplina e di una depenalizzazione da parte del d.lgs. 507 del 1999 (per esteso «depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205»): l'art. 17 del d.lgs. 507 del 1999, infatti, ha operato una differenziazione marcata fra le ipotesi di blocco ferroviario e blocco fluviale, da un lato, per le quali è rimasta in vigore l'impianto normativo sanzionatorio di carattere penale (art. 17 comma 1), e l'ipotesi di blocco stradale, dall'altro, che invece è stata formulata come fattispecie di comportamento illecito da sanzionare esclusivamente a livello amministrativo (art. 17 comma 2).

La *ratio* dell'intervento del legislatore del 1999, in questo caso, è stata quella di distinguere la sanzione a seconda del luogo in cui era compiuta materialmente l'azione, dal momento che il blocco della circolazione marittima, fluviale o ferroviaria era considerato un evento tale da comportare rischi di portata maggiore rispetto all'ostruzione di strada ordinaria[11].

L'art. 23 del *decreto sicurezza* ha tuttavia re-introdotto all'interno dell'ordinamento giuridico il reato di blocco stradale, così come concepito dal legislatore del

---

[11] S.M. GAIAS, *Il decreto sicurezza alla prova della protesta dei pastori sardi. La libertà di riunione alla luce del reato di blocco stradale introdotto dal d.l. 113 del 2018,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 6 maggio 2019, p. 15.

1948[12]. È stata così ripristinata in un primo momento la formulazione originaria dell'art. 1 del d.lgs. 66 del 1948, che sanzionava il reato di blocco stradale, ponendo su di uno stesso piano sia il caso di blocco per mezzo di oggetti o congegni, sia quello concretizzato per mezzo della presenza fisica dell'autore o degli autori.

In un momento successivo, la legge di conversione del *decreto sicurezza* ha tuttavia operato una modifica al testo originario dell'art. 23, operando una distinzione di fondo[13]. Le ipotesi di comportamento sottese alla disciplina originaria del d.lgs. 66 del 1948 sono state oggetto di una marcata differenziazione. Da un lato, è stata mantenuta la disciplina penale del reato di blocco stradale realizzato per mezzo di oggetti o congegni. Dall'altro, è stata disciplinata una nuova ipotesi di illecito amministrativo: la legge di conversione ha specificato che, nel caso in cui il blocco venga compiuto su strada ordinaria da una qualsiasi persona per mezzo del proprio corpo, il comportamento può essere sanzionato a livello amministrativo, con il pagamento di una somma compresa fra 1.000 e 4.000 euro.

Fra i primi casi in cui i magistrati inquirenti hanno applicato la nuova normativa sul blocco stradale, è possibile fare riferimento ai movimenti di protesta sviluppatisi nella Regione Sardegna da parte degli allevatori del settore ovi-caprino[14], a causa del prezzo eccessivamente basso per l'acquisto del latte da parte delle imprese di distribuzione e di trasformazione. Le mobilitazioni poste in essere da parte dei pastori sardi hanno comportato, talvolta, il fermo della circolazione per mezzo di assembramenti di persone o dello sversamento del latte sulla sede stradale. In conseguenza di tali atti di protesta, alcuni pastori sono stati indagati per varie ipotesi di reato, fra le quali è stata ricompresa talvolta anche l'ipotesi di blocco stradale: per quattro manifestanti che avevano organizzato una dimostrazione, in particolar modo, è stata avanzata di fronte al Tribunale di Nuoro una richiesta di rinvio a giudizio per reato di blocco stradale (l'udienza preliminare, prevista per il 20 marzo 2020, è stata tuttavia oggetto di rinvio).

A questo caso, si è aggiunto di recente l'esempio della manifestazione sindacale organizzata nella città di Prato in data 16 ottobre 2019, con lo scopo di denunciare le condizioni lavorative dei dipendenti di una tintoria locale. La Questura di Prato ha applicato, in questo caso, le sanzioni amministrative previste per l'ipotesi di blocco stradale compiuto per mezzo della propria persona. Sono state così notificate delle sanzioni pecuniarie di importo compreso fra 1.000 e 4.000 euro a ventuno persone che avevano partecipato alla mobilitazione sindacale.

---

[12] G. MENTASTI, op. cit., 2018, p. 2.

[13] G. MENTASTI, op. cit., 2019, p. 2.

[14] S.M. GAIAS, op. cit., pp. 2-3.

3. La normativa penale presente nel decreto legge 53 del 2019 (c.d. *decreto sicurezza bis)*

Il decreto legge 53 del 2019 (d'ora in avanti *decreto sicurezza bis,* per esteso «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza») si è caratterizzato per una serie di ulteriori disposizioni, di natura penale[15], che devono essere analizzate contestualmente alla disciplina già presente nel primo *decreto sicurezza.*

L'art. 7 del *decreto sicurezza bis*, innanzitutto, ha formulato una nuova circostanza aggravante per delle particolari ipotesi di reato che, compiute in un luogo pubblico o aperto al pubblico, nel corso di manifestazioni collettive, sarebbero connotate da un livello di pericolosità sociale maggiore che non in altri contesti e, per questa ragione, sarebbero meritevoli di una sanzione penale rafforzata.

L'elenco delle ipotesi di reato per le quali è stata disciplinata la nuova aggravante è alquanto ampio e variegato. L'aggravante in questione, fra l'altro, è stata introdotta per i reati di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), violenza o minaccia a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti (art. 338 c.p.). Per queste tre ipotesi di reato, nello specifico, la circostanza aggravante è attualmente disciplinata dall'art. 339 c.p., che afferma come «le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono aumentate se la violenza o minaccia è commessa nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico»[16].

Per di più, la legge di conversione del *decreto sicurezza bis* è intervenuta sull'art. 131 bis c.p., che disciplina la causa di non punibilità per «particolare tenuità del fatto», escludendo la possibilità di applicarla ai reati di resistenza, violenza o minaccia a pubblico ufficiale. Se, quindi, nel corso di una manifestazione in movimento, dovesse essere compiuto uno dei comportamenti previsti dagli art. 336 c.p. e 337 c.p., da un lato, il reato dovrebbe essere sanzionato a livello penale anche se, «per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo», l'entità del comportamento sia di scarso rilievo pratico; dall'altro, dovrebbe essere fatta applicazione della nuova circostanza aggravante prevista per quelle ipotesi di reato, determinando così un esito sanzionatorio radicalmente opposto rispetto a quello dovuto al quadro normativo previgente.

L'art. 7 del *decreto sicurezza bis* ha riformato altresì il reato di danneggiamento (art. 635 c.p.): l'articolo in questione del codice penale già conteneva, al primo comma, un riferimento al comportamento di danneggiamento di cose mobili o

---

[15] S. ZIRULIA, op. cit., pp. 4-5.

[16] La stessa aggravante è stata altresì introdotta per quanto riguarda i reati di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità (art. 340 c.p.) e devastazione e saccheggio (art. 419 c.p.).

immobili altrui, compiuto nel corso di manifestazioni organizzate in luogo pubblico o aperto al pubblico. Per questa ipotesi nello specifico era prevista una pena di reclusione compresa fra sei mesi e tre anni.

Il *decreto sicurezza bis* ha riscritto il primo comma dell'art. 635 c.p., scorporando tale ipotesi comportamentale, e ha aggiunto un ulteriore terzo comma, conferendo autonomia di disciplina a questa particolare fattispecie.

Il testo attualmente vigente dell'art. 635 comma 3 c.p., così come definito dal *decreto sicurezza bis*, dispone che «chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico, è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Pertanto, è possibile affermare che, oltre a istituire una *sedes* normativa autonoma per l'ipotesi specifica di danneggiamento nel corso di una manifestazione, il *decreto sicurezza bis* abbia rivisto le sanzioni applicabili, innalzandone sia la misura minima che quella massima.

Per concludere, il *decreto sicurezza bis* ha modificato in maniera significativa la legge 152 del 1975 (c.d. *legge Reale*, per esteso «Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico»), la quale all'art. 5 vieta l'utilizzo nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico di caschi e altri strumenti che possano coprire il volto della persona, così da renderne difficile il riconoscimento. Si tratta, pertanto, di una normativa di particolare rilevanza, che fissa uno dei requisiti di partecipazione a cortei e manifestazioni, quello di essere sempre riconoscibili e identificabili.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 6 del *decreto sicurezza bis*, le sanzioni previste per i manifestanti in caso di violazione del divieto dell'art. 5 della legge 152 del 1975 sono state innalzate fino a prevedere l'arresto da due a tre anni e l'ammenda da 2.000 a 6.000 euro.

A questa modifica riguardante l'art. 5, se ne è aggiunta una seconda, avvenuta sempre per mezzo dell'art. 6 del *decreto sicurezza bis*, con l'introduzione dell'art. 5 bis, il quale ha disciplinato una fattispecie di reato del tutto inedita, che può concretizzarsi esclusivamente nel corso delle manifestazioni. Il nuovo art. 5 bis espressamente prevede la pena di reclusione da uno a quattro anni per chiunque lanci o utilizzi in maniera illegittima oggetti di vario tipo, nel corso di una manifestazione in luogo pubblico o aperto al pubblico: l'elenco dell'art. 5 bis è piuttosto dettagliato e richiama vari oggetti, quali «razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere».

Una volta analizzate le varie norme penali previste dal *decreto sicurezza* e dal *decreto sicurezza bis*, riguardanti in particolar modo le manifestazioni pubbliche, è possibile innanzitutto compiere una prima valutazione parziale su quale sia stata la *ratio* ispiratrice. È da considerare come il codice penale già prima dell'entrata in

vigore dei decreti contenesse una serie di disposizioni particolarmente rigide riguardanti le condotte illecite compiute nel corso di cortei ed eventi. Per questa ragione, è difficile immaginare che queste norme siano state concepite con un obiettivo diverso da quello di rappresentare un intervento legislativo simbolico, volto a imprimere una maggiore severità nei confronti dei fenomeni di mobilitazione pubblica e delle loro possibili distorsioni[17].

Nel caso specifico del primo *decreto sicurezza,* questo si verifica anche quando le azioni compiute dai manifestanti non risultino realmente pericolose, ma costituiscano mezzi di protesta scevri in concreto da effetti dannosi. Nel caso in cui, infatti, il blocco stradale sia posto in essere da parte di un gruppo di persone, in forma pacifica, le stesse sono passibili di sanzione amministrativa pecuniaria, se non viene fatto uso di alcun oggetto materiale.

Lo stesso caso di blocco, però, potrebbe dar luogo all'applicazione dell'art. 1 comma 1 del decreto legislativo 66 del 1948 e delle sanzioni previste per il reato di blocco stradale, nel momento in cui venga utilizzato uno striscione o un cartellone, teso da un lato all'altro della strada, per fermare la circolazione sulla pubblica via, senza arrecare alcun danno effettivo, ma esclusivamente esprimendo una forma di dissenso[18].

Se questo ragionamento, pertanto, può essere valido per la normativa contenuta nel primo *decreto sicurezza,* di cui la disciplina del blocco stradale costituisce una componente importante, per quanto riguarda il *decreto sicurezza bis* occorre compiere una riflessione ulteriore.

Contestualmente alla promulgazione della legge di conversione*,* il Presidente della Repubblica ha inviato una lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri, esternando una serie di rilievi critici. L'attenzione del

---

[17] S. ZIRULIA, op. cit., p. 4.

[18] S.M. GAIAS, op. cit., p. 19. Si deve evidenziare, fra l'altro, come nel caso in questione la misura sanzionatoria massima applicabile non sarebbe quella pari a sei anni di detenzione dal momento che, essendo il reato compiuto da una pluralità di persone riunite, la pena dovrebbe essere raddoppiata e potrebbe arrivare fino a dodici anni di detenzione, per quella che è la previsione normativa dell'art. 1 comma 3 del d.lgs. 66 del 2018. È necessario confrontare quest'ultima ipotesi di pena applicabile con quelli che sono i massimali di sanzione previsti per altre ipotesi di reato: si può pensare, ad esempio, alla pena massima possibile per il reato di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), così come al massimale previsto per il reato di rapina (art. 628 c.p), in entrambi i casi pari a 10 anni di reclusione. Si tratta sicuramente di ipotesi in cui si è in presenza di un comportamento cui è accordato maggior disvalore e gravità rispetto al reato di blocco stradale, eppure la sanzione più alta applicabile rimane di minore entità.

Quirinale si è concentrata sul fatto che il testo convertito del *decreto sicurezza bis* abbia previsto come la causa di non punibilità per «particolare tenuità del fatto» non possa più essere applicata ai reati di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale: l'innovazione legislativa non ha interessato esclusivamente i comportamenti tenuti nei confronti delle Forze dell'Ordine, dal momento che il concetto di pubblico ufficiale può ricomprendere anche altri funzionari pubblici, statali, regionali, provinciali o comunali, o soggetti privati esercenti pubbliche funzioni, appartenenti a categorie di diversa natura. La lettera del Capo dello Stato ha richiamato, in tal senso, una serie di esempi concreti di figure rientranti nel concetto di pubblico ufficiale, quali «i vigili urbani e gli addetti alla viabilità, i dipendenti dell'Agenzia delle entrate, gli impiegati degli uffici provinciali del lavoro addetti alle graduatorie del collocamento obbligatorio, gli ufficiali giudiziari, i controllori dei biglietti di Trenitalia, i controllori dei mezzi pubblici comunali, i titolari di delegazione dell'ACI allo sportello telematico, i direttori di ufficio postale, gli insegnanti delle scuole, le guardie ecologiche regionali, i dirigenti di uffici tecnici comunali, i parlamentari».

Sulla base di tale motivazione, il Quirinale ha evidenziato come la scelta legislativa compiuta in sede parlamentare di fatto «impedisce al giudice di valutare la concreta offensività delle condotte poste in essere, il che (…) solleva dubbi sulla sua conformità al nostro ordinamento e sulla sua ragionevolezza nel perseguire in termini così rigorosi condotte di scarsa rilevanza e che, come ricordato, possono riguardare una casistica assai ampia e tale da non generare "allarme sociale"»[19].

In definitiva, l'esito cui può pervenire l'applicazione di alcune delle disposizioni contenute nel *decreto sicurezza bis* a proposito dei reati di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale è lo stesso che, in determinate circostanze, può essere determinato dall'applicazione della disciplina sanzionatoria in materia di blocco stradale, cioè quello di punire comportamenti che siano caratterizzati da una «scarsa rilevanza» a livello concreto, per la loro consistenza intrinseca e per le conseguenze associate.

Le innovazioni legislative apportate dal *decreto sicurezza bis,* tuttavia, non si sono fermate a questo aspetto e hanno interessato una pluralità più ampia di articoli del codice penale, che già sanzionavano comportamenti di carattere illecito connotati da una pericolosità oggettiva. Le conseguenze di queste ultime innovazioni, in particolar modo, possono essere più complesse di quel che possa sembrare a una prima lettura e necessitano, pertanto, di un approfondimento ulteriore.

---

[19] I brani sono tratti dalla lettera inviata dal Capo dello Stato ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, a proposito del *decreto sicurezza bis,* datata 8 agosto 2019 e reperibile presso il sito web della Presidenza della Republbica, *Quirinale.it.*

4. Il *decreto sicurezza bis* e il nuovo reato di lancio di oggetti e artifizi pirotecnici: la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie

Come già evidenziato, le disposizioni di natura penale del *decreto sicurezza* e del *decreto sicurezza bis* spingono l'interprete a interrogarsi su quale sia attualmente l'estensione della libertà di riunione nel corso di manifestazioni, mobilitazioni e cortei e quale sia, allo stesso tempo, la consistenza dei limiti posti all'esercizio di questa libertà[20].

L'art. 17 Cost. comma 1, da questo punto di vista, indica un primo limite generale[21] alla libertà di riunione: la riunione, infatti, deve svolgersi «pacificamente e senz'armi», locuzione di carattere risalente, individuabile già nel Titolo Primo della Costituzione francese del 1791 («La Costituzione garantisce (…) la libertà dei cittadini di riunirsi pacificamente e senz'armi») e nell'art. 32 dello Statuto Albertino («È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi (…)»)[22].

Il primo limite posto, a livello generale, dall'art. 17 Cost. è una disposizione rivolta, principalmente, ai partecipanti della riunione, dal momento che l'aggregazione fra più persone non deve manifestarsi in forma conflittuale e violenta, sia verso altri individui che verso beni materiali[23].

Per poter dare, però, concretezza a questo primo limite è necessario, innanzitutto, dare una definizione specifica di cosa si intenda per «arma». È necessario includere in questo concetto anche le c.d. *armi improprie,* ossia strumenti che non sono normalmente classificabili come armi, per quella che è la loro natura e la loro funzione ordinaria, ma che possono essere impiegati, in determinate situazioni, come mezzi di violenza, a causa della loro conformazione materiale.

La normativa di riferimento, in questo caso, è la legge 110 del 1975[24], la quale, oltre a precisare come sia «vietato portare armi nelle riunioni pubbliche anche alle persone munite di licenza» (art. 4 comma 4 della legge 110 del 1975, un chiaro richiamo alle *armi proprie*), propone una prima definizione di cosa si intenda per *arma impropria,* fornendo una lunga elencazione di strumenti e oggetti che possano rientrare in questa categoria: la legge 110 del 1975, in particolar modo, menziona «armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente, noccoliere» (art. 4 comma 1),

---

[20] Si veda in particolare il primo paragrafo.

[21] G. TARLI BARBIERI., *Art. 17,* in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, Utet, 2006, pp. 390-393.

[22] A. GIARDINO CARLI *Riunione (libertà di),* in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* Torino, Utet, 1997, p. 484.

[23] R. BORRELLO, op. cit., p. 1424.

[24] G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 390-391; A. GIARDINO CARLI, op. cit., p. 484.

così come «bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche» (art. 4 comma 2).

L'art. 4 comma 2 della legge 110 del 1975 chiude l'elencazione fornendo un criterio generale da utilizzare per individuare altri casi concreti di *arma impropria,* intesa come «qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona»[25].

Proprio quest'ultima clausola generale è stata criticata per essere eccessivamente astratta e indeterminata, lasciando così nell'incertezza anche questo limite generale all'esercizio della libertà di riunione: sono state sollevate in passato alcune questioni di legittimità costituzionale relative alla clausola generale citata, dal momento che «in tal modo oggetti in numero indefinito avrebbero potenziale attitudine a divenire armi improprie, data la inesistenza di precisazioni nominative e di parametri sussidiari di riferimento, idonei a far distinguere, con una certa approssimazione, gli strumenti, di cui è lecito il porto, da quelli proibiti»[26]. Nella sentenza 79 del 1982, tuttavia, la Corte Costituzionale ha vagliato l'art. 4 della legge 110 del 1975 e ha ritenuto infondati i dubbi di costituzionalità prospettati.

In seguito all'entrata in vigore del *decreto sicurezza bis*, è necessario tuttavia interpretare il limite generale del divieto dell'uso delle armi posto dall'art. 17 Cost. comma 1 non più esclusivamente alla luce dell'art. 4 della legge 110 del 1975, bensì tenendo fermo come riferimento anche l'art. 6 dello stesso *decreto sicurezza bis*, che ha disciplinato il reato di lancio o utilizzo illegittimo di oggetti nel corso di manifestazioni e cortei, introducendo il nuovo art. 5 bis della legge 152 del 1975.

Come precedentemente richiamato, questa nuova norma ha fornito un elenco alquanto ampio e variegato di strumenti che, pure, possono assumere la natura di *armi improprie*: «razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere».

---

[25] A queste disposizioni normative è importante affiancare quelle contenute nell'art. 2 della legge 533 del 1977, che pongono un'ulteriore condizione fondamentale per il regolare svolgimento di un corteo o di una manifestazione: l'art. 2, infatti, vieta l'uso di caschi protettivi e di qualsiasi altro mezzo che può rendere difficoltoso il riconoscimento del manifestante, nel corso di un evento in luogo pubblico o aperto al pubblico. L'art. 2 richiede, pertanto, che i partecipanti a una manifestazione possano essere identificati sia dagli altri individui che prendono parte alla riunione, sia dall'autorità pubblica.

[26] Sentenza 79 del 1982 della Corte Costituzionale, punto tre del considerato in diritto.

Per quanto alcuni di questi oggetti siano gli stessi menzionati dall'art. 4 della legge 110 del 1975, è possibile notare un elemento di novità rispetto a tale normativa. In seguito al *decreto sicurezza bis,* il concetto di *arma impropria* non include più esclusivamente strumenti utilizzabili come armi di punta o di taglio, strumenti che quindi possono essere usati in casi in cui vi sia un contatto fisico diretto fra due o più persone nel corso di una manifestazione, ma riguarda anche oggetti di varia natura, che possono essere lanciati nel corso di uno sciopero o di un corteo. La normativa del *decreto sicurezza bis* è sembrata così estendere a ogni tipo di riunione la disciplina già prevista per le manifestazioni sportive, in particolar modo dagli art. 6 bis e 6 ter della legge 401 del 1989[27].

La scelta operata dal legislatore del *decreto sicurezza bis* di disciplinare una fattispecie di reato del tutto inedita, di lancio o utilizzo illegittimo di oggetti, nonché un secondo elenco di potenziali *armi improprie,* può incidere in maniera consistente nella definizione di quelli che sono i margini di esercizio del potere di scioglimento della manifestazione da parte delle pubbliche autorità.

A livello generale, la prerogativa dello scioglimento può essere esercitata laddove si verifichi una delle due circostanze previste dal dettato normativo dell'art.

---

[27] Art. 6 bis comma primo della legge 401 del 1989: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive ovvero in quelli interessati alla sosta, al transito, o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime o, comunque, nelle ventiquattro ore precedenti o successive allo svolgimento della manifestazione sportiva, e a condizione che i fatti avvengano in relazione alla manifestazione sportiva stessa, lancia o utilizza, in modo da creare un concreto pericolo per le persone, razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile, ovvero bastoni, mazze, materiale imbrattante o inquinante, oggetti contundenti, o, comunque, atti ad offendere, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena e' aumentata se dal fatto deriva un ritardo rilevante dell'inizio, la sospensione, l'interruzione o la cancellazione della manifestazione sportiva. La pena è aumentata fino alla metà se dal fatto deriva un danno alle persone».

Art 6 ter della legge 401 del 1989**:** «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, ovvero in quelli interessati alla sosta, al transito, o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime o, comunque, nelle immediate adiacenze di essi, nelle ventiquattro ore precedenti o successive allo svolgimento della manifestazione sportiva, e a condizione che i fatti avvengano in relazione alla manifestazione sportiva stessa, è trovato in possesso di razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile, ovvero di bastoni, mazze, materiale imbrattante o inquinante, oggetti contundenti, o, comunque,

atti ad offendere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 1.000 a 5.000 euro».

20 T.U.L.P.S.[28] La prima possibile causa di scioglimento si concretizza quando, nel corso della stessa riunione, si verifichino «manifestazioni o grida sediziose», lesive della pubblica autorità o fonte di pericolo per l'ordine pubblico[29]. Per poter inquadrare la natura di questa prima causa di scioglimento, è necessario considerare l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale all'aggettivo «sedizioso»: secondo la sentenza 15 del 1973 della Consulta, un comportamento sedizioso è «quello che implica ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e che risulti in concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico».

La seconda possibile causa di scioglimento, invece, si ha quando nel corso di una manifestazione vengono commessi reati. Si deve trattare, chiaramente, di un delitto compiuto da uno dei partecipanti della manifestazione[30]. L'art. 20 T.U.L.P.S. non fa riferimento a delle fattispecie di reato puntualmente predeterminate, ma usa una formula letterale di carattere ampio e generico, che può ricomprendere qualsiasi ipotesi di illecito penale.

Prima di procedere allo scioglimento, è necessario che l'autorità di pubblica sicurezza verifichi se sia possibile allontanare o arrestare il singolo autore del reato[31], così da garantire la prosecuzione della riunione. Compiuta questa valutazione, laddove non sia fattibile isolare il reo, prevale l'esigenza di prevenire il

---

[28] C. CARUSO, op. cit., pp. 26-27; P. BARILE., op. cit., p. 183-184; R. BORRELLO, op. cit., pp. 1422-1423; G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 390-393; A. BARBERA, op. cit., 1970, p. 2748 ss.; A. GIARDINO CARLO, op. cit., pp. 489-491.

[29] Questa prima parte dell'art 20 T.U.L.P.S. è frequentemente letta assieme all'art. 21 T.U.L.P.S., il quale afferma che «è sempre considerata manifestazione sediziosa l'esposizione di bandiere o emblemi, che sono simbolo di sovversione sociale o di rivolta o di vilipendio verso lo Stato, il governo o le autorità. È manifestazione sediziosa anche la esposizione di distintivi di associazioni faziose». Su quest'ultimo articolo, sono stati sollevati in passato dalla dottrina alcuni dubbi di costituzionalità. L'art. 20 T.U.L.P.S. viene spesso accostato anche all'art. 654 c.p., il quale testualmente recita come «chiunque, in una riunione che non sia da considerare privata a norma del numero 3 dell'articolo 266, ovvero in un luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, compie manifestazioni o emette grida sediziose è punito, se il fatto non costituisce reato, con la sanzione amministrativa pecuniaria da centotre euro a seicentodiciannove euro». È necessario precisare, a livello generale, come sia gli art. 20 e 21 T.U.L.P.S., che l'art. 654 c.p., siano stati ereditati dall'ordinamento giuridico del periodo fascista. Per questo motivo, si tratta di norme che devono essere approcciate con la consapevolezza di fondo del contesto storico nel quale sono state scritte e sono entrate in vigore.

[30] P. BARILE, op. cit., p. 184; G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 392.

[31] G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 392.

compimento di ulteriori delitti o la reiterazione dell'illecito già compiuto, per cui deve essere disposto lo scioglimento della manifestazione[32]

Le due circostanze specifiche cui fa riferimento l'art. 20 T.U.L.P.S. non esauriscono, tuttavia, il novero dei casi in cui può concretizzarsi l'esercizio del potere di scioglimento: sono presenti, infatti, altre possibili cause di scioglimento[33], individuate dalla dottrina, fra le quali la circostanza in cui vi siano degli individui armati che prendono parte alla riunione[34]. Pur non essendo un'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 20 T.U.L.P.S., la possibilità che siano presenti manifestanti armati è considerata già di per sé stessa una forma di turbamento di quella situazione di «ordine pubblico» materiale[35] richiamata dallo stesso art. 20 T.U.L.P.S., intesa come situazione di pace sociale, oggetto di tutela da parte della normativa.

Con il *decreto sicurezza bis,* come già evidenziato, il legislatore ha ampliato il concetto di *arma impropria,* includendo un ampio insieme di oggetti di vario tipo (razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, bastoni, mazze ecc. ecc.). Già questa prima innovazione legislativa può essere pertanto sufficiente ad ampliare i margini di esercizio del potere di scioglimento della riunione, nel momento in cui all'interno della mobilitazione siano presenti dimostranti in possesso degli oggetti elencati. Per di più, il legislatore del *decreto sicurezza bis* ha posto in risalto, per mezzo

---

[32] A. BARBERA, op. cit., 1970, p. 2750.

[33] Secondo alcuni autori, è possibile procedere a scioglimento della manifestazione, in seguito a una valutazione delle condizioni concrete del caso, anche nell'ipotesi in cui alla riunione partecipino individui non riconoscibili, che indossino oggetti o indumenti, quali caschi o passamontagna, idonei a nascondere l'identità delle persone. Anche in questo caso, è necessario un giudizio complessivo sulla situazione concreta e sulla possibilità di isolare chi violi le disposizioni di legge sull'identificabilità della persona nel corso delle manifestazioni, così da ricorrere allo scioglimento della riunione esclusivamente in ultima istanza.

[34] A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, op. cit., pp. 290-291; R. BORRELLO, op. cit., pp. 1423-1425; G. TARLI BARBIERI, op. cit., p. 392.

[35] C. CARUSO, op. cit., pp. 26-27; R. BORRELLO, op. cit., pp. 1424. Il concetto di ordine pubblico ideale è da intendersi come concetto di carattere diverso e distinto rispetto a quello di ordine pubblico materiale. Il primo si sostanzia in un insieme di valori e principi che caratterizzano l'identità stessa dell'ordinamento giuridico, costituendo una forma di limitazione implicita di carattere generale all'esercizio di qualsiasi diritto o libertà. Si tratta, pertanto, di un concetto di ordine pubblico differente rispetto a quello richiamato dall'art. 20 T.U.L.P.S. Il secondo concetto, quello di ordine pubblico materiale, infatti, consiste nella sussistenza di un insieme di circostanze concrete, di diversa natura, che denotano la mancanza di alcun tipo di minaccia alla sfera di libertà personale dell'individuo. Nel caso specifico dell'esercizio della libertà di riunione, è possibile fare riferimento a un atteggiamento generale di carattere pacifico da parte dei partecipanti, all'assenza di armi, alla possibilità di identificare i manifestanti ecc. ecc.

della disciplina di una nuova fattispecie di reato, i comportamenti di lancio o utilizzo illegittimo di oggetti nel corso di manifestazioni e cortei. Questa disciplina di fatto estende ulteriormente il novero delle ipotesi in cui è possibile ricorrere alla prerogativa di scioglimento ex art. 20 T.U.L.P.S.

Proprio quest'ultima fattispecie di reato, che si concretizza in un'azione di lancio di oggetto da parte di uno dei dimostranti, deve essere analizzata in maniera maggiormente approfondita. Cosa accade quando il lancio di un oggetto venga posto in essere da parte di un manifestante che, una volta compiuto il fatto, sia nascosto dalla confusione della folla? Si fa riferimento al caso specifico[36] di una mobilitazione particolarmente affollata e numerosa, in cui vi sia un forte grado di partecipazione, tale da interessare uno spazio pubblico delle dimensioni di un'intera piazza o arteria stradale: è il caso in cui il reo, per usare un'espressione comune, "lancia il sasso e nasconde la mano", riuscendo di fatto a sfuggire anche al controllo di quei manifestanti non violenti o dei volontari del servizio d'ordine che, per organizzazione interna del corteo, siano posti a presidio del regolare svolgimento della riunione.

In circostanze di questo tipo, sarebbe necessaria innanzitutto una prima valutazione sulle condizioni generali della manifestazione, se possa essere ravvisato o meno il carattere armato della riunione[37], attraverso un giudizio che tenga conto di una molteplicità di aspetti, fra i quali il numero di manifestanti che si presuma siano in possesso di armi proprie o improprie, le modalità organizzative adottate dai promotori (se vi sia stato o meno un precedente accordo per il reperimento e l'utilizzo delle armi), nonché, per concludere, quello che è l'atteggiamento della maggioranza dei manifestanti nei confronti dei dimostranti armati, di complicità ovvero di disapprovazione[38].

Una volta conclusa questa prima valutazione, sarebbe in ogni caso necessario procedere all'identificazione della persona che ha compiuto il reato, così da poter eseguire un suo eventuale arresto. Questa seconda operazione potrebbe rivelarsi più o meno difficoltosa, a seconda delle circostanze concrete in cui si svolge la manifestazione. È chiaro che l'ipotesi di un reato di lancio di oggetti rende più complesso l'isolamento del responsabile. Soprattutto se l'illecito avviene nel corso di un corteo che conta migliaia di partecipanti, non è detto che sia concretamente possibile riuscire nell'intento.

In conclusione, è possibile evidenziare come, in una situazione come quella descritta, in seguito al *decreto sicurezza bis* i margini per la prosecuzione della riunione

---

[36] A. GIARDINO CARLI, op. cit., p. 484.

[37] R. BORRELLO, op. cit., pp. 1424-1425.

[38] A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, op. cit., p. 250.

sembrerebbero alquanto limitati. Sarebbe presente, almeno a livello potenziale, un duplice presupposto per giustificare la scelta di procedere allo scioglimento della riunione: il primo, quello della violazione della condizione di riunione pacifica e senz'armi, posta dall'art. 17 Cost.; il secondo, quello del compimento di un reato da parte di uno dei partecipanti, come previsto dall'art 20 del T.U.L.P.S.

Le novità normative introdotte dal *decreto sicurezza bis,* da questo punto di vista, sembrano aver rafforzato le possibilità di esercizio del potere di scioglimento della riunione da parte dell'autorità pubblica. Occorre chiedersi, tuttavia, se un quadro normativo di questo tipo, non finisca per penalizzare soprattutto chi voglia esprimere in maniera legittima e non violenta le proprie posizioni e le proprie idee in ambito politico, civile e sindacale: si andrebbero di fatto a restringere quegli spazi di partecipazione che, al contrario, andrebbero garantiti innanzitutto a chi intende esercitare il diritto di riunione in conformità a quanto indicato dall'art. 17 Cost. primo comma, col rischio di svilire le istanze di una maggioranza dei manifestanti a causa del comportamento di alcuni irresponsabili. Un principio che occorre tenere fermo a livello interpretativo anche dopo l'entrata in vigore del *decreto sicurezza bis*, pertanto, è quello per cui l'esercizio del potere di scioglimento della riunione è da considerarsi un'ipotesi di *extrema ratio,* da adottare esclusivamente in situazioni del tutto limitate ed eccezionali, in cui sia conclamata l'impossibilità di intervenire in maniera circostanziata e mirata sui singoli trasgressori e garantire una situazione complessiva di svolgimento ordinato della riunione. Soltanto adottando questo approccio, infatti, è possibile salvaguardare pienamente la libertà costituzionale di riunione, la cui tutela deve essere la prima delle priorità per l'autorità di pubblica sicurezza.

5. Conclusioni

Per concludere, è possibile ribadire come il *decreto sicurezza* e il *decreto sicurezza bis* sembrino ispirati da una precisa idea complessiva dei rapporti che devono intercorrere fra istituzioni pubbliche e libertà di corteo, promuovendo un punto di vista maggiormente rigido nei confronti dei fenomeni di manifestazione collettiva: ne sono una riprova sia la reintroduzione di sanzioni penali e amministrative da parte del *decreto sicurezza* per l'ipotesi di blocco stradale (sanzioni che sono state di fatto già applicate in alcune circostanze concrete), sia la riforma complessiva della normativa penale compiuta dal *decreto sicurezza bis,* con particolare attenzione alla disciplina dei reati di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale, nonchè all'aver introdotto una nuova disciplina riguardante le *armi improprie* e l'inedito reato di lancio o utilizzo illegittimo di oggetti nel corso di manifestazioni (con tutte le conseguenze del caso che questo, potenzialmente, implica dal punto di vista dello svolgimento degli eventi e delle possibilità di intervento delle autorità pubbliche, precedentemente chiarite nel corso dell'esposizione).

I due *decreti sicurezza,* fra l'altro, hanno introdotto delle disposizioni addizionali rispetto a quanto già previsto dal codice penale e, in particolar modo, dal T.U.L.P.S.: quest'ultimo *corpus* normativo, per di più, concepito in una fase storica ben diversa da quella repubblicana, si caratterizza già di per sé stesso per contenere una serie di norme di matrice particolarmente severa nei confronti di cortei e manifestazioni pubbliche.

Sulla base di queste premesse, è auspicabile adottare, in generale, nei confronti della normativa contenuta nei *decreti sicurezza* un approccio volto a un'interpretazione di carattere restrittivo, così da contenere la portata di tali disposizioni e limitare la loro applicazione esclusivamente a pochi casi estremi. Se questo è l'approccio preferibile, da un punto di vista complessivo, occorre tuttavia essere consapevoli di come, in particolar modo per quanto riguarda nello specifico alcuni elementi normativi di più chiara problematicità, l'interpretazione restrittiva possa non essere sufficiente. Non si può nascondere come precise disposizioni attualmente vigenti meritino una riflessione attenta da parte del legislatore, nel senso di una possibile revisione o abrogazione: in particolar modo, si fa riferimento alla disciplina del blocco stradale del primo *decreto sicurezza,* alla disciplina dei reati di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale del *decreto sicurezza bis* e alla normativa più risalente contenuta nel T.U.L.P.S. che, in combinazione con alcune norme del *decreto sicurezza bis,* rischia di produrre degli esiti interpretativi eccessivi a proposito di scioglimento della riunione. Per quanto riguarda alcune di queste disposizioni, in particolar modo, le criticità potenziali sono emerse in sede di promulgazione legislativa, dal momento che lo stesso Presidente della Repubblica ha rilevato profili di problematicità nella sua lettera indirizzata alle alte cariche dello Stato in occasione della firma del *decreto sicurezza bis*. Soltanto attraverso degli interventi legislativi di riforma o abrogazione mirata, pertanto, sarebbe possibile superare del tutto gli aspetti di maggiore criticità presenti nei due *decreti sicurezza,* così da scongiurare del tutto esiti applicativi oltremodo eccessivi.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza *covid-19*

ANTONIO MALASCHINI*

Sommario

1. Il dibattito scientifico. – 2. Crisi, non da oggi, del Parlamento. – 3. I termini attuali del problema. – 4. Le misure adottate dalle Camere per rispondere all'emergenza. – 5. Questioni operative del voto a distanza. – 6-. Le risposte di altri Parlamenti.

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza* covid-19, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Già Segretario generale del Senato della Repubblica.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Il dibattito scientifico

Il diffondersi della emergenza epidemiologica da COVID-19 ha prodotto, ed è forse uno dei pochissimi aspetti non negativi di questa drammatica vicenda, un fiorire di studi, riflessioni ed articoli giornalistici su temi di diritto costituzionale e, in modo più specifico, parlamentare[1].

Due sono i principali filoni di questo ritrovato interesse: in primo luogo le concrete modalità di lavoro del Parlamento nelle sue diverse articolazioni in un momento in cui si pone la questione della doverosa tutela sanitaria di tutti coloro che in Parlamento lavorano.

L'altro tema, di respiro più ampio, è quello degli strumenti normativi che il governo sta utilizzando per affrontare l'emergenza in corso[2] in un assetto costituzionale che, come è noto, non definisce in modo puntuale gli aspetti della normazione e dei rapporti tra gli organi nelle situazioni, appunto, di emergenza; aggiungendosi a ciò la storica criticità nelle relazioni tra Stato centrale ed autonomie[3] e gli ulteriori riflessi dell'interazione tra emergenza economica e strumenti di intervento sovranazionali[4].

---

[1] Tra i tanti studiosi che hanno affrontato il tema ricordo, e mi scuso per le omissioni, M. Ainis, V. Allegretti, P. Armaroli, L. Bartolucci, B. Caravita, S. Cassese, S. Ceccanti, G. Cerrina Feroni, F. Cintioli, F. Clementi, M. Covino, S. Curreri, G. D'Aloia, R. Dickman, V. Di Porto, G.Flick, C. Fusaro, G. Guzzetta, G. Lattanzi, V. Lippolis, M. Luciani, N. Lupo, C. Mirabelli, G. Orsina, A. Panebianco, C. Pinelli, A. Polito, G. Silvestri, G. Tesauro, C. Tripodina, M. Villone, G. Zagrebelsky e chi scrive.

[2] In particolare, tra i tanti sopra ricordati, S. CASSESE, in *Il Corriere della Sera*, 24 marzo 2020, *Il Dubbio*, 14 aprile 2020, *Il Tempo*, 27 aprile 2020 e *Il Foglio* 5 maggio 2020. Il dibattito si accentra in particolare sulla congruità degli strumenti adottati per rispondere alla situazione di emergenza (decreti-legge, DPCM e la singolare figura delle "FAQ" che spesso integrano, se non modificano, la normativa vigente) e i forti limiti che dagli strumenti stessi vengono posti a significativi diritti costituzionali.

[3] Anche qui, tra i diversi contributi v. N. LUPO, *L'attività parlamentare ai tempi del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 134 e V. ONIDA, *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2020 p. 20. Il tema è naturalmente ricordato anche da diversi autori tra quelli sopra richiamati.

[4] Su questo tema, rimandiamo all'ampio dibattito svoltosi a Camera e Senato il 21 aprile 2020, in occasione della informativa del Presidente del Consiglio in vista del Consiglio europeo che avrebbe dovuto deliberare sul MES e sugli altri interventi dell'Unione per l'emergenza sanitaria e sociale. Successivamente, in relazione a ciò, il 27 aprile 2020 il gruppo parlamentare della Lega ha presentato alla Camera e al Senato una mozione di sfiducia individuale nei riguardi del Ministro dell'Economia.

Vogliamo però tornare qui[5] solo sul tema delle modalità di lavoro delle due Camere in una situazione di forte emergenza sanitaria, lasciando sullo sfondo le altre questioni da ultimo segnalate.

Una premessa. Quello che va con forza recuperato in questo momento è il ruolo della nostra massima istituzione rappresentativa, nello spirito di quella "religione del Parlamento" più volte richiamata da Giovanni Spadolini, con una espressione che oggi può far sorridere ma che esprimeva bene il sentire di una intera classe politica.

Riprendendo il discorso, gli autori che hanno affrontato nelle diverse sedi la questione, hanno giustamente rilevato che una riflessione sulle modalità concrete di svolgimento dell'attività parlamentare va vista anche alla luce dell'altro tema che qui non vogliamo *ex professo* esaminare: quello cioè degli strumenti normativi che il governo ha ritenuto utilizzare per affrontare l'emergenza. È quasi un processo circolare: il governo utilizza formule giuridiche che meglio ritiene possano rispondere all'urgenza del provvedere anche a mente delle oggettive difficoltà che il Parlamento ha, nell'attuale situazione, a procedere nelle forme ordinarie.

2. Crisi, non da oggi, del Parlamento

Tutto ciò non è nuovo, non nasce oggi ed è anzi stato oggetto di riflessioni critiche e di proposte fattesi sempre più numerose negli ultimi anni. Non voglio naturalmente affrontare in questa sede il tema della crisi del Parlamento e del parlamentarismo. O quello ancora più ampio della crisi della democrazia, in particolare nella sua forma rappresentativa. Tema su cui anche nel nostro paese la riflessione è non solo ampia ed autorevole, ma sempre più attenta e preoccupata[6].

Faccio solo riferimento ad uno dei maestri del diritto parlamentare, Andrea Manzella, che nella sua prefazione al corso di Diritto Parlamentare Gianniti-Lupo[7] ancora recentemente sottolineava come sia la funzione legislativa che quella di indirizzo politico fossero "in fuga", in recessione dal Parlamento[8]. Le ragioni le identificava nel prevalere ormai dei procedimenti legislativi 'duali' (deleghe, decreti-legge, leggi vincolate finanziariamente, trattati internazionali anche con rilevanti

---

[5] V. il precedente nostro lavoro, "Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza", LUISS, SOG-WP57/2019.

[6] Per una sia pur sommaria indicazione bibliografica, ci permettiamo di rimandare ai nostri precedenti lavori "Classi dirigenti, tra crisi della democrazia e sistemi autoritari", Rubbettino, 2017, pp. 15 e seguenti; e "Come si governa la Cina", Rubbettino, 2019, pp. 7 e seguenti.

[7] L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, 2018.

[8] *Op. ult. cit.* pp. 10 ss.

implicazioni finanziarie) nei quali assolutamente prevalente è il ruolo del governo. Accompagnata da fenomeni "degenerativi" come la più volte criticata ma sempre più invasivamente utilizzata commistione (anche in quest'ultima fase di emergenza) tra maxi-emendamenti e fiducia, sulla quale si è alcuni mesi fa criticamente soffermata la Corte Costituzionale con la sua, sia pur discussa, ordinanza n. 17 del 2019[9].

Aggiungendosi a ciò, come prima sommariamente ricordato, una normativa di origine extra parlamentare, come quella europea e quella regionale, che restringe fortemente i margini di intervento delle Camere.

Accanto alla funzione legislativa, sottolineava Manzella, è poi in forte deperimento anche quella di indirizzo politico[10], e bastano a ricordarlo le polemiche di questi giorni sulla mancata pronuncia parlamentare in previsione del Consiglio Europeo del 23 aprile, pur in presenza della legge 234 del 2012 che a giudizio di molti l'avrebbe richiesta.

Anche la funzione di controllo, che in una visione in cui prevale l'ottimismo dell'intelligenza Manzella vede quantomeno in miglior salute, non sembra star meglio. Il deperire del sindacato ispettivo ordinario, il sostanziale fallimento del *question time* ben lontano dall'incisività del modello anglosassone, l'uso partigiano delle commissioni di inchiesta sono tra i segnali che dimostrano un progressivo indebolimento della funzione del controllo parlamentare, inteso in una sua accezione ampia.

Manzella, giustamente, sottolinea invece il ruolo che il Parlamento potrebbe assumere nel "legare" le istituzioni parlamentari nazionali a quella parlamentare europea[11]. Ma anche qui le polemiche di questi mesi sul reputatamente mancato, o addirittura violato, ruolo del Parlamento sul Mes dimostrano, a nostro avviso, gli ostacoli che anche questa rilevante funzione "federativa" sta incontrando.

Quello che vogliamo dire, in breve, è che il Parlamento non da oggi manifesta difficoltà nel farsi interprete autorevole della volontà popolare in una dialettica con il governo che, troppo spesso lo si dimentica, dal Parlamento e non dai sondaggi trae la propria legittimazione. Ed è quindi una difficoltà che ha radici risalenti quella che il Parlamento trova oggi nell'intervenire: difficoltà certamente incrementata in misura esponenziale nell'attuale emergenza, che tuttavia non ha fatto altro che esasperare e mettere a nudo debolezze preesistenti.

---

[9] Sulla ormai ampiamente discussa ordinanza, v. A. MALASCHINI, cit., p. 4, nota 3.

[10] A. MANZELLA, in L. GIANNITI – N. LUPO, cit. p. 12.

[11] Op. ult. cit. p. 13.

3. I termini attuali del problema

Tutto ciò detto, non possiamo tuttavia esimerci da una riflessione contingente su quanto sta accadendo e vedere se esistono strumenti giuridici ed operativi per farvi fronte.

Diversi sono gli aspetti del problema: in primo luogo, naturalmente, vanno identificati gli obiettivi che si intendono raggiungere; quindi, gli strumenti normativi da utilizzare per il raggiungimento degli obiettivi stessi; ancora, i mezzi concreti (direi quasi i materiali) da utilizzare per procedere a quella che Lupo definisce una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari[12]; non ultimo, le conseguenze che questo processo di adeguamento tecnologico e procedurale possono a lungo termine avere sullo stesso sistema istituzionale.

Esaminare a fondo questi spunti di riflessione richiederebbe uno spazio assai ampio e del resto la pubblicistica più recente li ha ripetutamente affrontati. Ad alcuni di essi accennerò quindi solo sommariamente.

Per quanto attiene agli obiettivi, è indubbio che il tema complesso e fondante di una revisione dei rapporti del Parlamento con le altre Istituzioni, in primo luogo Governo, Presidenza della Repubblica, organi delle autonomie e sovranazionali, e non solo nelle situazioni di emergenza, è tema che richiederebbe un approccio di revisione e di ingegneria costituzionale di tale portata da essere nella attuale situazione del tutto impensabile il poterlo affrontare. D'altro canto gli esiti dei tentativi anche recenti di una articolata revisione costituzionale suggeriscono in questa fase politica estrema prudenza.

Più praticabile appare invece l'obiettivo di valutare concretamente le difficolta che il Parlamento sta riscontrando nel lavorare in questa situazione di emergenza sanitaria. Anche qui andrà esaminato il rapporto tra le finalità che si intendono raggiungere e gli strumenti giuridici a disposizione.

Alcune funzioni del Parlamento, ad esempio quella ispettiva, potrebbero tranquillamente essere normate per meglio rispondere alle esigenze poste dall'attuale situazione attraverso circolari o delibere dei Presidenti o addirittura, per taluni aspetti di materiale implementazione, dei senatori Questori.

Analogamente si potrebbe procedere, sia pure con talune cautele, per le fasi non deliberative dell'attività legislativa come le audizioni, la discussione generale e forse la stessa illustrazione degli emendamenti, eventualmente da accorpare in un'unica fase. Tutto questo varrebbe in primo luogo per quanto riguarda l'attività delle commissioni permanenti. Certamente, se su tali indirizzi presidenziali vi fosse altresì una pronuncia della Giunta del Regolamento o una presa d'atto

---

[12] V. N. LUPO, in "Quaderni Costituzionali", cit. p. 141.

dell'Assemblea la loro forza sarebbe indubbiamente maggiore. Resterebbe naturalmente da affrontare la questione del necessario coordinamento tra Camera e Senato per le innovazioni assunte nelle procedure parlamentari. Come vedremo meglio in seguito, su questi temi si è imposto invece con forza il ruolo, maggiormente politico, della Conferenza dei Capigruppo.

4. Le misure adottate dalle Camere per rispondere all'emergenza

Veniamo però a quello che vuole essere il tema centrale di queste mie osservazioni. Si è parlato di una "re-ingegnerizzazione" tecnologica e procedurale. Io vi aggiungerei un termine forse meno affascinante ma assai concreto: edilizia. Camera e Senato hanno da sempre avuto sede in edifici di alto valore storico e culturale nati tuttavia per svolgere funzioni diverse, di residenza patrizia o di importanti uffici curiali.

Per adeguarli alle funzioni di rappresentanza parlamentare del nuovo Stato sono stati compiuti tra gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento lavori importanti (si pensi alla costruzione delle due aule) proseguiti poi fino ai giorni nostri.

Chiunque abbia frequentato il Parlamento conosce le condizioni da sempre non agevoli in cui si svolge il lavoro, che vanno dalla stretta contiguità tra i parlamentari nelle commissioni e in aula, alla difficoltà di accedere agli strumenti di riproduzione o di documentazione nel corso delle sedute, fino agli odierni problemi di connessione con la rete telefonica o con il Wifi ed alla non sempre ottimale collocazione degli uffici e delle strutture di supporto.

Accenno poi soltanto alle difficoltà che hanno i parlamentari come singoli, i gruppi, i dipendenti delle Camere, i portatori di interessi e tutti coloro che in Parlamento svolgono la loro attività, a cominciare dai giornalisti, nel muoversi agevolmente in spazi realizzati per scopi diversi e solo adattati all'uso di strumenti di comunicazione e di lavoro fino a poco tempo fa neanche ipotizzabili.

Problemi questi noti da decenni e ai quali si era addirittura ipotizzato di dare risposta attraverso la costruzione di una vera e propria "città parlamentare" (la voleva già Merzagora) da spostare al di fuori del centro storico. Quello degli spazi per lo svolgimento dell'attività parlamentare, e di quelli da destinare agli eletti come singoli o come titolari di cariche diverse, è un problema che ha da sempre assillato le amministrazioni di Camera e Senato. Si è proceduto ad importanti lavori di ristrutturazione interna e all'acquisizione di spazi esterni nelle zone circostanti ove decentrare alcune attività secondarie. Iniziative, peraltro, spesso accompagnate da critiche e polemiche.

Le decisioni assunte nelle scorse settimane hanno quindi dovuto tenere conto nella loro implementazione dei condizionamenti ora ricordati. Si è in primo luogo favorito lo spostamento dei lavori delle commissioni in aule con una dimensione

maggiore: la nuova aula dei gruppi, la Sala del Mappamondo e quella della Regina alla Camera, la sala Koch al Senato. Si è anche da alcuni ipotizzato, in particolare alla Camera, di utilizzare per le riunioni delle commissioni riunite la stessa aula dell'assemblea. Ciò ha evidenziato inconvenienti non irrilevanti di natura logistica relativi alla distanza dalle ordinarie sedi di lavoro, uniti alla necessità di uno spesso non facile coordinamento tra i lavori delle diverse commissioni. Nonché, ci permettiamo di aggiungere attingendo alla nostra esperienza, l'estrema difficoltà in questi giorni a riunirsi, quando lo si renda necessario nel corso dell'esame di un provvedimento, in quelle "*smoke filled back rooms*", in quei gruppi informali tra capigruppo, relatori e governo spesso indispensabili per risolvere i nodi politici emersi.

La Giunta per il Regolamento della Camera[13] nella seduta del 31 marzo ha riconosciuto la possibilità, in considerazione della eccezionalità delle situazione e in via sperimentale, di svolgere alcune attività delle commissioni in sede informale (non soggette cioè a resocontazione) tramite videoconferenza: ad esempio uffici di presidenza, comitati dei nove, comitati ristretti. In presenza comunque della garanzia costituita dalla presenza di un presidente o di un vicepresidente, dei funzionari segretari e dei parlamentari che intendano comunque partecipare.

Nella successiva Giunta per il Regolamento del 7 maggio si è poi precisato che anche la partecipazione a tali attività informali da remoto debba essere disciplinata dalle disposizioni del Regolamento che presiedono all'ordinario andamento dei lavori, come ad esempio quelle che inibiscono "di esibire cartelli, striscioni o altre scritte o simboli, ivi inclusi fondali recanti tali segni". O il divieto di partecipazione alle sedute, e quindi anche a tali collegamenti, per estranei fossero anche collaboratori dei parlamentari.

Per quanto riguarda invece le audizioni, che già conoscevano l'uso di questo strumento, possiamo segnalare come esempio le diverse audizioni svolte da remoto dal Ministro dell'Economia sui temi di carattere finanziario ed economico posti dall'emergenza epidemiologica davanti alle commissioni riunite Camera e Senato, i cui componenti erano anch'essi connessi dalle aule parlamentari in via telematica. Anche se, bisogna ricordare che nella mattinata del 28 aprile la già programmata audizione in videoconferenza del Ministro dell'Economia davanti alle Commissioni riunite Bilancio di Camera e Senato ha dovuto all'ultimo momento essere riportata alla più tradizionale audizione "in presenza", a causa di un *default* informatico.

---

[13] Giunta per il Regolamento della Camera, seduta 31 marzo 2020, Bollettino Giunte e Commissioni p. 3 ss.

In relazione agli atti di iniziativa parlamentare, è stata poi consentita dalla Presidenza della Camera la loro presentazione utilizzando l'applicazione Geocamera. Ciascun gruppo potrà quindi individuare uno o più soggetti abilitati a presentare, attraverso tale applicazione, gli atti firmati da deputati del gruppo.

Tra i problemi emersi, vi è naturalmente quello della pubblicità da garantire ai lavori svolti attraverso una procedura che rende ancor più obsoleto il tradizionale sistema di pubblicità a circuito chiuso.

Resta al momento immutata la situazione per quanto riguarda la vera e propria attività referente e deliberativa delle commissioni che richiederebbe, nelle parole del Presidente della Camera "il coinvolgimento e il raccordo con il Senato, attenendo ad una interpretazione della norma costituzionale"[14].

Più complessa naturalmente la situazione relativa all'attività delle due assemblee. Alcune misure sono state anche qui adottate attraverso disposizioni dei Questori o della Presidenza, come l'obbligo delle mascherine e dei guanti o l'interdizione dei locali immediatamente adiacenti l'aula agli estranei e allo stesso personale non direttamente interessato allo svolgimento delle sedute. A Palazzo Madama sono stati poi introdotti all'ingresso dell'edificio degli *scanner* per la rilevazione della temperatura corporea, obbligatoria per tutti coloro che intendano accedere all'edificio. A ciò si aggiunga la decisione, assunta prima al Senato, di lasciare ai parlamentari gli spazi delle tribune tradizionalmente riservati al pubblico e alla stampa, con l'adozione di sistemi informatici per consentire ai senatori lontani dall'ordinaria postazione l'espressione del voto dalle tribune ed alla Presidenza il calcolo.

La Camera dei Deputati ha successivamente assunto in materia, prima attraverso la Conferenza dei Capigruppo e quindi con una successiva presa d'atto della Giunta per il Regolamento del 7 maggio, decisioni ulteriori prevedendo, nel rispetto degli obblighi sul distanziamento, l'allestimento, oltre che nelle tribune, di 120 ulteriori postazioni attrezzate in spazi attigui all'Aula, in particolare nel cosiddetto Salone del Transatlantico. Decisione, quest'ultima, che ha tuttavia provocato una reazione critica da parte della Stampa Parlamentare che ha lamentato l'esclusione dei giornalisti da spazi da sempre riservati agli incontri tra i Deputati e i giornalisti stessi.

Per favorire poi ulteriormente il distanziamento sociale sono state introdotte norme di comportamento che limitano l'accesso all'aula, nella fase della discussione e della stessa votazione, a un numero predeterminato di parlamentari indicato dai capigruppo: ciò anche al fine di assicurare comunque nelle votazioni la presenza del numero legale. Per la fase delle votazioni per appello, come quelle

---

[14] Presidente Fico, in Bollettino Giunta Regolamento Camera, cit. p. 8.

sulla fiducia posta sui numerosi decreti, i parlamentari sono stati chiamati in ordine alfabetico con l'indicazione del prevedibile orario di votazione.

A tale proposito ricordiamo la decisione assunta dai Capigruppo della Camera il 22 aprile relativamente alle modalità di votazione per appello nominale sulla fiducia apposta dal governo in seconda lettura sul decreto-legge "curaItalia". Si tratta di una minuziosa descrizione dei comportamenti da assumere fin da fuori dell'aula, contingentando l'accesso nell'aula stessa in base all'ordine alfabetico, disciplinando il come muoversi al suo interno, il ruolo degli assistenti parlamentari "dotati di microfoni", le modalità attraverso le quali si rende possibile seguire dall'esterno l'andamento dei lavori, l'invito ai parlamentari a "distribuire le presenze nei diversi locali ed evitare assembramenti". Tutto forse senz'altro necessario ma espressione, quantomeno, della difficoltà a mantenere questa situazione oltre un periodo temporale limitato.

È importante nuovamente ricordare che, e su questo torneremo, quasi tutte le decisioni di cui sopra sono state inizialmente assunte con il sostanziale accordo dei capigruppo, di maggioranza e di opposizione e solo successivamente riportate in sede di Giunta per il Regolamento. Quando tale intesa politica è poi saltata per decisione di un gruppo parlamentare, come è accaduto appunto il 22 aprile nell'esame in seconda lettura da parte della Camera del ricordato decreto "curaItalia", l'aula si è trovata ad affrontare problemi di natura politica e procedurale: come il non poter richiedere la chiusura anticipata della discussione, in presenza di un non previsto rilevante numero di iscritti dell'opposizione, stante la presumibile mancanza del numero legale; o il mancato rispetto da parte di un numero non esiguo di parlamentari dell'intesa sul "contingentamento" delle presenze; o di quella che avrebbe dovuto inibire l'accesso in aula a persone con una temperatura corporea superiore ai 37,5 gradi, verificata dagli assistenti al momento dell'ingresso in aula. Comportamenti posti in essere al di fuori degli accordi intercorsi ma che, è evidente, non avrebbero potuto determinare l'allontanamento forzato dall'aula dei "trasgressori". Il 29 aprile la Conferenza dei Capigruppo della Camera (sottolineo, la Conferenza dei Capigruppo) ha tuttavia stabilito la possibilità per la Presidenza, ai sensi dell'art. 60 del Regolamento, di richiamare all'ordine i deputati che non si conformino alle disposizioni sul "contingentamento" delle presenze, rendendo altresì possibili le ulteriori sanzioni, fino all'allontanamento dall'aula, previste dal richiamato articolo.

Un effetto negativo delle deroghe alle procedure ordinarie fondate su di una intesa tra gruppi di maggioranza e di opposizione, si era peraltro già verificato in Senato in occasione della prima lettura dello stesso decreto "curaItalia". Su richiesta di un gruppo di opposizione, condivisa dalla maggioranza al fine di guadagnare tempo, si è iniziata la discussione del maxi emendamento su cui il governo si riteneva volesse porre la fiducia prima ancora che fosse noto il testo definitivo

dell'emendamento stesso e il governo ponesse la fiducia. Discussione quindi svoltasi su un testo del quale non si sapeva se fosse quello definitivo né se fosse quello sul quale il governo avrebbe poi (quando?) posto la fiducia. Tanto che, a conclusione della vicenda, la stessa Presidenza del Senato ha dovuto dichiarare che quanto accaduto non si sarebbe più ripetuto.

Ci si è voluto soffermare su questi aspetti per sottolineare alcune questioni. In primo luogo il fatto che anche la determinazione di queste "minori" deviazioni dalle norme e dalla prassi ha richiesto, lo abbiamo visto, l'accordo di tutti i gruppi. Accordo sottoposto, come tutti quelli di natura politica, al mutare delle condizioni, appunto, politiche. E non può sfuggire la difficoltà e la labilità di tali accordi, non fondati su presupposti giuridicamente vincolanti, in relazione a questioni più rilevanti come la disciplina delle votazioni.

In secondo luogo va sottolineata la preoccupazione di diversi parlamentari, rilevata dai colleghi funzionari, a sottoporsi a limitazioni alla presenza in aula ed alla loro attività stabilite da una intesa tra i capigruppo: fatto questo che, nonostante le migliori intenzioni, rafforza il potere di questi ultimi sui componenti del gruppo. Con i conseguenti problemi di una corretta applicazione dell'articolo 67 della Costituzione.

D'altro canto, le richiamate decisioni della Presidenza, della Giunta per il Regolamento della Camera e dei capigruppo sono state oggetto il 27 aprile di una preoccupata e critica lettera di circa settanta parlamentari di Gruppi diversi, che lamentavano l'insufficienza delle decisioni assunte richiedendo "misure per permettere alla Camera di riunirsi in modo continuo"; definendo quelle finora adottate "modalità approssimative" e tali da fare "del male alla democrazia italiana". A tale lettera ha risposto il Presidente della Camera, riferendone poi nella Giunta per il regolamento del 7 maggio, proponendo l'istituzione di un comitato ristretto della stessa Giunta per affrontare i temi sollevati. La Giunta ha tuttavia preferito proseguire nell'esame di tali questioni in sede plenaria, sia pure con il meno vincolante sistema delle sedute informali.

Che conclusioni si possono trarre da queste prime, non ancora ben definite esperienze? "De minimis", che la necessaria "re-ingegnerizzazione" dell'attività del Parlamento non può prescindere da una riflessione sullo stato dei luoghi nei quali il Parlamento lavora. Certamente la ormai prevedibile riduzione del numero dei parlamentari potrà rendere più agevole questo lavoro. Nelle settimane precedenti, da diverse parti è stata sollevata la possibilità di spostare temporaneamente la sede delle due Camere in strutture più ampie che garantissero una maggiore funzionalità, anche sotto il profilo dell'accesso ad una più adeguata strumentazione informatica. La proposta non è stata accolta in quanto si è ritenuto, ragionevolmente, che i problemi che avrebbe comportato lo spostamento sarebbero stati maggiori di quelli determinati dalla necessità di trovare nuovi modelli di lavoro nelle antiche

sedi. Resta comunque l'alternativa: o una ristrutturazione profonda dei palazzi storici favorita, ripetiamo, dalla riduzione dei parlamentari o la ricerca, non facile e certamente assai onerosa, di una sede nuova che offra le richieste garanzie di spazi congrui idonei ad affrontare emergenze di tipo diverso in un ambiente tecnologicamente avanzato.

In secondo luogo, modifiche anche reputatamente minori all'ordinario processo non possono basarsi esclusivamente su di una "intesa" tra i capigruppo, ma necessitano di un fondamento più solido (pronuncia della Giunta del Regolamento o presa d'atto dell'Assemblea) che ne consenta la rigorosa applicazione da parte della Presidenza.

Da parlamentare ultimo, le misure finora assunte non possono costituire un "precedente" e debbono essere considerate contingenti e presupposto per successiva e complessiva disciplina attraverso più solidi strumenti normativi.

Prima però di proseguire vorrei richiamare l'attenzione su di un dato che sottolinea la precarietà della odierna situazione e delle misure adottate. Nella riunione della Giunta per il Regolamento del 31 marzo, il Presidente della Camera ha comunicato che per decisione dei Capigruppo i lavori dell'Assemblea e, conseguentemente buona parte di quelli delle Commissioni, sarebbero stati limitati "nel corso dell'emergenza all'esame dei progetti di legge indifferibili e urgenti – in primo luogo i disegni di legge di conversione di decreti legge – e allo svolgimento di interpellanze urgenti, ai fini del mantenimento di una costante interlocuzione con il Governo sull'emergenza Covid-19, da perseguire anche attraverso lo svolgimento di informative urgenti". Si consideri che al momento risultano complessivamente presentati dal Governo ben 12 decreti legge sul tema dell'emergenza sanitaria. E' di tutta evidenza che, pur nel pieno riconoscimento dell'assoluta priorità per il Parlamento di esaminare le questioni connesse alla suddetta emergenza, non è assolutamente pensabile che per 3/4 mesi venga sospesa, o delegata al Governo attraverso molteplici strumenti, il complesso della produzione normativa del paese.

5. Questioni operative del voto a distanza

L'attenzione si sposta ora sul tema maggiormente oggetto di riflessione, quello del voto a distanza.

Non voglio qui riproporre i termini di un dibattito di grande interesse che sta coinvolgendo costituzionalisti, politici e giornalisti[15]. Ho avuto già modo di sollevare alcune perplessità su tale soluzione[16], ma debbo riconoscere che l'andamento attuale dei lavori parlamentari mi induce a un supplemento di riflessione.

---

[15] V. da ultimo N. LUPO, cit., p. 123 ss.

[16] V. A. MALASCHINI, cit., pp. 2 ss.

In questa sede non ritengo tornare sui suoi presupposti scientifici, sulla sua congruità rispetto all'articolo 64 della Costituzione ed alla interpretazione che a tale articolo hanno dato la prassi, le norme regolamentari e la stessa Corte Costituzionale[17]. Né mi soffermo qui sulla fonte che, ove si decidesse di convenire su una sua praticabilità in situazioni emergenziali, potrebbe deliberarne l'introduzione: Giunta del Regolamento, Regolamenti parlamentari, modifica costituzionale. Mi limito a sottolineare che mi sembra quanto meno evidente che non possa esistere una proposta che veda Camera e Senato adottare soluzioni difformi. Salvo che, ma mi rendo conto che è oggi un auspicio difficilmente realizzabile, non si voglia arrivare ad una completa revisione di tutti i procedimenti parlamentari per adeguarli ad una realtà oggi ben diversa da quella del 1971, anno al quale risale l'ossatura che ancora oggi disciplina l'attività di Camera e Senato.

Tornando alla realtà di questi giorni, stante la mia esperienza professionale, voglio soffermarmi su alcune questioni di pratica implementazione, ove si decidesse di sperimentare il voto a distanza.

Una considerazione preliminare è che, ove adottata nell'attuale contingenza, questa innovazione vada considerata soluzione del tutto provvisoria da inserire poi in una riflessione complessiva sulla gestione delle emergenze, con eventuali interventi anche a livello costituzionale[18].

Per quanto attiene agli aspetti più immediatamente operativi, la prima concreta questione è quella di stabilire la "latitudine" della sua applicazione: riservarne la possibilità ad un numero predefinito di votanti tra i parlamentari, a un numero proporzionale per ciascun gruppo, o addirittura potenzialmente a tutti i parlamentari?

Andrebbe poi identificato l'organo a cui spetterebbe il dichiarare il sorgere dei presupposti per la sua attivazione: ciascuno dei due Presidenti? Confortati da una decisione delle rispettive assemblee, delle Giunte del regolamento o dei capigruppo? E in caso di contrasto tra le due Camere? Potrebbe esserci un ruolo per

---

[17] N. LUPO, cit., pp. 126 ss. e S. CECCANTI, ripetutamente sull'utilissima rassegna da lui quotidianamente curata.

[18] La prima, opportuna proposta su questo tema è stata la presentazione da parte dell'Onorevole Ceccanti ed altri, in data 30 marzo 2020, di un disegno di legge costituzionale (C. 2452) che disciplina la dichiarazione da parte delle Camere dello stato di emergenza, per un periodo non superiore ai due mesi. E' prevista l'istituzione in tale caso di una Commissione parlamentare speciale composta da un decimo dei componenti di ciascuna Camera che assuma le funzioni delle Camere stesse. E' quindi disciplinata l'attività della Commissione che potrà, ove necessario, discutere e deliberare anche a distanza.

Ci sembra, questo, un razionale, stimolante contributo ad affrontare nei suoi termini concreti l'argomento in discussione.

il Governo, magari con la proclamazione dello stato di emergenza interna? Sarebbero possibili spazi per una azionabilità avanti la Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzione?

Altro tema è quello della sede da cui esprimere il voto a distanza. Non può ad esempio escludersi che il voto possa effettuarsi lontano dall'aula o dalle commissioni, ma pur sempre in una delle "case" del Parlamento. Esisterebbe a questo punto la necessità di creare spazi e strutture tecnologiche idonee a rispondere alle esigenze di sicurezza, di personalità e di corretta identificazione del votante, di segretezza del voto nella fase della sua espressione e in quella della sua certificazione. Problemi che appaiono poi più complessi per quanto riguarda le votazioni per schede e più in generale per quelle elettive.

Ove si ritenesse invece che il voto potesse essere espresso in sedi diverse da quella parlamentare, e quindi tali da non godere della garanzia determinata dall'immunità della sede, i problemi ora ricordati si porrebbero in misura maggiore. Andrebbero infatti salvaguardati alcuni principi costituzionali assolutamente non derogabili: la corretta identificazione del votante, la certezza che non vi siano soggetti terzi che volontariamente o involontariamente assistano all'espressione del voto, la libertà nella manifestazione del voto stesso, la sua segretezza quando ciò fosse previsto o la sua pubblicità in caso contrario, la sicurezza nella sua espressione e nella sua raccolta. E non da ultimo la necessità di garantire forme adeguate di pubblicità nei limiti naturalmente consentiti a seconda delle diverse procedure adottate. In un quadro, ed è questione non irrilevante, che sappia assicurare in maniera ragionevole la stabilità tecnica del collegamento.

Valutata positivamente la possibilità di un voto espresso in sedi diverse da quella parlamentare occorre vedere in quali. La soluzione estrema, a mio avviso assai delicata, sarebbe quella di dotare ciascun parlamentare di una infrastruttura informatica che gli consenta di votare ovunque egli si trovi. Sarebbero però così incrementati i rischi connessi alla personalità, alla libertà, alla segretezza e più in generale alla sicurezza del voto.

Una via intermedia potrebbe essere quella di consentire invece il voto da una sede predefinita, la dimora, la residenza, il domicilio o lo studio del parlamentare. In questo modo i servizi amministrativi del Parlamento potrebbero assistere i parlamentari stessi nell'approntamento e nella manutenzione delle infrastrutture informatiche.

Da ultimo potrebbe invece prevedersi che i voti fossero espressi in una sede pubblica: le prefetture ad esempio (ipotesi forse un po' "giolittiana") oppure gli uffici regionali.

Entrando brevemente nella fase più propriamente procedurale, occorre ricordare come, in base alle norme attuali ed alla loro prassi applicativa, l'esame degli articoli e degli emendamenti sia in aula che in commissione si presenti

particolarmente complesso e tale da poter essere con estrema difficoltà semplicemente trasposto in ambiente virtuale. Chi ha vissuto nel Parlamento o ne ha studiato o più semplicemente osservato il funzionamento sa bene quanto sia intricata la fase della votazione: elevato numero degli emendamenti, testi che si sovrappongono, presentazioni spesso irrituali e fuori dai termini, complessità nelle decisioni sull'ammissibilità, interventi estemporanei, proposte di modifiche ed integrazioni avanzate oralmente e a volte pochi secondi prima della votazione, necessità di sospensione dei lavori per acquisire i pareri obbligatori, a cominciare da quelli della commissione bilancio. Sono tutte questioni che vanno armonizzate con l'eventuale possibilità di un voto a distanza, anche per porre chi deve ricorrere a tale sistema in condizioni non deteriori rispetto a chi partecipa fisicamente. Da qui la necessità che ove si decida di procedere su questa strada vengano disciplinate *ex novo*, ed eventualmente semplificate, le procedure di esame in commissione e in assemblea di articoli ed emendamenti rendendole compatibili con il voto a distanza; ciò quantomeno nelle situazioni di emergenza.

Una considerazione ulteriore. La separazione netta, anche nella fisicità dei luoghi, tra la fase della discussione e quella della votazione rischia di accentuare il carattere di "votificio" della procedura parlamentare. Alcuni degli autori da noi richiamati hanno sottolineato il problema, che non potrebbe essere risolto attraverso un semplice allargamento alla fase della discussione delle misure sul voto a distanza di cui ora stiamo discutendo. Si porrebbe a questo punto, tra i tanti, il tema della pubblicità dei lavori parlamentari. Una semplice, statica trasmissione di una argomentazione espressa nell'asettico isolamento di uno studio privato toglierebbe definitivamente al Parlamento il suo storico carattere di luogo di confronto, e perché no anche di scontro acceso, che lo accompagna da sempre.

Vi sono naturalmente diversi altri problemi di pratica attuazione dell'ipotesi in esame che potremo affrontare in altra occasione, a cominciare dalle proposte non accolte però né dai Capigruppo né dalla Giunta per il Regolamento Camera, di semplificare nell'emergenza le procedure attraverso Commissioni Speciali o ricorrendo al deferimento in sede deliberante o redigente dei disegni di legge di conversione dei decreti legge. Nonché, da ultimo, la delicata questione delle procedure di affidamento e di controllo dell'insieme delle misure in oggetto.

6. Le risposte di altri Parlamenti

Altri Parlamenti, oltre al nostro, si sono posti il problema del proseguimento dei propri lavori in condizioni di emergenza sanitaria.

Una delle prime istituzioni a deliberare sul come consentire al massimo organo rappresentativo di condurre la propria attività in tale periodo è stata la Camera dei Comuni.

La decisione è stata adottata in via provvisoria il 16 aprile dalla "*House of Commons Commission*", di cui fanno parte lo *Speaker*, il "*Leader of the House of Commons*", che possiamo avvicinare al nostro Ministro dei Rapporti con il Parlamento, lo "*Shadow Leader*", espresso dell'opposizione, ed il rappresentante del Partito Nazionale Scozzese. Il successivo 21 aprile la Camera ha fatto proprie le misure, "*nemine contradicente*".

È considerato un primo passo verso un parlamentarismo "ibrido", in cui sulle forme e sulle procedure tradizionali si innestano elementi tipici delle nuove tecnologie informatiche. Lo stesso sito della Camera dei Comuni lo considera l'avvio di un "Parlamento virtuale"[19].

Nell'aula della Camera potranno essere presenti 50 parlamentari, nel rispetto delle norme di distanziamento sociale. 120 deputati a turno potranno invece partecipare ai lavori della Camera attraverso Zoom, una piattaforma per videoconferenze, dalla propria abitazione. Nel rispetto di una pluricentenaria tradizione, la "Mazza" cerimoniale continuerà ad essere esposta nell'Aula anche nel corso delle sedute virtuali.

In una fase iniziale le procedure alle quali potranno applicarsi le nuove disposizioni saranno quelle del sindacato ispettivo, compreso il "*question time*" del Primo Ministro, e gli interventi su comunicazioni del Governo.

Ancora, i parlamentari hanno stabilito che, in relazione ai risultati di questa procedura sperimentale, le nuove disposizioni potranno estendersi ad altre attività della Camera, inclusa quella legislativa. La decisione forse più significativa è stata quella di procedere nella identificazione e valutazione di strutture informatiche che possano poi consentire il voto a distanza. Alla luce del sistema costituzionale britannico, la decisione finale sulla introduzione di tale rivoluzionario sistema sarà presa in base delle decisioni del "*Procedure Committee*", che possiamo assimilare ad una nostra Giunta del Regolamento, d'intesa con il ricordato "*Leader of the House*".

Altri parlamenti europei hanno adattato le loro procedure alla situazione emergenziale, senza al momento però prevedere un sistema articolato come quello britannico[20].

Va in primo luogo ricordato il voto tenutosi il 26 marzo al Parlamento europeo, che ha visto diversi parlamentari esprimersi "a distanza" in tre distinte votazioni.

---

[19] V. www.parliament.uk, 16 e 24 aprile 2020. Sulle prime settimane di funzionamento di questo che definisce "*Zoom Parliament*", v. The Economist, 25 aprile 2020, che sottolinea come le nuove disposizioni abbiano al momento incrementato la funzione di "*scrutiny*" del Parlamento stesso sul governo.

[20] V. commonslibrary.parliament.uk, 23 aprile 2020, doc. CBP-8874.

Soluzione peraltro quasi obbligata, vista la difficoltà per i rappresentanti di diversi paesi a raggiungere Bruxelles [21]

Proseguendo, in Danimarca è previsto un contingentamento delle presenze in aula al momento delle votazioni ed i parlamentari sono stati invitati a mettersi in fila fuori dall'aula, ciascuno a distanza di due metri, in attesa di essere chiamati. Per i lavori delle Commissioni si prevede, per la fase non deliberativa, il lavoro a distanza.

In Francia l'Assemblea Nazionale si riunirà solo per ragioni "essenziali". Per lo svolgimento di interrogazioni è prevista una seduta settimanale, in occasione della quale potranno essere presenti solo l'interrogante e i capigruppo. Si è poi stabilito che per la votazione delle norme finanziarie necessarie per rispondere all'emergenza sanitaria possano essere presenti solo due deputati per gruppo, sia in aula che in commissione.

In Germania il quorum strutturale è stato abbassato al 25% dei componenti l'assemblea e, attualmente per i soli lavori delle commissioni, è consentita la partecipazione da remoto.

Il Parlamento irlandese ha ridotto ad un terzo il numero dei rappresentanti che possono partecipare ai dibattiti in assemblea. È stato sospeso il sindacato ispettivo orale.

Per quanto riguarda la Svezia, i capigruppo hanno deciso che possano partecipare alle votazioni solo 55 parlamentari su 349, proporzionalmente alla composizione dei gruppi.

Negli Stati Uniti, diversi stati già prevedono nelle loro costituzioni norme che disciplinano l'attività, sia parlamentare che governativa, nelle situazioni di emergenza. Queste vanno dalla predefinizione della "linea di successione" in caso di scomparsa delle massime cariche, alla possibilità di convocare i parlamenti locali in via eccezionale. In due stati (Oregon e Wisconsin) è prevista in caso di "*catastrophik disaster*" la possibilità per le assemblee e le commissioni di riunirsi in maniera virtuale.

Nel marzo 2020, 13 ulteriori stati e il Distretto di Columbia hanno adottato norme per adeguare le loro procedure all'emergenza Covid-19[22].

---

[21] Per quanto riguarda la difficoltà per i parlamentari italiani a raggiungere Montecitorio, si ricorda la decisione assunta dalla Conferenza dei Capigruppo della Camera del 25 febbraio, successivamente comunicata alla Giunta per il Regolamento del 4 marzo, di "applicare al Deputato impossibilitato a partecipare ai lavori parlamentari per effetto di misure restrittive della libertà di circolazione, l'istituto della missione".

[22] V. www.ncsl.org/research ecc.

Tra gli altri paesi extraeuropei, ricordiamo che la Nuova Zelanda ha adottato misure analoghe a quelle suggerite da alcuni per il parlamento italiano, istituendo una commissione speciale per l'esame dei provvedimenti governativi sull'emergenza. La commissione, "*Epidemic Response Committee*", risulta composta da 11 membri, 6 dei quali riservati all'opposizione che ne esprime anche il presidente. La commissione sembra avere un potere istruttorio in quanto, essendo stati aggiornati per un mese i lavori del Parlamento, è sospesa per tale periodo l'esercizio dell'attività legislativa.

In Cile, con una modifica costituzionale, si è stabilito che Camera e Senato potranno per un anno "*funcionar por medios telematicos*", in relazione ad emergenze sanitarie o di pubblica calamità.

Per concludere, la Camera dei deputati brasiliana si è riunita il 25 marzo in una "Sessione parlamentare virtuale" alla quale hanno partecipato da remoto 500 parlamentari su 513.

Non offro conclusioni. Siamo in presenza di un "work in progress" sul ruolo e sul modo di lavorare dei parlamenti che non coinvolge naturalmente solo il nostro paese. Senza retorica, può essere per noi una occasione storica per una riflessione sul nostro sistema rappresentativo dopo oltre settant'anni di costituzione repubblicana. Non sprechiamola.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Ancora sul rapporto tra *tecnica* e *politica* nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale

MATTEO TERZI*

Sommario

1. Premessa. La compresenza ideale di tecnica e politica nelle compagini governative e le divergenti manifestazioni nelle dinamiche istituzionali fattuali. – 2. Il (costante) rapporto tra Governo e Comitati tecnici nella gestione dell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale. – 3. I due Comitati tecnici a confronto: alcune perplessità. – 4. Ripensando all'assunto teorico di partenza: due brevi notazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale nell'Università degli studi di Pavia. Indirizzo mail: matteo.terzi01@universitadipavia.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa. La compresenza ideale di tecnica e politica nelle compagini governative e le divergenti manifestazioni nelle dinamiche istituzionali fattuali

In un tipo ideale di compagine governativa, tecnica e politica dovrebbero rappresentare due elementi complementari che si rapportano vicendevolmente, di modo da coniugare la determinazione dei fini generali cui orientare l'azione dei pubblici poteri – frazione, questa, della più ampia accezione di indirizzo politico – con il sapere tecnico-scientifico che la progettazione e la concretizzazione di quella operazione necessariamente richiedono: si potrebbe persino affermare che la componente tecnica e quella politica appaiono, su di un piano teorico, consustanziali all'efficace ed efficiente amministrazione di una collettività politica, un binomio inscindibile e virtuoso per il "buon governo" della cosa pubblica.

Nelle dinamiche fattuali che hanno caratterizzato gli sviluppi della nostra forma di governo, questa configurazione ideale permane, tuttavia, più una singolarità che non una costante; un'aspirazione teorica destinata a confrontarsi con una realtà i cui connotati non sempre collimano con quelli del modello poc'anzi tratteggiato. In fondo, a un'attenta osservazione, al di là della difficoltà di affermarne l'autonoma qualificazione costituzionale[1], le esperienze convenzionalmente chiamate dei "governi tecnici" offrono una emblematica rappresentazione concreta, quasi un'ipostasi, di come quella scissione tra tecnica e politica si sia inverata, in più d'una occasione, nel corso della settantennale storia repubblicana[2].

La tangibile spaccatura tra le due considerate dimensioni in quelle peculiari esperienze di governo, innescate dall'acuirsi delle crisi economico-finanziarie e

---

[1] Su cui sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in M. TERZI, *Il "governo tecnico" nella declinazione compositiva: destrutturazione costituzionalistica di un ossimoro giuridico*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, pp. 285-291.

[2] Se si assume il parametro quantitativo generalmente utilizzato nella letteratura scientifica, alla stregua del quale si può parlare di "governi tecnici" quando il personale non elettivo costituisce almeno più del cinquanta per cento dei ministri, negli ultimi trent'anni il sistema politico italiano ha fatto ricorso tre volte alla soluzione di un "governo tecnico": (i) nel 1993-1994, con il governo Ciampi, costituito per il settantacinque per cento da personale non elettivo; (ii) nel 1995-1996, con il governo Dini, costituito per il cento per cento da personale non elettivo; (iii) nel 2011-2013, con il governo Monti, interamente composto di tecnici non parlamentari, con la sola eccezione del Presidente del Consiglio dei ministri, il quale veniva nominato senatore a vita dal Presidente della Repubblica pochi giorni prima che gli venisse conferito l'incarico di formare un nuovo governo. Sul punto si vedano, tra i tanti, S. FABBRINI, *Tecnici al governo e governi tecnici: alcune riflessioni comparative sull'Italia*, in *Ventunesimo Secolo*, 36, 2015, p. 70, e N. LUPO, *I "governi tecnici" nell'esperienza repubblicana italiana*, in *Ventunesimo Secolo*, 36, 2015, p. 12.

agevolate dalla difficoltà del sistema politico-rappresentativo di gestirne le conseguenze, si è sempre ricomposta, rifluendo nell'alveo del governo parlamentare, con la instaurazione del rapporto di fiducia: l'immissione nel circuito fiduciario e la conseguente legittimazione che di lì si trae[3] rende, infatti, quei governi, nati tecnici in base alla propria composizione, politici tanto nella qualificazione quanto nella azione[4]. Nel passato, dunque, il rapporto tra tecnica e politica, anche quando, con l'emersione delle compagini governative composte di soggetti del tutto o in parte estranei all'arco partitico[5], ha conosciuto i suoi momenti di massima tensione, si è sempre risolto all'interno del perimetro della rappresentanza politico-parlamentare: con l'attribuzione, cioè, a quelle compagini di governo, della legittimazione a esercitare una porzione di sovranità da parte delle Assemblee rappresentative, fulcro delle moderne forme di democrazia parlamentare; legittimazione veicolata, giustappunto, dalla fiducia parlamentare, la quale assumeva perciò una funzione di salvaguardia della democraticità dell'intero procedimento.

Nel tempo presente, invece, a fronte di una emergenza sanitaria che mette a repentaglio, come mai prima d'ora, una molteplicità di valori costituzionali, primo fra tutti il bene vita, il rapporto tra tecnica e politica nella decisione pubblica sta conoscendo, tra gli ingranaggi di funzionamento dell'ordinamento costituzionale, moduli nuovi, in seno ai quali il dialogo tra quei due poli interconnessi si compie e si esaurisce nell'asse governativo o, meglio, stando agli ultimi accadimenti, nel canale di confronto diretto con il Presidente del Consiglio dei ministri, la cui primeggiante posizione negli attuali assetti endogovernativi appare, malgrado la carenza di *leadership* politica, innegabile.

---

[3] Più in generale, sul nesso tra legittimazione democratica del Governo e rapporto fiduciario si veda, per tutti, A. GRATTERI, *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali. Una riflessione comparata su fonti normative e prassi mutevoli*, Napoli, 2015, pp. 110 e 116.

[4] Come è stato notato da S. MERLINI, *Autorità e democrazia nello sviluppo della forma di governo italiana*, I, Torino, 1997, p. 135, «l'art. 94 Cost., imponendo una fiducia preventiva, da votarsi con mozione motivata e [...] sulla base di un indirizzo programmatico, "parlamentarizza" inevitabilmente qualsiasi governo; cosicché, se il voto di fiducia risulta positivo, il governo diviene, perciò stesso, politico». A far data dalla concessione della fiducia parlamentare, dunque, il governo – sia esso, nel momento prodromico all'investitura fiduciaria, di natura schiettamente politica ovverosia prettamente composto di tecnici – si troverà *sic et simpliciter* ad operare in un contesto sociale nel quale le proprie decisioni sortiranno l'inevitabile effetto di avvantaggiare taluni e svantaggiare talaltri, com'è invero proprio di tutte le scelte, in senso lato, politiche: cfr. M. TERZI, *Il "governo tecnico" nella declinazione compositiva: destrutturazione costituzionalistica di un ossimoro giuridico*, cit., p. 287.

[5] Estranei, dunque, al circuito degli articoli 48 e 49 della Costituzione.

Pur nelle divergenze che corrono tra i rispettivi contesti di riferimento, un *fil rouge* congiunge, però, le parentesi dei tecnici al governo con le singolari formule che stanno affiorando nel panorama istituzionale contemporaneo: è la frattura che, nuovamente, si apre nella coesistenza astratta tra tecnica e politica nella genetica degli apparati politici.

2. Il (costante) rapporto tra Governo e Comitati tecnici nella gestione dell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale

Osservando il dipanarsi degli avvenimenti istituzionali che hanno accompagnato, e che continuano ad accompagnare, l'evoluzione dell'emergenza di sanità pubblica, un dato risalta con una tale evidenza da non poter essere certo ignorato: si tratta della persistente necessità, avvertita come imprescindibile dal Governo (o da strutture entro quello incardinate) sin dalle primissime fasi dell'approntamento della strategia di contrasto alla diffusione epidemiologica, di istituire dei Comitati tecnici che potessero sostenerne, continuativamente e in differenti ambiti tecnico-scientifici, l'operato[6].

A pochi giorni di distanza dalla deliberazione con la quale il Consiglio dei ministri dichiarava lo stato di emergenza[7], il Capo del Dipartimento della protezione civile, con proprio decreto del 5 febbraio 2020, n. 371[8], istituiva il Comitato tecnico-scientifico previsto dall'articolo 2, comma 1, della precedente ordinanza 3

---

[6] Alla istituzione dei Comitati tecnici si aggiunge, tra l'altro, la nomina, ai sensi dell'articolo 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), e ad opera del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 marzo 2020, di un Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

[7] La dichiarazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili si è perfezionata, com'è noto, con la delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, la quale ha fissato la durata dello stato di emergenza in sei mesi a decorrere dalla data del provvedimento medesimo.

[8] Recante, appunto, «*Istituzione del Comitato tecnico-scientifico previsto dall'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020*».

febbraio 2020, n. 630[9], composto di «*autorevoli esperti*»[10] del settore sanitario: come si è già avuto modo di annotare in un precedente contributo, il Comitato, ancorché sia originariamente sorto per esplicare una funzione di assistenza alla realizzazione delle misure di protezione civile[11], suole fornire indicazioni e orientamenti anche agli organi di governo, esprimendo quella base di valutazione tecnica al di sopra della quale poter edificare, quindi, con cognizioni scientificamente fondate, le decisioni pubbliche[12].

Più di recente, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020, rilevando la necessità di doversi avvalere del costante supporto multidisciplinare di autorevoli esperti in vari settori, ha istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un Comitato di esperti in materia economica e sociale, con il compito di «*elaborare e proporre al Presidente del Consiglio misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica [in atto], nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi e relazionali, che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza*»[13]. Dopo l'istituzione del Comitato tecnico-scientifico si è ritenuto, insomma, di implementare il supporto all'organo di vertice dell'Esecutivo creando un organismo al cui interno siedono una serie di professionalità «*con elevate e qualificate competenze*»[14] in differenti ambiti scientifici.

---

[9] Parimenti emanata dal Capo del Dipartimento della protezione civile e recante «*Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*».

[10] Così recita il preambolo del citato decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile.

[11] L'articolo 2, comma 3, del decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile 5 febbraio 2020, n. 371, afferma, infatti, che «*Il Comitato svolge funzioni di consulenza al Capo del Dipartimento della protezione civile in merito all'adozione delle più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione delle patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*».

[12] Si consentirà, sul punto, per non appesantire la trattazione con considerazioni già svolte in altra occasione, un rinvio a M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

[13] Così l'articolo 1, comma 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020.

[14] In questi termini il preambolo del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri cui si è fatto riferimento nel testo.

I due Comitati tecnici, operando sinergicamente tra loro[15], concretano così un apparato scientifico poliedrico, originando una sorta di "sovrastruttura tecnica" a disposizione – formalmente e sostanzialmente nel caso del Comitato economico-sociale, soltanto sostanzialmente per il Comitato tecnico-scientifico – del Presidente del Consiglio dei ministri. Una sovrastruttura, questa, istituzionalmente incaricata della elaborazione di proposte che siano in grado di conciliare quelle due esigenze la cui armonizzazione è stata sinora preclusa, nei fatti, dalla irrefrenabile e profonda diffusione virale: da un lato, l'esigenza, non ancora dissoltasi, di contenere e prevenire l'emergenza epidemiologica che continua a imperversare nel Paese; dall'altro, la impellente necessità di apprestare quelle misure per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, culturali, economiche e produttive.

Se ci si volesse spingere a tradurre, nella prospettiva dei diritti costituzionali, quella scelta governativa di ampliare la base conoscitiva tecnica si potrebbe affermare che, mentre sinora, nel concreto bilanciamento operato sul piano costituzionale tra le libertà, è emersa nella sua nitidezza la prevalenza accordata al supremo bene della salute[16], inteso non tanto, o non soltanto, nella sua sfumatura individuale quanto, piuttosto, come valore collettivo, significativamente minacciato dalla propagazione pandemica in corso, l'istituzione del Comitato di esperti in materia economica e sociale schiude un orizzonte nuovo, all'interno del quale quel bilanciamento è destinato a conoscere, inevitabilmente, altri equilibri, calibrati verso una progressiva rivitalizzazione del lacerato tessuto economico e sociale.

3. I due Comitati tecnici a confronto: alcune perplessità

A un primo approccio, il tratto che accomuna i due Comitati che entrano a comporre la "sovrastruttura tecnica" di cui si è detto risiede nel fatto che le rispettive attività si esauriscono al di fuori del circuito della rappresentanza, escludendo dalla partecipazione membri o organi dell'istituzione parlamentare; peraltro, benché sia prevista, più o meno espressamente, la verbalizzazione delle riunioni di ciascun Comitato[17], allo stato, presumibilmente per ragioni da ricondurre al lato concetto

---

[15] L'articolo 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020 recita testualmente: «*Il Comitato opera in coordinamento con il Comitato tecnico scientifico di cui all'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020*».

[16] Prevalenza che ha imposto la sospensione delle attività economiche e produttive, la chiusura degli esercizi commerciali, la sospensione delle attività didattiche, culturali e sportive, nonché la compressione di una serie di libertà costituzionali dei cittadini.

[17] L'articolo 3, comma 4, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020 dispone che «*Delle riunioni del Comitato si redige apposito verbale*». Nell'istituire il

dell'"interesse (o sicurezza) nazionale", non v'è traccia alcuna di pubblicità dei lavori. Di qui una serie di criticità che, oltre a impattare direttamente sulla democraticità dell'ordinamento e a opacizzare la ricostruzione della precisa allocazione delle singole frazioni di responsabilità[18], si riflettono inevitabilmente anche sulla portata effettiva del controllo parlamentare, accentuando quella marginalizzazione delle Assemblee parlamentari e della rappresentanza politico-parlamentare che pare attraversare, (quasi) senza soluzione di continuità, il periodo emergenziale[19].

Si scorgono, poi, da diverse angolature, aspetti che differenziano i due Comitati tecnici istituiti per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Anzitutto, la composizione: composto di personale appartenente ad amministrazioni dello Stato o, comunque, di enti pubblici il Comitato tecnico-scientifico[20]; con una commistione tra soggetti

---

Comitato tecnico-scientifico, invece, il decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile 5 febbraio 2020, n. 371, si limita a prevedere, all'articolo 2, comma 2, che «*Il Comitato definisce, alla prima convocazione, i criteri e le modalità per l'organizzazione e lo svolgimento delle proprie attività*». Ad ogni modo, che anche il Comitato tecnico-scientifico rediga appositi verbali delle sue riunioni è confermato dal preambolo del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*), ove si fa menzione del «*verbale n. 49 del 9 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*».

[18] Soprattutto se si considera che l'articolo 3, comma 2, del decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile 5 febbraio 2020, n. 371, prevede la possibilità che, in casi particolari, a discrezione del Capo del Dipartimento della protezione civile o su proposta del coordinatore del Comitato o dei componenti dello stesso, possano essere invitati a partecipare alle riunioni del Comitato tecnico-scientifico qualificati esperti del settore, tenuto conto delle specifiche esigenze.

[19] Su tali criticità e sulle relative implicazioni, che, come accennato, sembrano impattare direttamente sulla democraticità dell'ordinamento, non si indugerà oltre nel presente scritto, avendo tali aspetti già formato l'oggetto di considerazioni in M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, cit.

[20] Il Comitato tecnico-scientifico, integrabile in relazione a specifiche esigenze, è composto, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, dal segretario generale del ministero della salute, dal direttore generale della prevenzione sanitaria del ministero della salute, dal direttore dell'ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del ministero della salute, dal direttore scientifico dell'istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal presidente dell'istituto superiore di sanità, da un rappresentante della commissione salute designato dal presidente della conferenza delle Regioni e Province

incardinati nei ruoli pubblici e soggetti privati nel caso del Comitato economico-sociale[21]. Se, quindi, con il primo organismo ci si è limitati ad accorpare, nell'ottica di una maggiore efficienza decisionale e così da poterne acquisire il punto di vista in una sede unificata, alcune competenze scientifiche del comparto sanitario, attingendole dall'amministrazione pubblica, con il secondo organismo si è dato vita, al contrario, a un corpo promiscuo, la cui presidenza è stata affidata a un soggetto esterno ai ruoli dell'amministrazione (specificamente, a un dirigente di un'azienda privata).

V'è, poi, un ulteriore aspetto, più significativo del precedente, che differenzia funzionalmente i due organismi: mentre il Comitato tecnico-scientifico presta formalmente la propria attività di consulenza – quantomeno stando alla lettera del relativo atto istitutivo – al Capo del Dipartimento della protezione civile[22], il Comitato economico-sociale nasce sul presupposto di un dialogo diretto, biunivoco, tra i componenti dello stesso e il Presidente del Consiglio dei ministri[23]. Proprio in quest'ultima differenza formale si annida, però, una perplessità: da un canto, è agevole cogliere le ragioni che hanno spinto il Capo del Dipartimento della protezione

---

autonome e dal coordinatore dell'ufficio promozione e integrazione del servizio nazionale della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato.

[21] Il Comitato di esperti in materia economica e sociale annovera competenze specialistiche trasversali: accademici di Università italiane e straniere afferenti a molteplici discipline (psicologia sociale, diritto del lavoro, statistica economica, statistica sociale, sociologia economia, *economics*, *business administration*), professionisti del settore giuridico ed economico, dirigenti del settore privato, per citare soltanto alcuni dei profili coinvolti. Sono, inoltre, componenti di diritto del Comitato il Capo del Dipartimento della protezione civile e il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

[22] Si veda, al riguardo, quanto riportato alla nota n. 11.

[23] Cfr. l'articolo 1, comma 1 («*Presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è istituito un Comitato di esperti in materia economica e sociale (di seguito: Comitato) con il compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio*»), e l'articolo 3, comma 1 («*Il Comitato riferisce costantemente al Presidente del Consiglio dei Ministri, anche inviando relazioni periodiche aventi ad oggetto l'esito dei suoi lavori e le proposte formulate*»), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020. Significativa appare, poi, la previsione di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto in parola, che affida le funzioni di segretario del Comitato economico-sociale a una funzionaria in servizio presso gli uffici di diretta collaborazione del Presidente del Consiglio. Da ultimo, se è vero, secondo quanto si apprende da fonti giornalistiche, che ai componenti del Comitato sarebbe stato sottoposto, per la firma, un accordo di non divulgazione (*non-disclosure agreement*), anche questo aspetto concorrerebbe a rafforzare, ulteriormente, quella concentrazione del dialogo tra quel Comitato e il Presidente del Consiglio di cui si è detto.

civile, struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri che non annovera, al proprio interno, competenze specifiche per la gestione di eventi pandemici come quello in via di svolgimento, ad avvalersi di un Comitato tecnico-scientifico che compendiasse competenze sanitarie; dall'altro, invece, riesce malagevole rintracciare le motivazioni che abbiano indotto il Presidente del Consiglio dei ministri a non fare ricorso a uno degli organi ausiliari del Governo, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro. Non può negarsi, infatti, che quella rilevata necessità, scolpita nel preambolo del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020, di «*doversi avvalere del costante supporto multidisciplinare di autorevoli esperti con elevate e qualificate competenze ed esperienze professionali in diversi settori*», ben avrebbe potuto essere soddisfatta impiegando l'organo di rilievo costituzionale, qual è il CNEL, chiamato, fra le variegate funzioni che in astratto dovrebbe adempiere, ad appagare proprio quelle alte istanze di specializzazione e di qualificazione professionale che si è andato cercando, invece, altrove.

Del resto, basta addentrarsi tra le pieghe dell'atto-fonte che delinea l'ordinamento dell'organo in discorso per avvedersene. Previsto dall'articolo 99 della Carta – il quale, nella sua formulazione, pone paradigmaticamente la presenza di «*esperti*» come requisito indefettibile dell'organo –, il CNEL si compone attualmente di sessantaquattro consiglieri, tra cui si ascrivono, per quanto qui interessa, dieci esperti, qualificati esponenti della cultura economica, sociale e giuridica[24]. Ora, come si può notare già di primo acchito, non manca certo la presenza, nella

---

[24] Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro – istituito con la legge 5 gennaio 1957, n. 33 (*Ordinamento e attribuzioni del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*), poi abrogata dall'articolo 26 della legge 30 dicembre 1986, n. 936 (*Norme sul Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*), che ne disegna oggi la disciplina – ha subito varie modifiche, nel corso degli anni, in ordine alla sua composizione. Attualmente, a seguito delle modifiche apportate nel 2011 – ad opera dell'articolo 23, comma 8, lettera a), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*) –, esso si compone di sessantaquattro consiglieri e di un Presidente, che durano in carica cinque anni. Nel dettaglio, la composizione risulta essere, oggi, oltre al Presidente, la seguente: (i) dieci esperti, qualificati esponenti della cultura economica, sociale e giuridica; (ii) quarantotto rappresentanti delle categorie produttive, dei quali ventidue rappresentanti dei lavoratori dipendenti, di cui tre in rappresentanza dei dirigenti e quadri pubblici e privati, nove rappresentanti dei lavoratori autonomi e delle professioni e diciassette rappresentanti delle imprese; (iii) sei rappresentanti delle associazioni di promozione sociale e delle organizzazioni del volontariato.

struttura dell'organo – o, perlomeno, nella sua conformazione teorica –, di quegli esperti nel campo della cultura economica, sociale e giuridica di cui si è avvertito così tanto il bisogno da istituire un apposito Comitato[25]. Sorge qui quasi spontaneo, dunque, interrogarsi, ancora una volta retoricamente, su quale sia la funzione che residua oggi in capo al CNEL e sul perché quell'organo seguiti a trovare menzione e spazio nell'impianto costituzionale.

Tralasciando la risalente e ciclica questione appena prospettata, cui in questa sede premeva soltanto fare un cenno, la decisione di circoscrivere l'interlocuzione del Comitato economico-sociale con l'organo di vertice dell'organizzazione governativa marca ancor più quella tendenza, in atto dagli albori del periodo emergenziale, alla personalizzazione e concentrazione del potere politico nel vertice governativo, con la conseguente difficoltà di una effettiva tenuta del principio di collegialità. Dal punto di vista funzionale e organizzativo, difatti, non sembra esservi dubbio sulla circostanza che la crisi abbia portato a un rafforzamento, in via di fatto, dei poteri del Presidente del Consiglio dei ministri e della sua linea politica, allentando, da un lato, quel legame con l'organo cardine della rappresentanza che, all'opposto, dovrebbe mantenersi, nella forma di governo configurata dalla Costituzione, sempre saldo, e stemperando, dall'altro, quella collegialità che dovrebbe informare la determinazione della politica generale del governo e le sue declinazioni dell'indirizzo politico e amministrativo. Con le ulteriori implicazioni di rendere il processo decisionale pubblico sempre più nebuloso e di imperniare la sostanziale – non formale, evidentemente – gestione dell'emergenza su tecnici detentori di spiccate conoscenze specialistiche, sull'implicito presupposto, come sembra di potersi evincere, che la politica ne sia viceversa priva.

4. Ripensando all'assunto teorico di partenza: due brevi notazioni conclusive

Se si ripone mente, ora, alle considerazioni da cui si è preso le mosse, a quell'assunto teorico che dovrebbe informare il "buon governo" di una collettività politica, l'emergenza – sanitaria ma ormai, sempre più, anche economica – che sta accompagnando la congiuntura odierna sembra consentire due brevi notazioni conclusive. In primo luogo, si apprezza, in tutta la sua chiarezza, la indefettibilità della compresenza di tecnica e politica per il governo virtuoso della cosa pubblica. Al

---

[25] Peraltro, la lettura della trama della legge che regola il CNEL consente di affermare come il ricorso ad esso avrebbe consentito non soltanto un maggior coinvolgimento dell'istituzione parlamentare quanto, anche, una valorizzazione della collegialità di governo: secondo il disposto dell'articolo 19 della citata legge 30 dicembre 1986, n. 936, infatti, «*Alle riunioni dell'assemblea, delle commissioni e dei comitati del CNEL hanno facoltà di intervenire [...] i presidenti delle commissioni parlamentari, i membri del Governo [...]*».

contempo, e simmetricamente, la pandemia virale sta però avvicinando quel binomio ideale a un punto molto vicino alla rottura: la tecnica, plasticamente rappresentata dai due Comitati tecnici, offusca invero, ancora una volta, la politica, annichilendo non soltanto la sede di espressione della rappresentanza politica ma finanche l'organo governo inteso nella sua collegialità.

Come scriveva Vittorio Emanuele Orlando nei suoi *Principii* dei primi del Novecento, «per via della rappresentanza si è dato alle forze sociali un modo di direttamente influire sulla vita pubblica, e ciò mediante la designazione dei più capaci»[26]. Che la presente classe politica e il connesso circuito democratico-rappresentativo siano permeati, o meno, dei più capaci è dilemma che non si ha certo la presunzione di voler qui sciogliere. Pare, però, che nello scenario cui assistiamo si stagli, con preminenza, quella prospettazione, emersa sul finire degli anni Ottanta, che indicava nella tecnica uno dei fattori alla radice della crisi della rappresentanza politica[27].

---

[26] V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, p. 246.

[27] Cfr. D. NOCILLA-L. CIAURRO, voce *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 594 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il processo penale post-Covid: rispettare la Costituzione, facendo di necessità (qualche) virtù

FRANCESCO TRIPODI*

Sommario

1. L'emergenza: tra cambiamenti ed opportunità. – 2. Due innovazioni da conservare per un processo "agile": a) in tema di notificazioni…- b) sull'attività istruttoria in casi particolari. – 3. Una divagazione: i giudici popolari e le attività fuori udienza. - 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

F. TRIPODI, *Il processo penale post-Covid: rispettare la Costituzione, facendo di necessità (qualche) virtù*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Consigliere della Corte d'appello di Messina.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. L'emergenza: tra cambiamenti ed opportunità

Paragonare la pandemia da Coronavirus a sconvolgimenti epocali ben maggiori, come sono state le due guerre mondiali, è certamente esagerato.

E tuttavia, come le due guerre hanno portato, oltre al loro peso di morte e distruzione, anche inattesi progressi in campo tecnico-scientifico (l'eccezionale spinta all'aviazione come mezzo di trasporto che si verificò dopo la prima guerra mondiale, la ricerca e la diffusione degli antibiotici dopo la seconda), ma anche politico-istituzionali (i diritti delle donne, le grandi costituzioni "sociali" degli anni 50, la decolonizzazione), così iniziano a pronosticarsi potenziali effetti benefici anche per la pandemia da Covid-19 in ogni campo, dai sistemi di sanità pubblica alla organizzazione del lavoro.

Piccoli, ma importanti cambiamenti potrebbero nascere – segnalarli è il semplice scopo di questo intervento – anche nel microcosmo italiano del processo penale, che sembra piuttosto sospeso, per ora, in una sorta di limbo, gli operatori giudiziari faticosamente facendo fronte soltanto agli affari urgenti.

Proviamo a parlarne, con cautela.

Un dato curioso balza però agli occhi nel dibattito attuale è, infatti, la preoccupazione di associazioni e singoli giuristi, affinché il processo penale non "istituzionalizzi" le norme dettate per l'emergenza. "Occorrerà tornare alla "*normalità*" – si legge ad esempio nel deliberato dell'esecutivo di Magistratura Democratica del 10 aprile scorso – "*e, con essa, alla pienezza di tutte quelle regole processuali che non sono neutre, essendo state previste dal legislatore in funzione dell'effettività del diritto di difesa e del ruolo di garanzia della giurisdizione*".

Si guarda insomma con apprezzamento, ma anche con diffidenza, alla diffusione dei procedimenti in forma telematica, tra protocolli di udienza, direttive dei Presidenti della Corti, azioni sperimentali e "virtuose" della Procure, legittimati dalla recente decretazione d'urgenza, come germe per una discutibile limitazione delle libertà costituzionali e dei diritti della difesa, prospettando il rischio della messa a regime di alcune deroghe introdotte all'oralità ed alle forme tradizionali del processo.

Alcune delle misure adottate possono essere invece – con un po' di buon senso ed operando in modo mirato – una formidabile opportunità. Rispettando, s'intende, la Costituzione.

2. Due innovazioni da conservare per un processo "agile": a) in tema di notificazioni…- b) in tema di attività istruttoria in casi particolari.

Fulcro delle preoccupazioni dei giuristi è sempre di più in questi giorni il procedimento penale con partecipazione "a distanza", nato nei processi di criminalità organizzata per ragioni di sicurezza (art. 2 L 7 gennaio 1998 n. 11 che ha introdotto

gli art. 146 bis e 147 bis disp. att. cpp), cioè per consentire la sicura audizione di persone soggette a misure di protezione, oltre che capace di impedire rischi e costi esorbitanti per i servizi di traduzione di imputati pericolosi. La storia *ante* Covid 19 ci dice che questo "sottosistema", giustificato nella sua versione "permanente" dalla lotta alla criminalità mafiosa, ha attecchito molto bene, con riduzione drastica di costi ed accettabile funzionalità in termini di garanzie difensive[1].

È sembrato quindi naturale e possibile usarlo subito come "calco" per sistemi di celebrazione di una udienza totalmente "dematerializzata", come si usa dire, riducendo al minimo la presenza fisica nelle aule e nei corridoi dei palazzi di giustizia.

Le innovazioni introdotte sono ancora, come è intuibile, tutt'altro che stabilizzate.

La prima versione del processo da remoto all'art. 83 del D.L. n. 18/2020 ha dato spazio all'autoproduzione di alternative in via sperimentale da parte dei singoli uffici ed alle iniziative di recepimento in protocolli per la gestione delle urgenze, legittimando i Capi degli uffici in una fase inizialmente prevista tra il 16 aprile e il 30 giugno 2020, dopo un blocco quasi generalizzato dal 9 marzo (poi decorrente dal 12 maggio con l'art. 36 D.L. n. 19/2020), a fornire un corpus di *"misure organizzative"* (commi 5,6 e 7 dell'art. 83) per una ripresa più ampia dell'attività giudiziaria. La legge di conversione del "Decreto Cura Italia" (legge 24 aprile 2020 n. 27) ha cercato adesso, attraverso l'introduzione di un comma 12 bis di recepire queste prassi e formulare un "prototipo" di processo da remoto "*con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti*". Ma si naviga a vista. E' appena stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.L. 30 aprile 2020, n. 28 che con l'art. 3 ultimo comma ha spostato il "tempo" dell'emergenza giudiziaria al 31 luglio 2020 ed ha previsto alcune significative modifiche di sistema al processo "da remoto".

Nelle udienze penali che non richiedono la presenza di testimoni privati ("*che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti*") sarà consentita fino al 31 luglio 2020 la presenza dell'imputato libero o in misura non detentiva anche presso lo

---

1 Cfr., fra i molti, P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, nn. 7-8/2017, 132 e G.CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione Europea*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 146 bis disp. att. intervenne, come è noto, Corte cost., sent. n. 342 del 1999.

studio del difensore; questi attesterà "*l'identita' dei soggetti assistiti, i quali, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, partecipano all'udienza* ***solo*** *dalla medesima postazione da cui si collega il difensore*".

Senza accennare alla peculiarità delle udienze di convalida di arresti e fermi con la possibilità di una partecipazione da remoto dal piu' vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato, va sottolineato come, solo a pochi giorni dalla conversione in legge del Decreto n. 18/2020, si sia ritenuto necessario precisare (art 3 comma 1, lett. c) del DL 28/2020) che il giudice dovrà sempre sedere assieme al cancelliere presso l'ufficio giudiziario di appartenenza (almeno questo non "dematerializzato…") e che sarà necessario il consenso delle parti, quindi in primis dei difensori degli imputati, per la celebrazione da remoto dell'udienza di discussione finale e di quella dedicata all'esame dei testi.

Lavori in corso, non dimentichiamolo, la legge di conversione potrà cambiare ancora le regole del gioco.

Nulla di sconvolgente però, pare di poter dire, soprattutto per una legge "a tempo" che disciplinerà il processo penale solo fino al 31 luglio 2020 e comunque fino ad una data strettamente legata ai tempi di uscita dall'emergenza sanitaria, che paiono tutto sommato non lontani.

Come già acutamente notato da qualche osservatore[2], nonostante gli strali piovuti sulla normativa da numerosi magistrati ed avvocati, già la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 342/99 aveva chiarito come *"…la premessa secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa…",* non è fondata e "*…Ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione*". E nessuna delle modalità del processo da remoto appare realmente vulnerare non solo il contraddittorio, ma anche la stessa oralità, per quanto l'assenza della presenza in aula delle parti resti un fatto negativo per l'aspetto umano e relazionale essenziale della giustizia e del giudizio.

a) in tema di notificazioni…

Concentrati come siamo sui problemi del processo "da remoto", vissuti forse in modo troppo drammatico, abbiamo trascurato un risvolto delle ultime novelle legislative targate Covid 19 in tema di processo penale, sul quale prestare attenzione per il dopo.

Il comma 13 dell'art. 83 del D.L. n. 18 del 2020 prevede infatti che "le comunicazioni e le notificazioni relative agli avvisi e ai provvedimenti adottati nei

---

2 L. PONZONI, *Unorthodox: in favore del processo penale da remoto* in *www.discrimen.it,* 28 aprile 2020.

procedimenti penali ai sensi del presente articolo, nonche' dell'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, sono effettuate attraverso il Sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali ai sensi dell'articolo 16 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, o attraverso sistemi telematici individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia".

Ed ancora il comma 14, a completamento dell'innovazione tecnica appena indicata, precisa che "le comunicazioni e le notificazioni degli avvisi e dei provvedimenti indicati al comma 13 agli imputati e alle altre parti sono eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia, ferme restando le notifiche che per legge si effettuano presso il difensore d'ufficio".

La novità è forte.

L'utilizzo delle notifiche telematiche ad avvocati, consulenti ed altri ausiliari del processo è fenomeno da alcuni anni in forte espansione, con un riassetto che aveva liberato enormi risorse economiche e di personale nell'ambito dei processi civili, ma in forte ritardo se non osteggiato nel processo penale.

Alla semplificazione delle notificazioni nel processo penale, quando ancora il processo telematico era ai suoi albori, il governo aveva provato a mettere mano, quasi di soppiatto, introducendo il comma 8 bis all'art. 157 cpp con il DL 21 febbraio 2005 n. 17 dedicato in realtà soltanto a "Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna". In forza di questa modifica, dopo la prima notifica alla persona sottoposta ad indagini o all'imputato, "le notificazioni successive sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia ai sensi dell'articolo 96, mediante consegna ai difensori".

Apriti cielo. In sede di conversione in legge i fautori della tradizione ottenevano, se non la soppressione, almeno la vanificazione sostanziale del tentativo di riforma, introducendo il Parlamento (legge 22 aprile 2005 n. 60) la precisazione che "Il difensore può dichiarare immediatamente all'autorita' che procede di non accettare la notificazione". Così, ad libitum. Tale precisazione non costa nulla, alimenta ritardi, eccezioni, nullità ed è ovvio che la sua funzione sia quella di alleggerire gli studi legali dall'onere di curare la comunicazione con il cliente durante il processo, spostando (o meglio lasciando) sul sistema giudiziario l'onere di andare a cercare l'imputato a casa sua anche dopo la nomina di un difensore di fiducia.

Il sistema è oggi divaricato: semplicissimo, il tempo di un "invio" del cancelliere sul computer per la notifica al difensore, tradizionale e complicato, a mezzo del postino, per indagati ed imputati.

Ovviamente la clausola del "se io lo voglio", tutt'ora vigente, è stata giustificata e mantenuta come necessario antidoto ai casi in cui il difensore perda il contatto

col cliente e non voglia rischiare di fare da domiciliatario, al di fuori dei casi obbligatori, conseguenti al venir meno di un idoneo domicilio (art. 161 c. 4° cpp).

Semplificare le notificazioni nel processo è sempre stato comunque un affare difficile in Italia.

Giova ricordare che il riconoscimento dell'idoneità della posta elettronica certificata a perfezionare le notificazioni degli atti processuali era avviato, con un complicato e farraginoso rimando alla adozione di regole tecniche e programmati decreti ministeriali, per la prima volta dall'art. 4 D.L. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. con modificazioni nella L. 22 febbraio 2010, n. 24. Ma si è dovuto attendere il famoso decreto dedicato apertis verbis alla "crescita del Paese" (D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 art. 16 ss. convertito con la L n. 221/2012), per rompere gli indugi e procedere decisamente ad una "digitalizzazione" di ampio respiro della giustizia, stabilendo che le comunicazioni e le notificazioni nei procedimenti civili a cura della cancelleria fossero "effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi".

La riforma si fermava invece ancora una volta alle porte del processo penale, espressamente consentendo il nuovo sistema solo per "le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale".

Il decreto c.d. Covid 19 (n. 18/2020) ha rotto il tabù e superato ogni ostacolo: il principio delle comunicazioni in forma solo telematica, via pec, per gli imputati che abbiano nominato un difensore di fiducia, presso il difensore è diventata regola, sia pure "a tempo".

Il "baraccone" obsoleto delle notifiche a mezzo del servizio postale con avvisi di giacenza, fiumi di sentenze della Cassazione sulla regolarità o meno di tali notifiche, processi annullati o mai davvero celebrati, al momento congelato, è pronto però a ripartire.

Servirà quindi la legislazione eccezionale del Covid 19 solo a notificare i decreti di rinvio delle udienze sospese dal 9 marzo all'11 maggio 2020? O forse anche a gestire le comunicazioni fino al 31 luglio 2020 ? Spereremmo di no. La svolta sancita da questo intervento normativo emergenziale è, per questo aspetto, una rivoluzione salutare del processo penale che sarebbe un errore far svanire con il venir meno dell'emergenza sanitaria. L'enorme ritardo nella trattazione dei processi penali che ha portato alla ribalta della politica, con polemiche infinite, l'istituto della prescrizione non dipende solo da questo, ma il pachidermico ed inefficiente sistema con cui si sono finora gestite le comunicazioni alle parti private del processo penale ne è un tassello importante.

Varrebbe la pena almeno di riflettere per il tempo che verrà su questo aspetto, a emergenza cessata.

b) …sulla attività istruttoria in casi particolari.

Un secondo fecondo campo di recepimento dell'attuale normativa d'emergenza in un assetto stabile del processo potrebbe trovarsi nell'ambito delle attività istruttorie dibattimentali.

Come si è detto, la legge di conversione del "Decreto Cura Italia" (legge 24 aprile 2020 n. 27) ha formulato al comma 12 bis dell'art. 83 un modello di processo da remoto nel quale lo svolgimento dell'udienza avviene "con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti".

Il D.L. 30 aprile 2020, n. 28, oltre a "spostare" il termine dell'emergenza giudiziaria al 31 luglio 2020, impone il consenso delle parti, per derogare alla regola dell'oralità "fisica" cioè della presenza di tutte le parti in aula nella audizione di testimoni e consulenti, nonché per la discussione finale, con un ritorno al passato che suscita qualche perplessità.

Non può dirsi infatti che ci troviamo di fronte ad un giustificato ritorno alla regola del consenso quale limite al principio del contraddittorio (secondo quanto già affermato anche in Costituzione: art. 111 quinto comma), perché qui non è discussione il contraddittorio e nemmeno in fondo l'oralità, sia pure tecnicamente modulata in forme disagevoli.

Anche in questo caso perché privarsi, sia pure solo in casi ben determinati e debitamente motivati dal giudice, della deroga originariamente pensata con l'art. 83 del D.L. 18/2020, anche per il "dopo" emergenza ?

Chi frequenta le aule dei tribunali sa di cosa parliamo.

Parliamo della esperienza quotidiana (trascurata dai media) di processi che si trascinano per mesi ed anni e la cui istruttoria, spesso banale, richiede comunque spostamenti anche per centinaia di chilometri di ufficiali e agenti di P.G. autori della informativa di reato (magari trasferiti ad altra sede nel corso delle indagini e del processo). Parliamo degli oneri imposti ai privati chiamati a rendere testimonianza su fatti semplici, talora nella sostanza pacifici, ma costretti dal mancato consenso alla acquisizione del verbale ad affrontare viaggi e disagi. Disagi tanto più marcati quanto più debole è la reale utilità del contraddittorio orale e diretto.

Dunque – in mancanza del consenso delle parti alla acquisizione e lettura dei verbali, proprio nel rispetto del principio del contraddittorio – ampi spazi discrezionali potrebbero essere dati al giudice per disporre la videoconferenza "semplificata" (per intenderci con un computer e l'applicativo Teams), introducendo una norma flessibile che consenta al giudice di disporla in casi particolari, fondata sul bilanciamento delle opposte esigenze.

Se occorre non abdicare al principio espressamente ricordato dal CSM nel deliberato sull'emergenza Covid del *"necessario contraddittorio orale per la formazione della prova",* i sistemi di videoconferenza nel processo penale non sacrificano né il contraddittorio, né l'oralità, limitandosi a risolvere la questione dei mezzi tecnici con i quali realizzare entrambi i principi.

La principale questione tecnica da affrontare è quella, peraltro già risolta per il detenuto dall'art. 146 bis disp. att.c.p.p., della presenza di un ausiliario abilitato presente nel luogo ove si trova il teste che attesti l'identità ed il regolare svolgimento dell'audizione. Si tratta di una prescrizione importante, di rilievo generale, agevolmente adattabile sia per gli ufficiali ed agenti di PG che potranno deporre comodamente dal loro ufficio, sia per i privati per i quali sia difficoltoso comparire in Tribunale che potranno essere sentiti presso l'ufficio di P.G. più vicino alla loro residenza o anche a domicilio, se autorizzati. E naturalmente – come previsto dal comma 7 dell'art. 146 bis d.a.c.p.p. (per i casi di confronto o ricognizione) – il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, potrà sempre disporre la presenza nell'aula di udienza.

Si consideri come questa soluzione permetterebbe di alleggerire indirettamente il peso pratico di alcune dibattute questioni processuali, anche di rilievo costituzionale. Ci riferiamo al caso della rinnovazione del dibattimento in presenza del mutamento del giudice, evenienza che, con una durata media dei processi di primo grado in Italia non di qualche mese, ma ancora superiore all'anno (anche se in fase di significativa riduzione), era ed è tutt'altro che infrequente. Con l'ord. n. 67 del 21 febbraio 2007, la Corte Costituzionale ha posto un secco sbarramento alla prospettata incostituzionalità della regola che impone in caso di mutamento del giudice di rinnovare sempre la prova orale, eccettuati i processi di criminalità organizzata (art. 190 bis cpp), per la mera volontà di una delle parti. Confermando così il diritto "vivente" che si appoggiava alla giurisprudenza a sezioni unite della Corte di Cassazione (in particolare Sez.un.15 gennaio 1999, Iannasso).

La disciplina, si disse in quella sede, appare correlata al principio di immediatezza, espressivo in ogni caso di un valore del modello processuale vigente che le parti possono legittimamente invocare nella specie del diritto alla rinnovazione della prova dinanzi al nuovo giudice, *«rimanendo affidata alle scelte discrezionali del legislatore l'eventuale individuazione di presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio di siffatto diritto …»*[3].

Una modifica di questa natura, senza alterare il diritto al contraddittorio, di fronte ad usi "strumentali" del diritto a "risentire" i testi e quindi al mancato

---

3 Sul punto v. spec. le acute considerazioni di P. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio, a cura di Negri e Orlandi*, Torino 2017,4. Nella prospettiva di un'accettazione pragmatica delle semplificazioni, vanno ricordate diverse pronunce della Corte EDU, volte ad argomentare favorevolmente rispetto ai limiti derivanti dal collegamento audiovisivo: in particolare, proprio sul sistema introdotto dalla L. n. 2/1998 Corte EDU, 5 ottobre 2006, Ricorso n. 45106/04, M. V. c. Italia.

consenso alla lettura della precedente deposizione, potrebbe almeno risolvere le difficoltà legate al dovere imporre ai testi la ripresentazione in udienza.

In breve, anche sul versante dell'istruttoria, dall'esperienza della normativa per Covid 19 potrebbe derivarne un dibattimento dotato di strumenti adeguati proprio in vista dell'obiettivo di una sua ragionevole durata, concorrendo altresì a disincentivare condotte dilatorie legate a quella che è stata definita la "fuga" dal processo (talora a favore degli imputati più abbienti in grado di sopportarne i costi di durata). Più prosaicamente, quanto ai vantaggi materiali che non è mai inutile tralasciare, il pensiero va alle indennità assolutamente irrisorie in favore dei testimoni anche per spostamenti di centinaia di chilometri, ai rinvii più o meno giustificati dei processi di cui i testimoni non vengono nemmeno preavvertiti con perdita della giornata di lavoro passeggiando dietro la porta delle aule, a citazioni rinnovate varie volte per acquisire da testi assenti circostanze secondarie o pacifiche, ecc. È lo scenario della quotidiana giustizia, con poche eccezioni, che gli operatori ben conoscono.

Potrebbe quindi farsi tesoro della spinta all'essenzialità che ci deriva dalle leggi eccezionali appena varate per procedere a piccoli ma efficaci interventi capaci, quanto tutto sarà finito, cambiare *in melius* il volto ordinario del processo penale[4].

3. Una divagazione: i giudici popolari e le attività fuori udienza.

Le riflessioni "per il dopo" che le sperimentazioni normative causate dal Covid 19 stanno producendo sono tante. Vorrei chiudere le mie accennando ad un curioso problema, minuscolo, quanto si vuole, che l'esperienza mi ha portato ad osservare.

Riguarda il lavoro delle Corti di Assise.

Senza affrontare il tema se l'istituto – frutto di una tradizione storica riconosciuta dalla stessa Costituzione (art. 102, 3° comma) e carico di forza simbolica sull'idea di giustizia – sia o non sia obsoleto e vada comunque ripensato, proprio la legislazione sull'emergenza Covid ci induce a riflettere sul "dopo". A prescindere dal comma 18 dell'art. 83 DL 18/2020 che si limita a prorogare le sessioni di Corte d'Assise in corso per impedire i movimenti di persone connessi alla nomina dei giudici popolari, le stesse Corti attualmente incardinate sono coinvolte nei sistemi di lavoro "a distanza". Il CSM ha avuto cura di ribadire la piena legittimità delle tecniche che possono essere adoperate: "*…la possibilità di realizzare il*

---

4 Non mancano previsioni fosche a tutto tondo da parte di molti commentatori che trovano spazio su quotidiani e riviste: cfr., per esempio, V. MAIELLO, *Smaterializzazione del processo penale e distopia che diventa realtà*, in *www.discrimen.it* (si tratta del testo pubblicato, col titolo "Udienze on line? Roba da regime", nel quotidiano Il riformista del 16 aprile 2020).

collegamento da remoto dovrà tener conto del fatto che i giudici popolari potranno essere invitati a partecipare, ***tanto alla camera di consiglio quanto all'udienza****, attraverso gli applicativi messi a disposizione dalla DGSIA, tramite "invito" trasmesso per PEO (posta elettronica ordinaria) contenente apposito link".*

È lecito chiedersi anche in questo caso se ha senso, quando tutto sarà finito, che i giudici popolari, anziché partecipare alla sola "**udienza**", debbano essere convocati, come finora avvenuto obbligatoriamente, per deliberare collegialmente quali componenti effettivi della Corte, "anche" per tutti i numerosi e minori adempimenti previsti prima, durante e dopo il giudizio **in camera di consiglio,** legati ad istanze cautelari, autorizzazioni, nulla osta, ecc.

Ben venga, dunque, se i giudici popolari muniti della fascia tricolore torneranno in aula tra qualche mese a regime "ordinario", ma basterebbe una stringata norma per dispensarli da tutte queste attività *accessorie*, di partecipazione a camere di consiglio, la cui decisione potrebbe far capo senza danno al Presidente ed al giudice togato, al limite con la convocazione di un solo giurato prontamente reperibile.

Bisognerebbe avere il coraggio di ammettere che si tratta di presenze praticamente inutili, riguardando questioni cautelari e di ordine tecnico, che durano talora qualche minuto, con una "gestione" di fatto del problema da parte dei soli giudici togati, mentre non sarebbe in alcun modo toccato il nucleo essenziale del contributo dei giudici popolari, concentrato nel dibattimento, sull'esame delle prove e la decisione.

Eliminando questa collegialità "estesa", avremo decisioni più rapide, un risparmio di tempi e adempimenti di cancelleria, e, perché no, anche dei "gettoni" di presenza che l'impegno di queste "camere di consiglio" comporta.

4. Conclusioni

Come molti osservavano già prima che l'emergenza sanitaria sconvolgesse il nostro quotidiano, la soluzione di molti problemi del processo penale è affidata ad interventi diretti a rendere "ragionevoli" i tempi di gestione. I costi della nostra "macchina" processuale sono enormi di fronte ad una massa di affari spesso di assai scarsa consistenza. Qualcosa si è fatto in questi ultimi anni da parte del legislatore, basti ricordare l'impatto sui processi del nuovo art. 131 bis cp. o i tentativi di incrementare i riti alternativi.

Al processo penale ordinario, (che registra il 30 giugno 2018 ben 51.956 processi che arrivano fino in Cassazione), servono regole semplici, a presidio dei veri diritti "forti", di livello costituzionale. Anche la storia di questa "emergenza" sanitaria piovuta sul processo ci rivela come in un attimo possano essere compiute senza rotture costituzionali scelte azzeccate, con alcune innovazioni che potrebbero rivelarsi utili anche dopo il ritorno alla normalità.

Il nodo del problema resta spesso quello di espungere dal sistema processuale diritti di veto delle parti e formalismi che risultino scollati da una corretta esplicazione del diritto di difesa, che esige la garanzia del contraddittorio, ma ha come stella polare la lealtà processuale.

Finora, travolti dall'emergenza, ci si è mossi complessivamente bene ed il procedimento "da remoto" sta consentendo di contemperare la tutela del diritto alla salute di tutti e l'interesse a "non mandare in quarantena" la giurisdizione, luogo di tutela dei diritti e di garanzia delle libertà[5].

Nessuno vuole mettere in soffitta per principio – come un documento di Magistratura Democratica ha lodevolmente ricordato – *"la fatica, anche fisica, del contatto con le parti del processo, e in primo luogo con l'imputato*" da parte del giudice ed il fatto che "*le decisioni giudiziarie riguardino le persone e la loro esistenza"*, dovendo evitarsi che abbiano luogo "*in un "altrove" lontano e delocalizzato"*.

Il punto è però un altro: non riflettere con realismo tra operatori del diritto sulla portata di un formidabile laboratorio che questa triste esperienza ci ha costretti ad inventare, per preservarne alcuni frutti di buon senso ad emergenza finita, significa arrendersi ancora una volta ad un rovinoso approccio ideologico ai problemi della giustizia avulso dalla forza dei fatti.

Alcune "deroghe" permesse dalla crisi ci stanno in fondo solo permettendo di ragionare come non avevamo (forse) potuto fare prima. Ragione di più per non sprecare l'occasione.

---

5 Com'è noto, il dibattito in corso è serrato e vivacissimo. Fra i tanti, cfr.: v. O. DOMINIONI– G.BELLUTA, *Le osservazioni dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D.Pisapia" sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza Covid-19*, in *www.sistemapenale.it*, 13 aprile 2020. Per toni spesso assai allarmati, se non apocalittici, v. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 6. Più equilibrato il contributo di G. SILVESTRI, *Covid 19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu* (4-10-2020). In genere, un approccio sostanzialista e minimalista fatica purtroppo a trovare spazio nel dibattito: ma cfr. G. MERLO, *Processo da remoto, "Prendiamo il buono e mettiamolo a sistema"*", in *Il Dubbio*, 17 aprile 2020.

Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara *ultra vires* il *Quantitative easing* (con uno sguardo al *Pandemic Emergency Purchase Programme*?)*

PIETRO FARAGUNA**

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione
P. FARAGUNA, *Il* Bundesverfassungsgericht *dichiara* ultra vires *il* Quantitative easing *(con uno sguardo al* Pandemic Emergency Purchase Programme*)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo costituisce la versione ampliata di un lavoro destinato alla pubblicazione nella rivista *Quaderni costituzionali*.

** Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Trieste. Indirizzo mail: pfaraguna@units.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Dopo tanto abbaiare, il Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG*) ha infine morso.[1] Con sentenza[2] del 5 maggio 2020 il *BVerfG* ha per la prima volta nella storia della sua giurisprudenza dichiarato atti di Istituzioni europee *ultra vires* e in quanto tali non vincolanti per i poteri pubblici della Repubblica federale tedesca. La decisione del *BVerfG* ha infatti parzialmente accolto alcune questioni introdotte mediante ricorsi individuali diretti aventi a oggetto gli acquisti disposti dalla Banca Centrale Europea (BCE) nel quadro del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), anche noto come *quantitative easing*. Il programma contemplava massicci acquisti di titoli di Stato e obbligazioni da parte del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) con l'obiettivo – almeno nelle asserzioni della BCE, che sono il vero punto del contendere – di stimolare l'inflazione per riportarla all'obiettivo del 2%. Diversi ricorsi diretti erano stati sollevati davanti al *BVerfG*, volti a fare dichiarare la non applicabilità di quel programma in Germania (si legga: da parte della Bundesbank) e l'obbligo per gli organi costituzionali tedeschi di farsi parte attiva nell'impedirne l'applicazione nella Repubblica federale tedesca. Ad avviso dei ricorrenti, i programmi in questione violavano il divieto di finanziamento monetario di cui all'art. 123 TFUE, eccedendo i limiti del mandato della BCE e del SEBC stabiliti dagli artt. 119 e 127 TFUE e 17 e 24 del Protocollo n. 4 allegato allo Statuto BCE. Ancora una volta, alla base delle prospettazioni dei ricorrenti c'era l'idea che le decisioni rese *ultra vires* violassero il principio democratico e perciò recassero pregiudizio all'identità costituzionale tedesca.

Nel quadro di questi ricorsi, il *BVerfG* aveva promosso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE (CGUE) con ordinanza del 18 luglio 2017.[3] Il fatto stesso che il *BVerfG* sollevasse un rinvio pregiudiziale non era in inedito assoluto, avendo il Tribunale di Karlsruhe già percorso la stessa strada in una vicenda che analogamente aveva ad oggetto un pur diverso programma di acquisiti non convenzionali annunciato dalla BCE, il c.d. programma OMT: tuttavia le due "saghe" si distinguono significativamente per diverse ragioni: il programma OMT infatti aveva caratteristiche sostanziali diverse, ma soprattutto non condusse ad alcun acquisto da parte del SEBC, in buona parte perché il mero annuncio della sua possibilità aveva consentito di raggiungere gli auspicati effetti. Peraltro, dal punto di vista che più interessa questa sede, la saga era passata attraverso un rinvio pregiudiziale che

---

[1] C. SCHMID, *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's 'Banana Decision'*, in *Eur. L.J.*, 2001, Vol. 7, No. 1, pp. 95-113

[2] 2 BvR 859/15 - 2 BvR 1651/15 - 2 BvR 2006/15 - 2 BvR 980/16, 5 maggio 2020.

[3] Sull'ordinanza in questione sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quad. cost.*, 2017/4, 930-33: a quasi tre anni di distanza si può senz'altro sciogliere il dubbio nel senso di escludere che il rinvio fosse inutile

aveva fatto emergere punti di tensione importanti tra *BVerfG* e Corte di giustizia, eppure non aveva condotto all'utilizzo degli strumenti comunemente considerati come "opzioni nucleari", quali la dichiarazione di atti *ultra vires*. Le due Corti erano infatti addivenute a una composizione interpretativa dell'oggetto del contendere, che pure lasciava intendere divergenti visioni sui limiti dei mandati della BCE e del SEBC, nonché sul confine tra politica monetaria e politica economica. Tuttavia, in quell'occasione, la resa dei conti era stata in definitiva rinviata al futuro, come spesso è avvenuto nella storia della giurisprudenza "europea" del *BVerfG*.

Ciò detto, anche in occasione del secondo rinvio del *BVerfG.* la CGUE aveva ritenuto che il PSPP non violasse il diritto dell'Unione, e che le misure poste in essere non eccedessero il mandato della BCE e del SEBC (causa C-493/17, *Weiss*, 11 dicembre 2018). In particolare, la CGUE aveva ritenuto che il programma rientrasse nelle azioni di politica monetaria che spettano alla BCE e al SEBC.

Con la sentenza dello scorso 5 maggio 2020, il *BVerfG* ha chiuso questo lungo percorso giurisdizionale, ritenendo, per la prima volta nella storia della sua giurisprudenza, che tanto le misure oggetto del contendere, quanto la sentenza della Corte di giustizia siano state rese *ultra vires*. Nella decisione "finale" del *BVerfG* si è che né la BCE (nell'adottare le decisioni alla base dei programmi in questione), né la CGUE (nell'affrontare il rinvio pregiudiziale nella sentenza *Weiss*) abbiano fatto un uso corretto del principio di proporzionalità. Il *BVerfG* non contesta in realtà (ancora) la violazione del principio di proporzionalità, quanto piuttosto un grave difetto di motivazione che impedisce un sindacato giurisdizionale sul rispetto di tale principio. In ultima analisi, poggiando la decisione sul difetto di motivazione della proporzionalità delle misure adottate, più che sulla violazione del medesimo principio, non tutto sembra essere compromesso quanto alla sopravvivenza degli acquisiti nel quadro dei programmi in questione. Ad anzi, esplicitamente, e utilizzando una tecnica decisoria abbastanza comune nell'ordinamento tedesco, il *BVerfG* assegna un periodo transitorio di tre mesi entro il quale porre rimedio al difetto di motivazione della proporzionalità. Entro tale termine, la sentenza pone un obbligo costituzionale sugli organi costituzionali tedeschi affinché questi pongano in essere tutte le misure di coordinamento possibili con il SEBC per porre rimedio ai difetti specifici (prevalentemente motivazionali) sollevati dalla articolata motivazione della sentenza del *BVerfG*[4].

Quanto invece alla prospettata violazione del divieto di finanziamento monetario *ex* art. 123 TFUE, il *BVerfG* ha escluso che le misure in questione, in virtù delle caratteristiche specifiche dei programmi contestati (§§ 180-228), integrino una violazione di tale divieto, pur sollevando pesantissime obiezioni e perplessità

---

[4] § 235

costituzionali anche su questo fronte. Se, infatti, in linea generale il *BVerfG* ritiene che le perplessità non siano sufficienti a riscontrare una violazione manifesta del divieto di finanziamento monetario di cui all'art. 123(1) TFUE, l'analisi dettagliata delle singole obiezioni sollevate dai ricorrenti sembra prospettare delle ombre non indifferenti su altri programmi di acquisti che siano costruiti in maniera differente. Il punto è di fondamentale importanza, perché se è vero – come si premura di chiarire il *BVerfG* nel comunicato stampa che annuncia la decisione – che la sentenza non si applica ai programmi di acquisto nel cui quadro è stata affrontata la situazione conseguente alla crisi sanitaria tutt'ora in corso, è del tutto evidente che le motivazioni della sentenza del *BVerfG* verranno lette dagli attori interessati tenendo conto anche (se non soprattutto) di quei nuovi programmi.

Nella parte apparentemente più innocua della sentenza, quella che illustra le motivazioni del rigetto delle questioni fondate sul divieto del finanziamento monetario, il *BVerfG* pone infatti i punti forse più insidiosi per il prossimo futuro, stilando una vera e propria lista di condizioni che permettono di ritenere non violato il divieto in questione:[5] tra queste il volume limitato degli acquisti fin dall'inizio del programma; la pubblicazioni di informazioni soltanto aggregate sulle caratteristiche degli acquisti; il limite per cui le banche centrali dell'Eurosistema non possono detenere più del 33% di una determinata emissione di titoli delle amministrazioni centrali di uno Stato membro o più del 33% dei titoli in circolazione di una di queste amministrazioni; la proporzione dei volumi di acquisti rispetto alla quota di capitale; le limitazioni all'acquisto di titoli da soggetti pubblici soltanto se il cedente sia in possesso di una certificazione minima di qualità del credito che consenta l'accesso al mercato; il carattere comunque limitato e discontinuo degli acquisti che devono cessare – ed anzi venire ceduti – nel momento in cui non siano più necessari rispetto all'obiettivo di riportare l'inflazione al 2%.

Questa lista sembra determinare condizioni assolutamente necessarie per garantire la legittimità dei programmi di acquisto (di ogni programma di acquisto, dunque anche di quelli disposti recentemente per far fronte alla crisi innescata dalla pandemia). Condizioni necessarie (e forse nemmeno sufficienti), tratte da un'interpretazione della sentenza *Weiss* della Corte di giustizia, con cui si pongono ipoteche sui più recenti programmi di acquisto disposti dalla stessa BCE, che non necessariamente rispettano le condizioni in questione.

Ad ogni modo, tornando sul terreno degli effetti "immediati" della pronuncia del *BVerfG*, il Tribunale ha accolto le questioni che prospettavano una violazione dei limiti alle competenze attribuite alla BCE e al SEBC, e nel farlo ha colpito anche la sentenza *Weiss* della Corte di giustizia, che quei limiti aveva ritenuto non violato.

---

[5] § 216

Negli articolati passaggi della motivazione, il Tribunale di Karlsruhe si è profuso diffusamente sul rispetto e funzionamento del principio di proporzionalità, sottolineando come questo origini dalla tradizione costituzionale tedesca, per dimostrare come la BCE, da un lato, e la CGUE, dall'altro, abbiano maneggiato male il teutonico strumento[6]. In particolare, non ci sarebbe stata una sufficiente considerazione degli effetti indiretti che l'attuazione delle misure di politica monetaria in questione avrebbero prodotto in campo economico e fiscale. Su questo fronte, la sentenza genera diverse perplessità. Sembra che il *BVerfG* riaffermi e tradisca allo stesso tempo il dogma monetarista: da un lato spinge la BCE a occuparsi di solo di politica monetaria, dall'altro impone al suo Consiglio direttivo di esercitarsi più attentamente in considerazioni di natura economica e fiscale per valutare gli effetti indiretti di misure che senza dubbio di per sé rientrano tra gli strumenti a disposizione di BCE e SEBC. Oltre a ciò, sarà consentito dubitare, persino a chi vive e lavora fuori dai confini della patria del principio di proporzionalità, che lo scrutinio sul rispetto del principio di proporzionalità possa essere svolto tenendo soltanto conto degli effetti negativi sulla dimensione economica e fiscale[7], e senza tenere nemmeno lontanamente in considerazione gli effetti indiretti positivi di quelle azioni[8]. Come se non bastasse, qualunque scelta (o non scelta) di politica monetaria produce inevitabilmente effetti di politica economica[9], dunque l'utilizzo del principio di proporzionalità "a compartimenti stagni" solleva perplessità metodologiche. Infine, le critiche feroci rivolte alla CGUE non paiono fondate nel merito, posto che quest'ultima, nella sentenza *Weiss*, aveva dedicato ben 29 paragrafi alle censure sollevate dal *BVerfG* sul rispetto del principio di proporzionalità (causa C-493/17, §§ 71-100).

La questione è aperta a lettura anche radicalmente divergenti, che non mancheranno di impegnare lo sforzo dei commentatori nei prossimi mesi. A questa prima lettura, però, ci si può fermare a un punto preliminare, osservando come la questione appaia assai più complicata di come la presenti il *BVerfG*. Se davvero il punto è così controverso (e a chi scrive pare lo sia), è molto difficile ricondurre la decisione del *BVerfG* di dichiarare le misure della BCE, del SEBC e della CGUE *ultra vires* al quadro che lo stesso Tribunale di Karlsruhe aveva tracciato nella sua

---

[6] § 124.

[7] § 173.

[8] In questo senso M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *VerfBlog,* 6.5.2020

[9] Sul punto cfr. O. CHESSA, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*, in *lacostituzione.info*, 8.5.2020, http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/08/perche-il-tribunale-costituzionale-tedesco-sbaglia-nel-censurare-gli-effetti-di-politica-economica-della-bce/

più recente giurisprudenza per attivare un controllo dagli effetti così dirompenti. Giova infatti ricordare che il *BVerfG* aveva man mano ammorbidito la sua posizione rispetto al controllo degli atti *ultra vires*, delineando un quadro procedurale che impegnava il Tribunale stesso ad attivare tale controllo in maniera amichevole rispetto al diritto dell'UE (*europarechtsfreundlich*). Sul piano procedurale ciò significava dapprima fornire alla CGUE l'occasione di disinnescare preventivamente l'eventuale conflitto in sede interpretativa (impegno che il *BVerfG* in questa occasione sembra avere onorato promuovendo il rinvio pregiudiziale), e dall'altro lato ad attivarsi soltanto per porre rimedio a violazioni manifeste che avessero carattere strutturale[10]. Per le ragioni accennate sopra, pare davvero difficile considerare il caso in questione un episodio di violazione manifesta, e le motivazioni addotte dal *BVerfG* per negare un contrasto con le premesse poste dalla sua stessa giurisprudenza non appaiono affatto convincenti. Da una parte si riconosce che sui punti controversi vi sono letture e ricostruzioni divergenti nella letteratura giuridica[11], nonché si riconosce che i rapporti tra gli ordinamenti debbano riconoscere anche alle istituzioni sopranazionali un certo margine di errore (una sorta di curiosa formula di Radbruch processuale[12]). Dall'altro lato si afferma abbastanza apoditticamente che nel caso di specie l'esistenza di un vivace dibattito giuridico in corso e il riconoscimento dovuto di un margine di errore non ostino al riconoscimento di una violazione manifesta e di carattere strutturale delle competenze attribuite.

Quali che siano le perplessità che queste motivazioni sollevano, la sentenza, al solito imponente nel suo volume, è di portata storica per molte ragioni. Per la prima volta il *BVerfG* dichiara un atto (o meglio: più atti) delle Istituzioni europee *ultra vires*, dando concreta attuazione a quel protocollo di controllo costituzionale delineato già dal famoso *Maastricht Urteil*,[13] e rinforzando – per quanto l'identità costituzionale in sé e per sé considerata non svolga un ruolo di primo piano in

---

[10] Così a partire da 2 BvL 1/97, 7 giugno 2000 (*Bananenmarktordnung*) per ciò che concerne la quantità e qualità della violazione che permette di attivare il controllo, e da 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010 (*Mangold-Honeywell*) per ciò che concerne l'obbligo di leale collaborazione processuale con la Corte di giustizia.

[11] § 113.

[12] § 118. La formula di Radbruch, elaborata come reazione al dramma storico e concettuale della natura e obbligatorietà del diritto nazista, stabilisce che il diritto positivo dev'essere osservato e applicato anche quando il suo contenuto è ingiusto «a meno che il contrasto tra la legge positiva e la giustizia giunga a un tale grado di intollerabilità che la legge in quanto 'diritto ingiusto' debba arretrare di fronte alla giustizia»: G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 1, No. 5, 1946, p. 107.

[13] BVerfGE 89, 155.

questa sentenza – quella "svolta identitaria" che contraddistingue recenti epifanie giurisdizionali.[14] Si pongono sfide epocali al principio del primato del diritto UE, nonché alla stessa autorevolezza e indipendenza delle Istituzioni dell'UE, in particolare della BCE e della CGUE, destinatarie di un affronto pesantissimo per i toni usati nella motivazione della sentenza, nella misura in cui le motivazioni delle decisioni delle Istituzioni europee in questione vengono definite assolutamente insostenibili («schlechterdings nicht mehr vertretbar»[15]), obiettivamente arbitrarie («objektiv willkürlich»[16]), tali da rendere il principio di proporzionalità inadeguato e privo di qualunque funzione («ungeignet und funktionlos»[17]), svuotato di senso («im Ergebnis leer»[18]). Tutto il percorso argomentativo della CGUE viene definito come metodologicamente ingiustificabile («methodisch nicht nachvollziehbar»[19]). Queste parole pongono un'ipoteca pesantissima sull'immagine, a lungo probabilmente sopravvalutata, del dialogo fra le Corti, portando molti a gioire di ciò, forse prematuramente. Paradossalmente, infatti, la decisione ha ottime *chance* di alimentare ulteriormente un canale specifico di "dialogo orizzontale" tra Corti degli Stati membri, ed è questo uno degli scenari più preoccupanti che potrebbero emergere dalla vicenda in questione.

La pronuncia infatti non può che essere valutata all'interno di una cornice più ampia, che è forse ancora più importante del quadro stesso. E così come il *BVerfG* si concentra ossessivamente sugli effetti indiretti dei programmi di acquisto del SEBC, è lecito interrogarsi sugli effetti indiretti della decisione del *BVerfG*, resa peraltro in un contesto politico-istituzionale a tal punto sfavorevole da aver indotto, a quanto si apprende, gli stessi giudici tedeschi a posticipare la decisione, in modo tale da non renderla nel mezzo della tempesta politica che l'Unione europea sta attraversando per trovare un accordo sugli strumenti con cui finanziare le necessità determinate dalla più grave crisi sanitaria del dopoguerra. È certamente vero – come il *BVerfG* si premura di precisare nel comunicato stampa che annuncia la decisione – che la pronuncia non si applica ai programmi di acquisti più recentemente delineati per affrontare la crisi sanitaria, trattandosi di un diverso oggetto. Eppure, la precisazione suona come una *excusatio non petita*, innanzitutto per il fatto stesso di mettere in discussione la solidità e l'indipendenza istituzionale della

---

[14] Si è parlato di una "terza ondata di controllo di costituzionalità": J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *Int. J. Const. L.*, 2018, 2, pp. 315-372 – cfr. anche il focus dedicato all'idea in *Quad. cost.*, 2020/1).

[15] § 117.

[16] § 112.

[17] § 127.

[18] § 138.

[19] § 153.

BCE: ciò non può che ripercuotersi anche sull'efficacia delle nuove misure disposte dalla BCE. Inoltre, per le ragioni sopra menzionate, la compatibilità specifica con le condizioni poste dal *BVerfG* per ritenere non violato il divieto di finanziamento monetario non sembrano facilmente applicabili al nuovo *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)[20].

Ad ogni modo, tra i molti effetti indiretti ve ne sono almeno due sui quali ci sembra utile soffermarsi a primissima lettura: a) il *BVerfG* offre un modello che diversi omologhi di altri Stati membri non esiteranno ad adottare, possibilmente accentuandone e propagandone gli effetti distruttivi. Su questo fronte è corretto non esagerare nei catastrofismi[21]. Non è la prima volta in assoluto che una Corte suprema o costituzionale di uno Stato membro dichiara esplicitamente *ultra vires* un atto di un'Istituzione dell'UE. Lo scenario si è verificato almeno due volte: la prima con la decisione *Landtova* sulle pensione slovacche,[22] con cui la Corte costituzionale della Repubblica ceca è intervenuta in un'intricata saga giurisdizionale, infine risolta con un intervento legislativo; la seconda con il caso *Dansk Industri* della Corte suprema danese,[23] che si opponeva all'applicazione del principio di non discriminazione fondato sull'età nell'ordinamento danese, principio che già in altre occasioni aveva generato attriti.[24] Se, perciò, ammettere un certo grado di disobbedienza (o di "obiezione costituzionale di coscienza"[25]) è una caratteristica che può

---

[20] §213-216.

[21] La prudenza, condivisibile (se accompagnata dalla medesima prudenza a non esagerare con l'ottimismo), è caldeggiata da M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in VerfBlog, 2020/5/06, https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision/.

[22] Corte costituzionale della Repubblica ceca, Case Pl. ÚS 5/12 Slovak Pensions XVII, Jan. 31, 2012, https://www.usoud.cz/en/decisions/20120131-pl-us-512-slovak-pensions/

[23] Corte suprema danese, Case 15/2014, Dec. 6, 2016, http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/TherelationshipbetweenEUlawandDanishlawinacaseconcerningasalariedemployee.aspx.

[24] Da ultimo ripercorre, con un'analisi molto raffinata per completezza e chiarezza, le tappe di questa giurisprudenza di "disobbedienza" L. D. SPIEKER, *Framing and managing constitutional identity conflicts: how to stabilize the modus vivendi between the court of justice and national constitutional courts*, in *CMLR*, 2020, pp. 361-398.

[25] L'idea di ricostruire i conflitti tra istituzioni giurisdizionali nazionali e sovranazionali in termini di obiezione di coscienza si ritrova in M. KUMM, *Moral Point of Constitutional Pluralism. Defining the Domain of Legitimate Institutional Civil Disobedience and Conscientious Objection*, in Julie Dickson e Pavlos Eleftheriadis (a cura di), *Philosophical foundations of European Union law*, OUP, 2012, pp. 216–46; Julio Baquero Cruz, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in M. Avbelj e J. Komárek (a cura di), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Hart Publishing, 2012, pp.

ritenersi propria della specificità dell'ordinamento dell'Unione europea e dei rapporti di eterarchia tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti degli Stati membri,[26] non sembra che in questo caso ci si possa limitare a osservare, magari apprezzandolo, il pluralismo.

Dai tempi del *Maastricht-Urteil*, origine di quelle ricostruzioni pluraliste, infatti, il contesto è cambiato radicalmente, e soprattutto l'impatto che una mossa giurisprudenziale di questo tipo può generare è del tutto diverso rispetto alla "migrazione" sperimentata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca nei tardi anni '90 e nei primi anni '00. Infatti, più recentemente, si è osservato sempre più un utilizzo "abusivo"[27] delle categorie giurisprudenziale del *BVerfG*, utilizzo che ha indotto la dottrina, che pur in tempi più risalenti aveva ragionato molto attorno alla clausola del rispetto dell'identità di cui all'ordinamento dell'UE,[28] in termini più positivi che negativi, a segnalare ora i "pericoli"[29] insiti in questa nozione. Questo fenomeno si era notato in modo assai evidente con l'abuso del controllo di identità costituzionale, inventato nel *Lissabon-Urteil* e manipolato dalla Corte ungherese per supportare le politiche anti-migranti di Orbán. Se così è stato per il controllo di identità costituzionale, non serve avere facoltà mantiche per prevedere che ciò avverrà a maggior ragione con questo precedente, il cui utilizzo a fini di tutela immediata di interessi nazionali non ha neppure bisogno di venire abusato, essendo già tale nella sua versione originale; b) il *BVerfG* indebolisce fortemente, se non proprio affossa, uno degli strumenti principali attraverso cui l'UE poteva far fronte

---

249–68 e, volendo, proprio con riferimento ad alcuni dei temi riemersi nella sentenza in commento. P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal,* 2017, 1617-1640.

[26] Questa è stata, in fondo, la lettura, allora contro-corrente, della sentenza *Maastricht* dello stesso *BVerfG* che pone le basi teoriche della pronuncia qui in commento, da parte di N. MACCORMICK, *Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *Eur. L.J*, Vol. 1, No. 2, 1995, pp. 259-265.

[2727] G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, Vol. 43, No. 1, 2018, pp. 23-42.

[28] Per segnalare alcuni punti fondamentali di questa sterminata letteratura, ci si può limitare a: C. CALLIESS e G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, CUP, 2019; E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, OUP, 2015; A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013; F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013; L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011.

[29] F. FABBRINI, A. SAJÓ, *The Dangers of Constitutional Identity*, in *Eur. L.J*, Vol. 25, No. 4, 2019, 457-473

alle necessità straordinarie legate alla crisi sanitaria in corso. Questo effetto non può che portare ancora più al centro i canali alternativi, ovvero il MES. L'effetto è indiretto, ma ben chiaro al *BVerfG*, nella misura in cui si specifica (§ 171) che il PSPP potrebbe «avere gli stessi effetti degli strumenti di assistenza finanziaria adottati ai sensi degli artt. 12 ss. del Trattato ESM» e che «nonostante le garanzie menzionate dalla Corte di giustizia, il volume e la durata del PSPP potrebbero rendere gli effetti del programma sproporzionati, anche qualora inizialmente gli effetti in questione fossero conformi al diritto primario, qualora questi disincentivassero gli Stati membri dall'adottare misure proprie per il perseguimento di politiche di bilancio sane, risultando, in generale in una dominazione monetaria».

In questi termini, l'unico sicuro effetto della sentenza del *BVerfG* (ciò che permettere di sospettare ne fosse proprio l'obiettivo) non è tanto garantire il rispetto del principio delle competenze attribuite, del principio democratico, della responsabilità dell'integrazione, quanto semplicemente rafforzare il MES[30], posto che l'ulteriore fronte di risposta alla crisi scaturita dalla pandemia in corso (l'istituzione dei *recovery fund*) è ancora uno scenario del tutto incerto (che, peraltro, potrebbe uscire paradossalmente rafforzato dalla sentenza in commento, ma ciò è tutto da verificare). Sulla legittimità dell'obiettivo di rafforzare il MES è lecito discutere, auspicabilmente sulla base di un quadro giuridico sufficientemente preciso[31]. Sul fatto che questo obiettivo possa essere perseguito da una Corte costituzionale nazionale, nascondendolo dietro agli alti principi appena menzionati, è ancora più lecito dubitare, posto che è il *BVerfG* stesso a chiarire – con le poche parole della sentenza che ci sentiamo di condividere senza esitazione – che «la distinzione tra politica economica e politica monetaria è una decisione politica fondamentale con implicazioni che si spingono oltre i casi specifici e hanno conseguenze significative sulla distribuzione dei poteri all'interno dell'UE» (§ 159).

---

[30] Segnala come il "cuore politico-economico" della sentenza del *BVerfG* non consenta di uscire dalla logica della condizionalità del MES, indifferentemente da quali siano gli strumenti specifici attraverso i quali tale condizionalità viene fatta funzionare, A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *lacostituzione.info*, 10.10.2020. http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/10/cose-molto-cattive-sulla-ribellione-del-tribunale-costituzionale-tedesco-al-quantitative-easing-della-bce/

[31] Tanto più in un quadro di incertezza sulla portata degli accordi che si vanno costruendo, come con consueta precisione segnalano, M. DANI, A. JOSÉ MENÉNDEZ, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in lacostituzione.info, 10/10/2020, http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/10/soft-conditionality-through-soft-law-le-insidie-nascoste-del-pandemic-crisis-support/

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*

GINO SCACCIA**

Sommario

1. Prologo. – 2. La doppia pregiudizialità nella sentenza n. 269 del 2017. – 3. I problemi applicativi sollevati dalla sentenza n. 269 e i successivi chiarimenti: le decisioni n. 20, 63, 117 del 2019. – 4. La doppia pregiudizialità oltre la Carta dei diritti e la tensione irrisolta con il principio della diretta disapplicazione della legge interna.

Data della pubblicazione sul sito: 12 maggio 2020

Suggerimento di citazione

G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione nel volume curato da A. Morrone, C. Caruso, F. Medico, *Granital revisited: l'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Teramo. Indirizzo mail: gsaccia@unite.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Prologo

L'indirizzo interpretativo inaugurato dalla sentenza n. 269 del 2017, con cui la Corte costituzionale, nelle questioni doppiamente pregiudiziali, ha rivendicato la priorità del giudizio costituzionale rispetto al rinvio alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE, era destinato ad entrare in collisione con il principio della diretta applicazione della Carta di Nizza. Riconosciuto a quest'ultima «contenuto di impronta tipicamente costituzionale»[1]; e qualificata dunque la Carta, in un'ottica assiologico-sostanziale, come una "Costituzione" concorrente e potenzialmente alternativa a quella nazionale, era infatti inevitabile che la potenzialità della CDFUE di dispiegare efficacia diretta ponesse problemi di convivenza con il sindacato accentrato di costituzionalità, che esclude, in principio, la diretta applicazione giudiziale delle norme di rango costituzionale. In questi termini, ed entro questi confini applicativi, la novità introdotta dalla Consulta poteva trovare valide ragioni giustificatrici nella duplice esigenza di vigilare sulle condizioni alle quali, in un sistema di sindacato accentrato, il giudice comune esercita il potere di disapplicazione della legge e di reagire all'oggettiva (e in parte autoprodotta[2]) marginalizzazione del giudice costituzionale dai circuiti più dinamici di elaborazione pretoria dei diritti.

Nelle successive pronunce n. 20 e 63 del 2019, sollecitata dalle variegate reazioni dei giudici comuni[3] e dai dubbi sollevati in sede dottrinaria[4], la Corte ha

---

[1] Punto 5.2. del *Diritto*.

[2] Basti considerare che la Corte costituzionale ha per la prima volta fatto ricorso al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE soltanto nel 2008 (ord. n. 103).

[3] La Corte di Cassazione ha fornito tre diverse ricostruzioni della sent. n. 269: la II sez. civile, con l'ord. n. 3831 del 2018 ha risolto un caso di doppia pregiudizialità "privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità" e quindi considerando opportuno, se non obbligatorio, il previo ricorso all'incidente costituzionale; la sez. lavoro, con la sent. n. 13678 del 2018, ha ritenuto non vincolante la sent. n. 269, insistendo sul fatto che l'indicazione innovativa della Corte era compresa in un *obiter dictum*. La medesima sezione lavoro, con la sent. n. 4223 del 2018, sul presupposto di una "fusione di orizzonti tra il livello interno, sovranazionale ed anche quello convenzionale", ha ritenuto non necessario interpellare la Corte costituzionale né la Corte di giustizia, disponendo la diretta applicazione della Carta dei diritti e la corrispondente disapplicazione della disciplina interna.

[4] Fra le moltissime note alla sentenza, e limitandoci a quelle più critiche (o meno laudative): A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2017; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, *in Federalismi.it*, 31 gennaio 2018, 8 ss.; e IDEM, Il 'triangolo

affinato la tesi tracciata nella sentenza madre, ma con andamento non lineare. Da un lato, infatti, ha precisato che il giudice ha la facoltà, e non l'obbligo[5] di far precedere la questione costituzionale a quella pregiudiziale, e ha rimosso ogni vincolo ai profili in relazione ai quali, a valle del giudizio costituzionale, porre domande pregiudiziali, così pienamente allineandosi alla Corte di giustizia[6]. Dall'altro, però, ha attratto allo scrutinio costituzionale censure proposte in riferimento a norme parametro diverse dalla Carta di Nizza, e segnatamente ai Trattati e alle norme del diritto UE che partecipino "della stessa natura" della CDFUE, ponendo così la regola della *priorité constitutionnelle* in potenziale conflitto con la diretta disapplicazione della normativa interna anticomunitaria.

Nelle pagine che seguono ricostruiremo per cenni il sentiero che la Corte costituzionale ha percorso dalla sentenza 269 alle ultime, recentissime pronunce, mostrandone il fondamento teorico, le virtualità ed i problemi applicativi e argomenteremo conclusivamente la tesi che l'inversione dell'ordine di trattazione della doppia pregiudizialità sia pienamente conciliabile con l'*acquis communautaire* in tema di primato e di effetto diretto del diritto dell'Unione europea quando resti

---

giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, in *Federalismi.it*; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?* In *Il Diritto dell'Unione Europea*.

[5] In questo senso può interpretarsi il passaggio della sentenza n. 20 in cui si afferma che "va preservata l'*opportunità* di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte" (punto 2.1. del *Diritto*). Nel senso che la precedenza della questione di legittimità costituzionale rispetto al rinvio pregiudiziale fosse dalla Corte intesa, nella sentenza n. 269, come obbligatoria si è espressa la dottrina maggioritaria: *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all' "accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it*, 2018, I, 2226 ss.; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *Federalismi.it* 24/2018; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Oss. Eur.; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *questionegiustizia.it* (12 marzo 2018); chi scrive, in G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018 propendeva per la natura obbligatoria dell'intervento prioritario del giudice costituzionale, pur avvertendo che siffatto obbligo, logicamente necessario nella trama argomentativa della Corte, non poteva essere garantito da alcuna sanzione, e quindi finiva per affidare la propria effettività alla leale collaborazione dei giudici comuni e della stessa Corte di giustizia di Lussemburgo.

[6] Cfr. in particolare CGUE, sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starnet Ltd, § 13.

circoscritto alle ipotesi in cui la norma parametro sia la Carta di Nizza, mentre possa sottoporre a tensione applicativa i principi del primato e dell'effetto diretto allorché finisca per pregiudicare l'immediata efficacia del diritto derivato self-*executing* e la conseguente non-applicazione giudiziale della normativa nazionale incompatibile.

2. La doppia pregiudizialità nella sentenza n. 269/2017.

Nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale, invertendo la regola della previa delibazione della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella costituzionale[7], ha statuito che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». La Corte riteneva che la svolta interpretativa si imponesse alla luce dell'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della medesima efficacia giuridica vincolante dei Trattati[8].

Veniva perciò istituita una stretta correlazione fra priorità logico-cronologica del giudizio costituzionale e attinenza della censura a due esclusivi parametri: Costituzione e Carta di Nizza. Tanto ciò è vero che la questione proposta in riferimento a disposizioni dei Trattati enuncianti la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 del TFUE), veniva dichiarata inammissibile in base al rilievo che «il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame»[9]. Nella medesima pronuncia, inoltre, l'intento chiaramente manifestato di voler tenere "fermi" i principi del primato e dell'effetto diretto "come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale" [10], si accompagnava al dichiarato rispetto delle tre condizioni poste dalla giurisprudenza lussemburghese per considerare compatibile con il diritto dell'Unione il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità: segnatamente, la libertà per i giudici ordinari: a. «di sottoporre alla Corte di giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine

---

[7] Quest'onere si imponeva al giudice a pena di inammissibilità: Corte cost., sentt. nn. 284 del 2007, 319 del 1996, 536 del 1995, 38 del 1995, 294 del 1994, 8, 79 e 269, del 1991; 78, 389 e 450 del 1990, 152 del 1987.

[8] Così nel punto 5.2. del *Diritto*.

[9] Punto 5.3. del *Diritto*.

[10] Così nel punto 5.2. del *Diritto*.

del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; b. di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; c. di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità ove, "*per altri profili*", la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Non è qui il caso di indugiare sulle ragioni di politica costituzionale che motivano l'anteposizione della pregiudizialità costituzionale a quella comunitaria[11]. Quel che qui unicamente rileva è che in quella pronuncia la Corte non sembrava voler porre in questione la sentenza Granital n. 170 del 1984 e dunque la diretta applicazione giudiziale del diritto UE *self-executing*, se non in riferimento alle norme della Carta dei diritti, differenziate dalle "comuni" norme comunitarie e collocate al vertice della *Stufenbau* dell'UE alla stregua di una "gerarchia di contenuti" di ascendenza crisafulliana[12]. In questi termini, la sentenza, senza contraddire la priorità nell'applicazione del diritto UE (*Anwendungsvorrang*)[13], sembrava volervi contrapporre una sorta di priorità nell'interpretazione (*Auslegungsvorrang*), e cioè priorità del giudizio costituzionale in sede di esame delle questioni involgenti diritti radicati ad un tempo nella Costituzione e nella Carta di Nizza.

3. I problemi applicativi sollevati dalla sentenza n. 269 e i successivi chiarimenti: le decisioni n. 20, 63, 117/2019.

La sentenza n. 269 lasciava irrisolte numerose questioni interpretative, aprendo il varco ad applicazioni di portata potenzialmente dirompente sui rapporti fra ordinamento interno e diritto UE.

Mi limito a indicarne tre: la prima è riconducibile al quesito se la priorità costituzionale abbia l'effetto di interdire o comunque di limitare il ricorso del giudice

---

[11] Si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *L'inversione*, cit., 2.

[12] Così V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965, III, 202.

[13] La dottrina tedesca, sin dalla metà degli anni '60, ha nitidamente distinto la priorità delle norme comunitarie (*Vorrang*) dalla superiorità di rango (*Höherrangigkeit*) delle stesse (*ex multis* S.L. FRANK, *Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht,* in *Zschr. für öffentl. Recht*, 55/2000, 3 ss.); si è pure chiarito che la precedenza del diritto comunitario non va connessa alla validità delle norme comunitarie (*Geltungsvorrang*), ma opera alla stregua di una "precedenza applicativa" (*Anwendungsvorrang*), il cui effetto non è l'invalidità della norma nazionale, ma la necessità che essa faccia un "passo indietro" (U. EVERLING, *Europäisches Gemeinschaftscrecht und nationales Recht in der praktischen Anwendung*, in *Neue jur. Wochenschr.,* n. 11, 1967, 465).

comune al rinvio pregiudiziale ai soli profili non scrutinati nel previo giudizio costituzionale[14]; la seconda si attiene al possibile pregiudizio per l'effetto orizzontale diretto dei diritti garantiti dalla Carta di Nizza; la terza è riferibile al trattamento giuridico differenziato per i diritti rispettivamente previsti nei Trattati e nella CDFUE, che non pare facilmente conciliabile con la piena equiparazione formale fra i due atti sancita dall'art. 6 del TUE.

Il primo interrogativo – oggetto di un puntuale quesito della Corte di cassazione[15] – ha trovato appagante risposta nell'ordinanza n. 117 del 2019, ma già prima nelle sentenze n. 20 e 63 del 2019, ove si è precisato che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di Lussemburgo, sulla medesima disciplina che ha formato oggetto della *quaestio legitimitatis* "qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria"[16]; anche, dunque, per profili analoghi a quelli già esaminati nel giudizio incidentale. Con queste limpide e inequivoche affermazioni è stata esclusa ogni limitazione al potere dei giudici comuni di disporre il rinvio pregiudiziale a valle del giudizio costituzionale, scongiurando il rischio che l'Italia potesse per questo essere sottoposta ad una procedura di infrazione[17].

Tuttavia, e passando così al secondo quesito, mentre è certo che il previo giudizio costituzionale non determina alcuna preclusione, in astratto, sul potere di rinvio pregiudiziale, non è altrettanto sicuro che l'incidente costituzionale non possa, in concreto, ritardare o paralizzare la diretta applicazione della Carta nei rapporti orizzontali. Almeno due ipotesi si prospettano nella prassi applicativa: la prima ricorre quando il giudice rileva il contrasto della norma interna con un precetto *self-executing* della Carta (ritenuto tale dalla CGUE), ma rinuncia alla disapplicazione per sollevare incidente costituzionale, così sospendendo la diretta efficacia di quel precetto. La seconda si realizza quando, all'esito del giudizio costituzionale che ha escluso il contrasto della disciplina nazionale con le norme parametro della CDFUE, il giudice resti persuaso dell'esistenza di tale contrasto. In questo caso

---

[14] Si è difatti osservato nel paragrafo precedente come la sent. n. 269 faccia testuale riferimento ad "altri profili".

[15] Con l'ord. n. 3831/2018 della II sez. civ., il giudice della nomofilachia chiedeva di precisare se "il potere del giudice comune di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche, eventualmente, sotto il profilo della conformità alla CDFUE quale norma interposta rispetto agli articoli 11 e 117 Cost.) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale".

[16] Cfr. Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 del *Diritto*.

[17] Come paventato da D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 4 marzo 2019, 235 e L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017,* cit., 31 gennaio 2018, 6.

egli non può, senza interpellare Lussemburgo, disapplicare la norma interna per i medesimi profili già scrutinati dalla Consulta: violerebbe difatti il giudicato costituzionale, che si impone a lui – e a lui solo – anche in presenza di una sentenza di rigetto; e neppure è verosimile che la disapplichi rilevandone il contrasto con *altri profili*, ciò che avrebbe potuto fare, e non ha fatto, prima di sollevare l'incidente costituzionale. Pare perciò inevitabile che, dinanzi al potenziale disallineamento interpretativo fra giudice, Consulta e Corte di giustizia, il giudice rinuncerà ad applicare la Carta per proporre rinvio pregiudiziale. E proprio questo, a ben vedere, è il fine ultimo della svolta in tema di doppia pregiudizialità: scoraggiare il giudice comune dal fare diretta applicazione della Carta, inducendolo a interpellare Corte costituzionale e Corte di giustizia, alternativamente o congiuntamente. È facile prevedere che la stessa Consulta, per non esporsi al rischio di essere sonoramente sconfessata dalla Corte di Lussemburgo, sostituisca il giudice *a quo* o meglio lo anticipi, esperendo rinvio pregiudiziale ogni qual volta intenda rigettare una questione "doppiamente pregiudiziale". Solo giungendo a valle della *preliminary ruling* comunitaria, infatti, il giudice delle leggi potrà senza conflitti allinearsi al *dictum* della Corte di giustizia. Viene qui in rilievo una virtualità di sviluppo della giurisprudenza 269 che non era difficile vaticinare: l'accentramento nella Corte costituzionale delle questioni doppiamente pregiudiziali non comporta necessariamente una riduzione delle ipotesi di rinvio pregiudiziale, se non, ovviamente, nel caso in cui questo resti assorbito dall'accoglimento della *quaestio*[18]. I dubbi interpretativi derivanti dall'intersezione fra contenuti dispositivi della Costituzione e della Carta di Nizza saranno dalla Consulta più frequentemente sottoposti ai giudici di Lussemburgo, non solo per evitare disallineamenti sempre forieri di incertezza e potenziale delegittimazione reciproca, ma anche al fine di disattivare in via preventiva conflitti suscettibili di innescare il ricorso, sempre traumatico, all'arma dei controlimiti.

Il terzo quesito sopra sintetizzato è quello che ha conosciuto lo sviluppo più problematico: dapprima nella sentenza n. 20 del 2019, poi nelle sentenze n. 11 e, implicitamente, n. 44 del 2020, l'applicazione della regola della priorità della pregiudiziale costituzionale si è estesa a fattispecie nelle quali non venivano in gioco violazioni di diritti radicati nella Carta di Nizza, ma in norme di Trattati e di diritto derivato. Nella sentenza n. 20, segnatamente, la Corte ha deciso nel merito una questione proposta in riferimento a numerosi parametri, fra cui, oltre agli artt. 7, 8

---

[18] In queste ipotesi, quand'anche vi fosse la possibilità astratta di proporre rinvio pregiudiziale, la Corte bene fa a decidere nel merito, non essendovi ragione di ritardare la tutela quando essa può essere immediatamente apprestata dalla Corte costituzionale. Per questo profilo non pare da condividere la tesi di chi ritiene che nella sentenza

e 52 della Carta di Nizza, figurava la direttiva n. 95/46/CE in tema di protezione di dati personali, di cui la Corte di giustizia aveva già riconosciuto la diretta applicabilità[19]. Il contrasto, denunciato dal Tar remittente, fra la norma censurata e detta direttiva avrebbe potuto condurre alla disapplicazione della disciplina nazionale anticomunitaria e motivare una declaratoria di inammissibilità della questione per irrilevanza. La Consulta ha invece attratto anche le citate norme UE di diritto derivato nell'orbita del giudizio costituzionale, affermando che esse partecipano "della stessa natura" della Carta per la loro "singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE"[20]. E così, "impadronendosi del caso"[21], ha paralizzato l'efficacia diretta della direttiva privacy, peraltro trasfusa *medio tempore* nel Regolamento 2016/679. La pronuncia, che non ha mancato di sollevare interrogativi critici in dottrina, poteva apparire dettata dall'assoluta peculiarità della fattispecie, in cui le norme della direttiva privacy avevano "costituito 'modello'"[22] per le corrispondenti disposizioni della CDFUE. La tendenza ad estendere lo spazio del giudizio costituzionale ben oltre la sfera della doppia contestuale violazione di Carta e Costituzione, per coinvolgere più in generale il diritto UE, sembra però confermata anche dalle sentenze n. 11 e 44 del 2020. Nella sentenza n. 11 la norma statale che stabilisce l'incompatibilità tra titolarità di un lavoro pubblico o privato e la partecipazione a società di capitali titolari di farmacie era censurata, oltre che in riferimento all'art. 16 della Carta di Nizza, ove si enuncia la libertà di impresa, anche in relazione agli artt. 3 TUE[23] e 49 TFUE[24]. La Corte, nel rigettare l'eccezione di inammissibilità proposta dalla difesa erariale sul presupposto che il Collegio arbitrale remittente avrebbe dovuto applicare direttamente le richiamate disposizioni dei Trattati, ha ritenuto di non potersi esimere dal decidere nel merito, se del caso con una dichiarazione di illegittimità costituzionale, "qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza,

---

[19] Tra le molte, sent. 20 maggio 2003, Österreichischer Rundfunk e altri (cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01); Sent. 9 marzo 2010 (Grande Sezione), Commissione/Germania (C-518/07).

[20] Punto 2.1 del *Diritto*.

[21] Riprendiamo qui un'espressione di G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?* in *questionegiustizia.it* (4 marzo 2019), il quale afferma che la Corte si è "impadronita del 'caso'".

[22] Così testualmente la sent. n. 20 del 2019 nel punto 2.1. del *Diritto*.

[23] L'art. 3 TUE definisce quella europea come una "economia sociale di mercato".

[24] L'art. 49 TFUE tutela la libertà di stabilimento.

ai medesimi diritti tutelati da parametri interni"[25]. Come avveniva, appunto, nella specie. Dinanzi all'evocazione di disposizioni dei Trattati come norme interposte, la Corte ha concluso qui in senso opposto alla sentenza 269, ove aveva dichiarato inammissibili le questioni proposte in riferimento agli artt. 49 e 56 del TFUE, rimproverando al giudice *a quo* di aver "dedotto una violazione non di diritti fondamentali codificati nella CDFUE, ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi", ovvero di libertà radicate in disposizioni dei Trattati delle quali era stata invocata la diretta efficacia. Anche qui, come nell'immediato precedente, la priorità costituzionale in caso di doppia pregiudizialità supera le colonne d'Ercole della Carta dei diritti e si estende sull'intero diritto UE, pur dotato di diretta efficacia.

La sentenza n. 44, seppure in modo meno esplicito, sembra confermare questo nuovo indirizzo. Il giudice *a quo* prospettava l'ipotesi di contrasto fra la legge lombarda che fissa i requisiti per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e la direttiva 2003/109/CE, sullo status dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo[26]. Egli riteneva, tuttavia, di non poter immediatamente disapplicare la norma regionale censurata, disconoscendo alla previsione in discorso il carattere della diretta efficacia e sollevando perciò questione di legittimità costituzionale in riferimento, tra gli altri, anche alla citata direttiva. In sostanza il giudice, nel concorso fra diversi parametri, costituzionali ed 'europei', ha rinunciato a prospettare un rinvio pregiudiziale inteso a chiarire il carattere *self-executing* della direttiva in discorso per "convertire" un'ipotesi di disapplicazione diretta della normativa interna in una questione di costituzionalità. Ha infatti liquidato sbrigativamente il problema della diretta applicabilità della norma europea, limitandosi ad affermare che il precetto da essa recato, pur chiaro e preciso, non sarebbe tuttavia incondizionato, in quanto prevede «la possibilità di un intervento limitativo dello Stato

---

[25] Punto 3.4 del *Diritto*.

[26] In particolare, il giudice a quo riteneva che sussistesse un contrasto fra l'art. 22, comma 1, lettera b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), con l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. La disciplina lombarda stabilisce infatti che i beneficiari degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, fra gli altri requisiti, devono avere quello della «residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda». L'art. 11, par. 1, lett. f) della citata direttiva, al contrario, dispone che «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: [...] f) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio».

membro». Che la valutazione del giudice *a quo* fosse errata non è sfuggito alla dottrina[27], ed è improbabile che sia sfuggito alla Corte; e semmai è da chiedersi se i giudici di Palazzo della Consulta non abbiano inteso spendere alcun argomento sul punto perché nessuna specifica eccezione è stata formulata al riguardo dalle parti del giudizio o se abbiano invece scientemente eluso il problema, che pur avrebbero potuto rilevare d'ufficio, per consolidare l'indirizzo "espansionista" affermato a partire dalla sentenza n. 20 del 2019. Quel che pare certo, in ogni caso, è che, nella concreta applicazione giudiziale, la giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità comincia a mostrare problemi di compatibilità con il presupposto su cui poggiava, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, la dinamica dei rapporti tra diritto interno e diritto UE: il sindacato diffuso di "anticomunitarietà". La Carta di Nizza va infatti attraendo nella sua sfera tutto il diritto UE, primario o derivato, anche se dotato di diretta efficacia, purché sia comunque attuativo di diritti fondamentali, e promette così di moltiplicare i casi di inversione della doppia pregiudizialità in favore della Corte costituzionale.

4. La doppia pregiudizialità oltre la Carta dei diritti e la tensione irrisolta con il principio della diretta disapplicazione della legge interna

L'argine che la Consulta aveva eretto nella sentenza n. 269 per delimitare la portata della "priorità" del giudizio costituzionale rispetto alla pregiudizialità comunitaria mostra segni di cedimento. Era allora sembrato che il ricorso all'incidente costituzionale si imponesse – o almeno si raccomandasse come opportuno – solo quando la norma parametro europea fosse la Carta dei diritti, in ragione del suo contenuto di impronta costituzionale, non anche quando venissero in gioco disposizioni di diritto EU non dotate dello stesso statuto assiologico (ad esempio i Trattati) e meno che mai disposizioni di diritto derivato dotate di efficacia diretta, in quanto tali in grado di prevalere sulle incompatibili disposizioni interne attraverso il comune

---

[27] Secondo C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della 'doppia pregiudiziale'? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consultaonline*, 1 aprile 2020, la conclusione cui giunge il giudice *a quo* è del tutto "erronea perché la circostanza che il diritto alla parità di trattamento del soggiornante di lungo periodo possa essere in qualche misura limitato non significa che la norma non abbia effetto diretto" (come risulta ad es. dalle sent. Corte di Giustizia *Van Duyn* 4 dicembre 1974, C-41/74, § 4-7 del *Diritto*, e *Baumbast*, 17 settembre 2002, C-413/99, § 84-86 e 94). Inoltre, continua l'A., la diretta applicabilità dell'art. 11, par. 1 della direttiva 2003/109/CE era stata enunciata già dalla Corte di giustizia (24 aprile 2012, C-571/109, Kamberaj) relativa alla discriminazione dei soggiornanti di lungo periodo in relazione a sussidi per l'alloggio erogati dalla Provincia autonoma di Bolzano; e dalla stessa Corte di cassazione, in relazione all'assegno per il nucleo familiare (v. da ultimo sent. Cass. sez. lavoro, n. 28745/201910).

sindacato di disapplicazione, tanto da rendere inammissibile la relativa questione di costituzionalità. Nella sentenza n. 269 questo limite era segnato in modo preciso. Sembrava chiaro, in quella pronuncia, che solo la violazione di diritti fondamentali "codificati nella CDFUE" e ad un tempo radicati nella Costituzione italiana avrebbe giustificato l'intervento in prima battuta (il "diritto alla prima parola") della Corte costituzionale. Era già allora rinvenibile, invero, una qualche contraddizione nel limitare il previo ricorso alla Corte costituzionale alle ipotesi in cui venissero in rilievo norme della Carta di Nizza e non anche norme dei Trattati pur quando queste ultime presentassero contenuti sostanzialmente analoghi, se non identici. E tuttavia quella precisazione, pur non granitica nella sua giustificazione logica, poteva allora apparire diretta, in chiave politica, a rassicurare giudici comuni e Corte di giustizia circa il carattere limitato, selettivo dell'innovazione introdotta, da circoscrivere alle ipotesi di concorso fra norme parametro – Costituzione e Carta dei diritti – di eguale caratura costituzionale. Ne risultava, conseguentemente, escluso il ricorso alla questione di costituzionalità quando fosse possibile la diretta applicazione della normativa europea incompatibile con quella interna. Questo sì, infatti, avrebbe rimesso in discussione, in aperta contraddizione con quanto la Corte stessa dichiarava, la giurisprudenza Granital e con essa i due principi "costituzionali"[28] della complessa architettura normativa dell'Unione europea: il primato e la diretta applicabilità.

Solo restando entro gli argini che erano stati in quella pronuncia posti, d'altro canto, l'inversione della doppia pregiudiziale può trovare solide giustificazioni teoriche[29]. Pare, in effetti, evidente che quando concorrono fra loro due Carte dei diritti (Costituzione e Carta di Nizza) di contenuto largamente analogo e di valore giuridico tipicamente costituzionale, diventa difficile conciliare la diretta applicazione della CDFUE, che reca quale suo corollario il sindacato diffuso, con il principio supremo dell'ordinamento repubblicano che affida alla Corte costituzionale la garanzia giurisdizionale dei diritti radicati in Costituzione e con ciò stesso esclude, in principio, la diretta applicazione giudiziale delle norme costituzionali. La funzione di sistema del sindacato accentrato è destabilizzata, inevitabilmente, dalla libera, incondizionata e illimitata diretta efficacia della Carta di Nizza ad opera dei giudici comuni. Appare indubbio, d'altro canto, che il giudice subisca il

---

[28] Come li definisce D. GALLO, *L' efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, 2018, p. 221.

[29] Abbiamo provato a metterle in rilievo in G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 170 ss.

"forte fascino"[30] del potere di disapplicazione e che sia per questo naturalmente portato a riconoscere diretta efficacia al maggior numero di previsioni della Carta, anche a prezzo di qualche forzatura interpretativa, per offrire tutela immediata alle posizioni rappresentate in giudizio; fino talora a riassorbire, strategicamente, vizi di legittimità costituzionale in altrettante ipotesi di incompatibilità con la CDFUE per aggirare il controllo accentrato di costituzionalità. In questa cornice sistemica, è comprensibile, e coerente con la difesa del proprio ruolo istituzionale, che la Corte costituzionale abbia cercato di scongiurare le ipotesi di spiazzamento del giudizio incidentale[31], rivendicando a sé il diritto di "parlare per prima" nelle questioni doppiamente pregiudiziali che attengano a violazioni di diritti radicati nella Costituzione e nella Carta di Nizza.

Con le correzioni di tiro successive alla sentenza n. 269, peraltro, sono venuti meno molti dei problemi di compatibilità con il diritto UE che erano stati sollevati nel dibattito teorico. Chiarito che i giudici comuni hanno la facoltà e non l'obbligo di rivolgersi previamente alla Corte costituzionale; che dunque possono formulare quesiti pregiudiziali senza limitazione alcuna, sia anteriormente sia successivamente (e addirittura contemporaneamente[32]) all'incidente costituzionale, è largamente svanito il timore che venissero a restringersi le vie di accesso del giudice comune alla Corte di Lussemburgo e che la Corte costituzionale volesse "requisire il campo semantico e garantista del Bill of Rights dell'Unione"[33].

Ciò che può semmai destare preoccupazione, in prospettiva, è la forza di attrazione gravitazionale della Carta su tutte le altre norme del diritto UE. Nessun problema per quelle che ne riproducono il contenuto nella sua sostanza precettiva, ma se questa forza attrattiva richiamasse nell'orbita del giudizio costituzionale tutte le norme comunitarie che possono comunque ricondursi, *in apicibus*, a un principio della Carta, le ipotesi di doppia pregiudizialità potrebbero lievitare e con esse aumenterebbero i casi di "sospensione della disapplicazione" giudiziale del diritto anticomunitario. Appare alquanto improbabile, peraltro, che nella prassi giudiziale si stabilizzi la generalizzata preferenza per l'incidente costituzionale rispetto alla

---

[30] R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?* in *www.giustiziainsieme.it* (4 marzo 2019), riconosce il "forte fascino giocato dal potere di disapplicazione" sul giudice.

[31] Di una strategia di "displacement" delle Corti costituzionali messa in opera dalla Corte di Giustizia ragiona J. KOMÁREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, 9 *Eur. Const. L. Rev*. 420 (2013); IDEM, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, 12 *Int'l J.Const.L.* 525 (2014).

[32] Così ha disposto la Corte d'Appello di Napoli, con due ordinanze in pari data (18 settembre 2019).

[33] Così G. BRONZINI, op. cit.

pregiudiziale su norme UE diverse dalla Carta di Nizza, o alla diretta applicazione di una norma di diritto derivato. Tra i diversi commentatori delle sentenze sopra riportate proprio i giudici – e delle più elevate giurisdizioni – si sono mostrati i più attenti a difendere il loro ruolo di agenti nazionali del diritto dell'Unione e i più decisi nel diffidare la Corte costituzionale dal turbare l'idillio della "coppia ideale giudice comune-Corte di giustizia"[34].

Ad uno sguardo d'insieme, in ultima analisi, la giurisprudenza "269" si espone ad una valutazione anfibologica. Il dichiarato obiettivo della Consulta di riacquistare centralità nel sistema integrato di protezione in via pretoria dei diritti fondamentali può dirsi raggiunto. I giudici comuni hanno ripreso a dialogare più intensamente con la Consulta, rivolgendosi ad essa in ipotesi che avrebbero motivato un interpello alla Corte di Lussemburgo, ovvero sollevando contemporaneamente rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale. Non può dirsi ancora pienamente riuscito, al contrario, il tentativo di giungere a questo esito senza compromettere l'*acquis communautaire*, e segnatamente senza intaccare la "regola aurea" della disapplicazione della legge nazionale anticomunitaria.

---

[34] R. CONTI, op. cit., secondo il quale la Corte avrebbe "attaccato *ab externo*" la "coppia ideale" giudice comune-Corte di giustizia".

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale (e non solo)*

GIOVANNI AVERSENTE**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 246 del 2 dicembre 2019. Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0246s-19.html.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il principio di continuità e il governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale. – 3. Il potere della Corte di "graduare" gli effetti alla luce della sentenza n. 246 del 2019. – 4. Le problematiche conseguenti al governo degli effetti temporali nel nostro ordinamento.

Data della pubblicazione sul sito: 14 maggio 2020

Suggerimento di citazione

G. AVERSENTE, *La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale (e non solo)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Dottore in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Firenze.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Introduzione

Con sentenza n. 246 del 2019, la Corte costituzionale accoglie la questione di legittimità costituzionale, sollevata in via principale dalle Regioni Umbria e Marche, dell'art. 37 del d.l. n. 109 del 2018 convertito nella l. n. 130 del 2018, nella parte in cui prevedeva che le ordinanze e le priorità degli interventi del commissario straordinario, nominato nel 2016 dal Governo per far fronte agli eventi sismici nell'Italia centrale, fossero adottate "sentiti" i Presidenti delle Regioni interessate, anziché "previa intesa" con gli stessi. La Corte costituzionale riconosce un «ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle Regioni interessate, titolari di potestà legislativa concorrente», tale da ledere il principio di leale collaborazione e gli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma Cost.

L'illegittimità costituzionale, così accertata, viene dichiarata «nei limiti di cui in motivazione», all'interno della quale i giudici costituzionali sottolineano la necessaria modulazione temporale degli effetti della pronuncia, sul presupposto che «l'esigenza contingente ed eccezionale – in quanto derivante da una calamità con connotazione di situazione di emergenza nazionale – di continuità dell'azione del commissario straordinario è rilevante sul piano costituzionale (art. 97 Cost.) e comporta la necessaria salvezza degli atti di quest'ultimo, per i quali sia intervenuto, nella vigenza (e in osservanza) della disposizione censurata, il parere favorevole dei (e non già l'intesa con i) Presidenti delle Regioni interessate»[1]. L'efficacia retroattiva della pronuncia rischierebbe di incidere «negativamente sull'azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita», rappresentando un fattore di ritardo nella ricostruzione e nella rimozione dei danni degli eventi sismici.

Infatti, la pronuncia rievoca la sentenza n. 10 del 2015, laddove richiama esplicitamente l'esigenza di bilanciare la regola generale della retroattività con altri valori e principi costituzionali, che, in ipotesi, risulterebbero gravemente in sofferenza se gli effetti retroagissero alla data di efficacia della normativa censurata: pertanto, la Corte costituzionale individua nell'esigenza, contingente ed eccezionale, di continuità dell'azione del commissario straordinario un limite all'efficacia retroattiva della propria sentenza.

In questo commento, si darà conto di alcuni aspetti di novità che la sentenza apporta con riguardo, non solo, al giudizio in via principale, ma, anche, al potere della Corte costituzionale di modulare la portata delle proprie pronunce di accoglimento. La pronuncia, in ultima analisi, riaccende il dibattito sulla possibilità di

---

[1] Punto 10 del *Cons. in dir.*

esercitare questo potere per mano della Corte e le problematiche che questo comporta all'interno del nostro ordinamento.

2. Il principio di continuità e il governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale

Nella sentenza in commento, i giudici costituzionali effettuano il bilanciamento tra la regola generale della retroattività delle sentenze di accoglimento e il principio di continuità, che non rappresenta una novità all'interno del giudizio in via principale.

La Corte costituzionale ha già graduato gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento, con un filone giurisprudenziale inaugurato a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione, richiamando proprio il principio di continuità.

In queste pronunce, l'uso della continuità viene effettuato in funzione "conservativa"[2] al fine di garantire la tutela dei diritti costituzionali delle persone ed evitare la creazione di vuoti normativi all'interno dell'ordinamento. Difatti, per la Corte, questo principio non sembra essere idoneo ad imporsi "di per sé" sul contrapposto interesse al rispetto delle norme sulla competenza, ma solo nella misura in cui si pone in funzione strumentale alla tutela di ben determinati diritti individuali[3].

Il primo esempio può essere offerto dalla sentenza n. 370 del 2003, nella quale la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità di un fondo statale per gli asili-nido, per violazione del riparto di competenze, dà rilievo alla particolare rilevanza sociale del servizio, «relativo a prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, [che] comporta peraltro che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti»[4]. La salvezza di questi atti attribuiva, quindi, un'efficacia soltanto *pro futuro* alla dichiarazione di incostituzionalità.

I giudici costituzionali precisano espressamente la preoccupazione di evitare effetti ancor più incompatibili con la Costituzione nella successiva sentenza n. 13 del 2004, nella quale individuano un'esigenza di continuità non più normativa, secondo cui, nell'avvicendamento delle attribuzioni tra Stato e regioni, le previgenti

---

[2] E. LONGO – G. MOBILIO, *L'argomentazione sui diritti nel giudizio costituzionale in via principale. Spunti di riflessione alla luce di alcuni importanti indirizzi giurisprudenziali,* in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma,* Milano, vol. II, 2012, 475.

[3] Queste considerazioni in F. DAL CANTO – E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale,* in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002 – 2004),* Torino, 2005, 250.

[4] Sent. n 370 del 2003, punto 7 del *Cons. in dir.* L'incostituzionalità riguardava alcune disposizioni della legge finanziaria per il 2002 (l. n 448 del 2001).

norme statali continuavano a vigere «nonostante il mutato assetto delle attribuzioni fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza»[5], ma, più precisamente, «istituzionale, giacché soprattutto nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali». I giudici costituzionali, con l'intento di tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico, dichiarano l'incostituzionalità della norma sull'organizzazione scolastica nella parte in cui non prevedeva la cessazione della sua operatività fino a quando le regioni si fossero dotate di una disciplina "idonea" in materia. In tal caso, formalmente, la Corte non rinviava nel tempo l'entrata in vigore degli effetti della sentenza, ma, operando sul contenuto dell'annullamento in maniera del tutto inedita, perseguiva lo stesso risultato dell'annullamento «differito»[6], posticipando l'effetto ad un intervento successivo ed incerto delle regioni[7]. D'altro canto, la sentenza n. 13 del 2004 sembrava superare anche quelle difficoltà cui vanno incontro le sentenze additive di principio nel giudizio in via principale[8], dato che la loro caratteristica portata additiva sarebbe priva di immediata applicazione e rivolta al solo legislatore, comportando la caducazione della disposizione, in assenza di un suo intervento[9].

---

[5] Sent. n. 13 del 2004, punto 4 del *Cons. in dir.* L'esigenza di continuità normativa era già emersa, infatti, in alcune pronunce emanate a seguito dell'avvicendamento delle funzioni amministrative (sent. n. 13 del 1974 e ord. n. 269 del 1974) e della riforma costituzionale del Titolo V sul riparto delle competenze (*ex multis* sent. 376 del 2002 e ord. n. 383 del 2004).

[6] A. CELOTTO – G. D'ALESSANDRO, *Sentenze additive ad efficacia transitoria e nuove esigenze del giudizio in via principale*, in *Giur. Cost*., 2004, 231-233. Un'altra "inedita" pronuncia può esser vista nella sent. n. 196 del 2004, nella quale si dichiara l'incostituzionalità della disciplina statale sul condono edilizio nella parte in cui non stabiliva la fissazione di un termine congruo, da parte del legislatore statale, entro cui una regione o una provincia autonoma avrebbe dovuto legiferare, precisando che, in caso di inadempimento di queste ultime, avrebbe trovato nuovamente applicazione la normativa statale incostituzionale, delineando, così, una «dichiarazione di costituzionalità eventuale pro-futuro» (così definita da G. MORBIDELLI, *Il controllo edilizio secondo la Corte costituzionale; non è tutto incostituzionale, ma è tutto (o quasi) da riscrivere*, in www.giustamm.it, n. 6/2004).

[7] F. DAL CANTO – E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale,* cit., 247.

[8] Come nota G. TARLI BARBIERI, *I rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale,* in E. BETTINELLI – F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale,* Torino, 2004, 242.

[9] A. ANZON, *L'additiva di principio nei giudizi in via principale,* in *Giur. cost,* 1993, 891. Di queste difficoltà, nel giudizio in via principale, v. *infra* par. 4.

Il principio di continuità, come strumentale a garantire la tutela dei diritti e a graduare gli effetti delle sentenze, viene evocato in altre successive pronunce[10], sino ad emergere in sentenze più recenti: nelle pronunce nn. 71 e 74 del 2018, la Corte, pur dichiarando l'incostituzionalità della norma impugnata, afferma che questa non produce «effetti sui procedimenti in corso», qualora questi possano incidere variamente sui «diritti costituzionali delle persone (si pensi per esempio agli interventi antisismici nelle scuole o all'eliminazione delle barriere architettoniche)»[11].

Queste pronunce, secondo l'allora Presidente della Corte costituzionale Onida[12] hanno adottato soluzioni «(anche talora limitando gli effetti delle pronunce di incostituzionalità) [che] possono certo essere discusse e criticate, ma non si dovrebbe mai trascurare il contesto in cui esse si collocano»; un contesto che, per lo meno nelle pronunce subito successive alla riforma del Titolo V, imponeva l'individuazione «con sufficiente precisione e realismo [de]i percorsi necessari e possibili per passare dall'assetto preesistente a quello nuovo prefigurato», dando «conto della realtà di un ordinamento che non può conoscere interruzioni e vuoti, anzitutto nella tutela dei diritti delle persone e nella stessa continuità degli apparati e dell'azione amministrativa».

La sentenza n. 246 del 2019 sembra inserirsi all'interno di questo percorso giurisprudenziale, segnandone un ulteriore sviluppo.

Nei giudici costituzionali, a parere di chi scrive, è presente la preoccupazione di tutelare i diritti, attraverso la tempestiva ricostruzione e rimozione dei danni cagionati dagli eventi sismici, i quali possono porsi ad ostacolo per l'esercizio stesso dei diritti costituzionali delle persone: la portata retroattiva della dichiarazione di

---

[10] V. sentt. nn. 423 del 2004 e 50 del 2008; emerge, "in negativo", anche dalle sentt. nn. 16 e 49 del 2004, nelle quali si accertava che la caducazione delle norme impugnate non comportava «diretto e immediato pregiudizio per i diritti delle persone» e non sussistevano, di conseguenza, ragioni di ordine costituzionale che si opponevano «ad una dichiarazione di incostituzionalità in *toto*» (sent. n. 16 del 2004, punto 6 del *Cons.. in dir.* e sent. n 49 del 2004, punto 3 del *Cons. in dir.*). In altri casi, la Corte ha adottato sentenze interpretative di rigetto, riconoscendo l'incostituzionalità della norma statale impugnata, ma "salvandola" fino all'intervento delle Regioni, al fine di non incidere sui diritti delle persone (sentt. nn 50 e 384 del 2005, per entrambe cfr. M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale,* in R. BALDUZZI - P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi,* Torino, 2007, 256 ss.; s. v. anche le sentt. nn 10 e 121 del 2010): queste sentenze possono anche essere definite di «costituzionalità provvisoria».

[11] Sent. n. 74 del 2018, punto 3 del *Cons. in dir.* e, in senso conforme, sent. n. 71 del 2018, punto 4 del *Cons in dir.*

[12] V. ONIDA, *La giustizia costituzionale nel 2004*, consultato in *www.issirfa.cnr.it.*

incostituzionalità, al tal fine, avrebbe rappresentato un «fattore di ritardo» e inciso «negativamente sull'azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita»[13]. La Corte costituzionale, quindi, richiama l'esigenza contingente ed eccezionale di continuità dell'azione amministrativa del commissario straordinario come limite alla retroattività della sentenza, utilizzando il principio di continuità, anche in questa pronuncia, in funzione strumentale alla tutela dei diritti costituzionali a conferma che la garanzia di quest'ultimi continua ad essere uno degli argomenti principali attraverso il quale i giudici costituzionali "graduano" le proprie decisioni[14], nel giudizio in via principale.

La continuità dell'azione amministrativa, poi, che per la Corte è rilevante sul piano costituzionale *ex* art. 97 Cost., sembra rappresentare un'ulteriore specificazione dell'esigenza di continuità a cui, finora, i giudici costituzionali si sono richiamati per limitare la retroattività delle sentenze. Come visto, la Corte ha coniugato questo principio nella sua accezione «istituzionale» nella sentenza n. 13 del 2004, poi ripresa da altre successive pronunce, secondo cui «l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia di diritti fondamentali». A ben vedere, l'intenzione di tutelare l'art. 97 Cost. sembrava già essere presente in questa pronuncia e nelle parole dell'allora Presidente della Corte: il riferimento all'esigenza di garantire la continuità degli *apparati* e dell'*azione amministrativa* rimandava alla garanzia del principio del buon andamento dell'amministrazione[15], richiamato dall'art. 97 Cost., il quale, in ipotesi, avrebbe potuto subire una grave sofferenza dall'applicazione retroattiva della pronuncia di accoglimento.

La sentenza n. 246 del 2019, pur evocando la continuità, prende però in considerazione una realtà e un contesto diversi da quelli analizzati nella giurisprudenza precedente. Difatti, la Corte fa riferimento all'esigenza «contingente ed eccezionale in quanto derivante da una calamità con connotazione di situazione di emergenza nazionale», quale quella conseguente agli eventi sismici del 2016 e del 2017 nell'Italia centrale, come situazione necessaria per garantire la salvezza degli atti amministrativi del commissario straordinario.

---

[13] Sent. n. 246 del 2019, punto 10 del *Cons. in dir.*

[14] E. LONGO – G. MOBILIO, *L'argomentazione sui diritti nel giudizio costituzionale in via principale. Spunti di riflessione alla luce di alcuni importanti indirizzi giurisprudenziali,* cit., 474.

[15] Nei suoi significati, principalmente, di "buona efficacia", secondo cui l'amministrazione «deve riuscire effettivamente a raggiungere gli obiettivi» e di "buona efficienza", secondo cui l'amministrazione «deve essere organizzata ed agire in modo tale da raggiungere gli obiettivi perseguiti impiegando la minima quantità di risorse possibile» (virgolettato in D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione,* Milano, 2014, 69).

Ma, la novità più rilevante, che la pronuncia comporta proprio nel giudizio in via principale, attiene alla dichiarazione *esplicita* del potere di graduare gli effetti temporali ad opera della Corte.

Così come emerge dall'analisi dei precedenti casi, nella pronuncia in commento, la Corte costituzionale afferma, per la prima volta ed espressamente, il proprio potere di modulare gli effetti retroattivi di una sentenza di accoglimento, in un giudizio che risolve una questione proposta in via principale. In tutte le sentenze limitative della retroattività non emergeva una dichiarazione espressa del potere di "gestire" gli effetti nel tempo. Anzi, come visto, in passato la Corte raggiungeva lo stesso risultato dichiarando *sic et simpliciter* la salvezza dei procedimenti di spesa in corso, seppur non ancora esauriti, per garantire i diritti costituzionali delle persone, arrivando a ideare, anche, delle tecniche del tutto nuove nel panorama giurisprudenziale[16]. Anche quando la Corte ha dichiarato esplicitamente la produzione degli effetti «a far data dalla pubblicazione della sentenza», lo ha fatto richiamandosi alla «naturale conseguenza della specificità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni», avuto riguardo dell'«inscindibile connessione tra il principio dell'equilibrio dinamico del bilancio ed il carattere di continuità degli esercizi finanziari»[17], senza mai riferirsi ad un proprio potere di modulazione dell'efficacia temporale delle sue sentenze[18].

I giudici costituzionali, invece, nella sentenza n. 246 del 2019, richiamano in motivazione la pronuncia n. 10 del 2015 e la necessità di effettuare il bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, «i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata»[19]: questa pronuncia, insomma,

---

[16] V. *supra* la già citata sent. n. 13 del 2004 e la sent. n. 196 del 2004 (per quest'ultima, v. nota 5).

[17] Sent. n. 188 del 2016, punto 7 del *Cons. in dir.,* così come richiesto, anche, dalla stessa regione ricorrente «consapevole della complessità della situazione finanziaria»; la sentenza dichiarava l'incostituzionalità del meccanismo dell'accantonamento, così come previsto nella l. n. 147 del 2013.

[18] Come una dottrina aveva, invece, auspicato: G. SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità "cautelare"*, in *Giur. Cost*, 2016, fasc. 6, p. 2228, con riferimento alla sentenza n. 251 del 2016, che dichiarava l'incostituzionalità di una parte della "Delega Madia" per la riforma della P.A (l. n. 124 del 2015), ipotizzava che in «astratto la Corte avrebbe potuto disporre degli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità — come ha ritenuto di essere in potere di fare a partire dalla sent. n. 10 del 2015 — per meglio calibrare le ricadute della pronuncia sul tessuto ordinamentale».

[19] Sent. n. 246 del 2019, punto 9 del *Cons. in dir.*

rappresenta, per il giudizio in via principale, quella "storica" novità che la sentenza n. 10 del 2015 ha rappresentato per il giudizio in via incidentale.

3. Il potere della Corte di "graduare" gli effetti alla luce della sentenza n. 246 del 2019

La sentenza n. 246 del 2019 merita di essere segnalata, inoltre, per la conferma e, al tempo stesso, l'innovazione che apporta sul versante del potere dei giudici costituzionali di modulare gli effetti nel tempo e, quindi, nell'attività di bilanciamento tra principi e valori da ponderare col normale effetto retroattivo delle pronunce di incostituzionalità.

Come noto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 10 del 2015, afferma che «solo essa» ha il potere di individuare ulteriori limiti alla retroattività delle sue sentenze e di «modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale», in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro. Muovendo da queste premesse, il Giudice delle leggi, come noto, ha dichiarato l'incostituzionalità soltanto pro futuro della normativa tributaria, prevista nel d.l. n. 112 del 2008 (cd. Robin Tax) e gravante su determinati operatori dei settori energetico, petrolifero e del gas. La portata retroattiva della pronuncia, secondo i giudici costituzionali, avrebbe determinato «anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.» e un impatto così forte da «implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva», oltre che «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost»20, se si fosse proceduto alla restituzione dei tributi già versati. Ragion per cui, la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime, dal solo giorno della pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, risultava «costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco».

Per la prima volta, quindi, la Corte costituzionale riconosce a sé stessa, e in modo esplicito, il potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento, bilanciando il principio generale della retroattività con l'altro principio e valore costituzionale, individuato nell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.).

Proprio questo principio sembrava circoscrivere l'ambito di applicazione del potere di modulazione degli effetti retroattivi di una dichiarazione di incostituzionalità. Secondo alcuni, anzi, l'art. 81 Cost. sembrava «assurgere a supernorma, capace di modellare le relazioni giuridiche e le procedure costituzionali»21; una

---

[20] Virgolettato in C. cost., punto 8 del *Cons. in dir.*

[21] G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 189-190 e più precisamente 249-250.

considerazione che sembrava trovare conferma nella successiva sentenza n. 188 del 2016, adottata proprio in un giudizio promosso in via principale (già citata supra), che si preoccupava degli effetti prodotti dalla norma censurata sulla finanza regionale: il superamento del principio della retroattività delle sentenze di accoglimento, insomma, sembrava avere una ratio specifica22, almeno fino a quel momento.

La sentenza n. 246 del 2019, proprio sotto questo aspetto, conferma e innova, allo stesso tempo, il potere di modulare gli effetti retroattivi della sentenza di incostituzionalità.

Anche in questa pronuncia, la Corte scorge la «necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti», richiamando esplicitamente la sentenza n. 10 del 2015, e «l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata»23.

Il richiamo alla sentenza del 2015 e all'esigenza di limitare la portata retroattiva della propria sentenza è la conferma che l'individuazione dei limiti alla retroattività è un'operazione che la Corte costituzionale e «solo essa» è in potere di fare. Dopo quattro anni, dunque, i giudici costituzionali tornano a limitare la portata di una propria pronuncia, richiamando, direttamente in motivazione, il proprio potere di effettuare il bilanciamento tra la retroattività degli effetti di una dichiarazione d'incostituzionalità ed altri principi e valori costituzionali.

Se, dal punto di vista dell'esistenza del potere di modulare gli effetti, la sentenza in commento si pone in un rapporto di continuità con la recente giurisprudenza, la stessa mostra aspetti di novità non meno rilevanti.

La pronuncia n. 246 del 2019, difatti, rompe la ratio specifica, già messa in crisi con le sentenze nn. 71 e 74 del 2018, che giustificava il superamento della retroattività delle sentenze, introducendo nel bilanciamento un valore diverso dal principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.): la Corte costituzionale richiama l'esigenza di garantire continuità dell'azione del commissario straordinario (art. 97 Cost.) come un valore o principio costituzionale, che eccezionalmente potrebbe risultare in grave sofferenza ove gli effetti retroattivi risalissero fino alla data di efficacia della normativa censurata. I giudici, infatti, dispongono la «salvezza degli effetti utili dell'azione amministrativa già posta in essere», pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita.

Questa pronuncia rappresenta una chiara risposta al quesito posto da chi, pur individuando quella ratio specifica della limitazione pro futuro degli effetti della

---

[22] G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 190.

[23] Sent. n. 246 del 2019, punto 9 del *Cons. in dir.*

dichiarazione di incostituzionalità, si chiedeva: «quante altre volte e in quali altri casi la Corte si riterrà libera di allargarne la portata ad altre situazioni?»24.

A ben vedere, le ipotesi in cui la Corte ha esercitato, in modo esplicito, il suo potere di graduare gli effetti temporali condividono un comune ambito applicativo: tanto nella sentenza n. 10 del 2015 che nella pronuncia qui in commento, il Giudice delle leggi ha limitato la retroattività richiamandosi a situazioni del tutto peculiari, che, per la loro eccezionalità, hanno richiesto la produzione soltanto pro futuro degli effetti. Nella sentenza n. 10 del 2015, i giudici costituzionali facevano riferimento, infatti, all'impossibilità «di distinguere ed esonerare dalla restituzione» coloro che avevano traslato gli oneri dichiarati incostituzionali e, pertanto, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale dovevano decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, per «ragioni di stretta necessità»25; allo stesso modo, la sentenza n. 246 del 2019 individua una «esigenza contingente ed eccezionale» di continuità dell'azione del commissario straordinario, «in quanto derivante da una calamità con connotazione di situazione di emergenza nazionale»26.

L'esigenza di bilanciare la retroattività della sentenza con altri principi e valori costituzionali si presenta eccezionalmente in entrambe le ipotesi, confermando la necessità, sottolineata nella sentenza n. 10 del 2015, che gli interventi «che regolano gli effetti temporali della decisione devono essere vagliati alla luce del principio di stretta proporzionalità» ed essere «rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali […] e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco»27.

La sentenza n. 246 del 2019 si inserisce proprio all'interno di questo schema, nel quale situazioni «eccezionali» possono porsi come limite alla «generale» regola della retroattività delle sentenze di accoglimento.

---

[24] G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 190.

[25] Sent. n. 10 del 2015, punto 8 del *Cons. in dir.*

[26] Sent. n. 246 del 2019, punto 10 del *Cons in dir.*

[27] Sent. n. 10 del 2015, punto 7 del *Cons. in dir.*

4. Le problematiche conseguenti al governo degli effetti temporali nel nostro ordinamento.

La tematica degli effetti temporali, nel nostro ordinamento, non trova una specifica disciplina[28]. Come noto, le uniche disposizioni, che accennano agli effetti delle sentenze di incostituzionalità, sono rintracciabili nell'art. 136 Cost., secondo cui la norma incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», e nell'art. 30 della l. n. 87 del 1953, secondo il quale «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Ma, la regola generale della retroattività delle sentenze di accoglimento era già stata riconosciuta pacificamente dalla stessa Corte nelle sue pronunce, anche più risalenti[29], fino a trovare conferma nella sentenza in commento, laddove parla di «naturale retroattività degli effetti»[30].

La sentenza n. 246 del 2019, che, come si è visto, pone una deroga alla portata pro praeterito degli effetti, riapre alcune teoriche questioni legate al cd. "governo" degli effetti temporali, ma con un'avvertenza, ovvero che, alla pronuncia in commento, non si estende la problematica della violazione del nesso della pregiudizialità costituzionale, che emerge con riferimento al giudizio in via incidentale, il quale, come ovvio, non si pone in questa pronuncia, risolutiva di una questione proposta, invece, in via principale.

Proprio la struttura del giudizio in via d'azione, però, potrebbe porre un ulteriore rischio legato alla modulazione degli effetti temporali. La Corte costituzionale, in questa sede, è chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento di una competenza allo Stato o alla regione, il cui esercizio concreto è rimesso poi alla discrezionalità di quest'ultimi. Si è pertanto posta in luce «l'anomalia»31 dell'utilizzo, nel giudizio in via d'azione, della tecnica delle sentenze additive di principio, inserite tra gli strumenti per graduare gli effetti temporali32, il cui principio enunciato in sentenza rimarrebbe privo di efficacia, in assenza di un giudice capace di concretizzarlo: come già ricordato sopra, il principio sarebbe rivolto al solo legislatore,

---

[28] A differenza di quanto accade in altre esperienze (*ex multis* AA. VV., in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità,* Corte costituzionale. Servizi Studi, 2017).

[29] V., *ex multis,* sentt. nn. 127 del 1966, 58 del 1967, 49 del 1970, 139 del 1983.

[30] Sent. n. 246 del 2019, punto 8 del *Cons. in dir.*

[31] E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale,* in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001),* Torino, 2002, 149.

[32] M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge,* Padova, 2000, p. 262, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità,* Milano, 1993, p. 215.

comportando, in assenza di un suo intervento, la caducatoria della disposizione[33], con tutti i rischi conseguenti legati alla tutela dei diritti[34], che potrebbe conoscere una garanzia frazionata all'interno del territorio nazionale, laddove la Corte rivolga il suo principio alla futura determinazione da parte delle singole regioni.

A parte questo aspetto, alla pronuncia n. 246 del 2019 deve estendersi il dibattito dottrinale sviluppatosi a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, innescato dalle prime sentenze manipolative degli effetti della Corte costituzionale[35] e le questioni teoriche emerse a seguito dell'emanazione della sentenza n. 10 del 2015[36]. La pronuncia in commento, infatti, ripropone l'importante dibattito connesso alla mancata previsione, nel nostro ordinamento, del potere di modulare gli effetti temporali di una sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità, ponendo, anzi, un problema di compatibilità con gli artt. 136 Cost. e 30 della l. n. 87 del 1953. La Corte costituzionale, tuttavia, ha affermato che la graduazione degli effetti deve «ritenersi coerente con i principi della Carta costituzionale», poiché, «così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo»[37]. Tutto ciò, sottolinea la Corte, «indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano conferito tali poteri al giudice delle leggi»[38].

I giudici costituzionali, finora, hanno limitato l'esercizio del potere di modulazione temporale ai casi «eccezionali» e di «stretta necessità», come si è già sopra sottolineato.

Se, da un lato, la Corte si intesta il potere esclusivo di manipolare gli effetti delle proprie sentenze, dall'altro, non può non segnalarsi la difficoltà di individuare le situazioni che presentano le caratteristiche di contingenza e di eccezionalità, tali da

---

[33] V. dottrina in nota 9.

[34] G. TARLI BARBIERI, *I rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale,* cit., 242. Si v. E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 191 in cui si legge che, però, la concreta efficacia di tali pronunce dipende dal tipo di principio espresso (determinabile o meno) e dalla situazione normativa in cui esso deve operare, piuttosto che dal carattere incidentale o principale del giudizio.

[35] AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

[36] *Ex multis* AA. VV., *in Quad. cost.*, fasc. 3, 2015.

[37] Sent. n. 10 del 2015, punto 7 del *Cons. in dir.*

[38] Sent. n. 10 del 2015, punto 7 del *Cons. in dir.*

limitare nel futuro la portata di una declaratoria di incostituzionalità. Se «la naturale retroattività degli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale non è senza eccezioni»39, è anche vero che la Corte costituzionale sarebbe pur sempre libera di riconoscere o di non riconoscere, ad ulteriori casi, l'esistenza del carattere di «eccezione»: si porrebbe la questione, cioè, di come e quando individuare una situazione eccezionale. Questo rischio non è rimasto soltanto astratto: talora, i giudici costituzionali si sono esposti ad alcune critiche da parte di chi ha notato una discontinuità, nella giurisprudenza successiva alla pronuncia n. 10 del 2015, sul peso attribuito al principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), come valore da ponderare con la regola generale della retroattività degli effetti40.

L'attivismo della Corte, dovuto forse all'inadeguatezza degli strumenti decisori a disposizione, espone la stessa a delle critiche di non poco conto. Difatti, proprio le decisioni con le quali la Corte ha inciso sull'efficacia nel tempo delle sentenze hanno reso maggiormente discrezionale la sua attività41, ponendola al punto di snodo di decisioni politiche42.

D'altro canto, i giudici costituzionali hanno sempre agito al fine di evitare situazioni di maggiore incostituzionalità, senza che gli esiti del loro giudizio potessero risultare ancor più pregiudizievoli per l'ordinamento43, attraverso la fondamentale attività di ponderazione dei diversi valori costituzionali.

---

[39] Sent. n. 246 del 2019, punto 8 del *Cons. in dir.*

[40] *Ex multis* A. ANZON, *Un'inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Quad. cost*., fasc. 3, 2015, secondo cui la Corte avrebbe sconfessato la sent. n. 10 del 2015 con la successiva sent. n. 70 dello stesso anno.

[41] R. ROMBOLI, *Prefazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta. Atti del seminario di Pisa (5 maggio 1990)*, Torino, 1990, 7. Più di recente A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei,* in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale*, Torino, 2017, 120.

[42] B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»,* in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta. Atti del seminario di Pisa (5 maggio 1990)*, Torino, 1990, 46. Più di recente, anche, A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica,* in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale*, Torino, 2017, 104.

[43] F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema,* in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere,* Milano, 1989, 15.

La motivazione della sentenza, in tal senso, assume un valore ancora più significativo, poiché «le pronunce attraverso le quali la Corte procede ad un'opera di bilanciamento tra i diversi principi o interessi presenti nella Costituzione, contemporaneamente coinvolti, ma non congiuntamente realizzabili», devono essere sempre «motivate in maniera chiara e diffusa»44.

La Corte costituzionale è riuscita in ogni caso ad adempiere a quest'obbligo, facendo emerge quella funzione giurisdizionale che contraddistingue la sua natura di "giudice", specie quando si è trattato di tutelare i diritti delle persone, che avrebbero potuto subire una grave sofferenza in ragione della portata retroattiva della pronuncia, così come è avvenuto con la sentenza n. 246 del 2019, riaprendo la questione sulla tematica degli effetti temporali, oggetto ancora di discussione e tutt'altro che risolta45.

---

[44] E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 148.

[45] Cfr., da ultimo, R. PINARDI, *Incostituzionalità «sopravvenuta» vs. manipolazione degli effetti: alcune precisazioni terminologiche e concettuali (sent. n. 246/19),* in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2020, che, a commento della stessa sent. n. 246 del 2019, esprime «dubbi, e di non piccolo spessore» sulla legittimità della manipolazione degli effetti.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le intese Stato-Regioni tra volontà politica e decisione amministrativa*

FULVIO CORTESE**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 224 dell'8 ottobre 2019. Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0224s-19.html.

Data della pubblicazione sul sito: 14 maggio 2020

Suggerimento di citazione
F. CORTESE, *Le intese Stato-Regioni tra volontà politica e decisione amministrativa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Trento. Indirizzo mail: fulvio.cortese@unitn.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. La fattispecie affrontata dalla Corte costituzionale nel conflitto di attribuzioni deciso con la sentenza in commento consente di svolgere alcune annotazioni, sia di carattere puntuale, sia di prospettiva più generale. Ciò dipende dalla ragione che si tratta di una fattispecie che attraversa problemi, discipline e principi diversi, e che, al contempo, è nata e si è ulteriormente sviluppata anche al di là dell'orbita del giudice costituzionale.

Non si deve sottovalutare nemmeno la circostanza che il caso *de quo*, in fondo, rappresenta anche una vicenda *tipologicamente* ben nota, e per certi versi fonte di ricorrenti imbarazzi istituzionali, che ha dato periodicamente luogo a dibattiti e a proposte ricostruttive della più diversa natura, pur restando tuttora irrisolte le questioni, anche assai pratiche, che vi sono sottese.

Alla base, infatti, c'è una *vecchia storia*, capace di agitare sempre *tempeste perfette*, che si svolgono secondo un copione pressoché costante: un soggetto – talvolta privato, come nella presente ipotesi, talaltra pubblico, come in altre occasioni – si propone di realizzare un'attività che una specifica comunità territoriale considera particolarmente invasiva o, comunque, non corrispondente agli indirizzi politici dello sviluppo e della vita socio-economica locale; il regime normativo di tale attività è ibrido, essendo strutturalmente caratterizzato dalla pertinenza a diversi livelli di governo degli interessi attorno a cui ruota quella attività; si apre così un conflitto tra il promotore e la comunità che si percepisce aggredita, la quale, specie se titolare di funzioni concretamente capaci di incidere sulle procedure che possono condizionarne lo svolgimento, si frappone con determinazione all'attività proposta; e si finisce, così, al *braccio di ferro*, nel quale non solo gli animatori del conflitto percorrono ogni possibile via – amministrativa, giurisdizionale, politica – per affermare la prevalenza effettiva della propria posizione, ma sono anche gli interessi giuridici correlati alle rispettive posizioni a trovarsi improvvisamente oscillanti tra un criterio di valutazione potenzialmente razionalizzante e un criterio di decisione puramente volontaristico.

Naturalmente il copione ha variazioni significative, spesso essenziali. Questa volta l'intrico si colora di uno scontro molto articolato, che ha visto coinvolti la Regione Basilicata, un Comune, il Ministero dello Sviluppo Economico, il giudice amministrativo, in primo e in secondo grado, e per giunta a più riprese, nonché la Corte di cassazione. E questo scontro non è ancora finito.

2. Alla Corte costituzionale giunge solo una specifica fase del conflitto, quella che oppone la Regione al Consiglio di Stato: la prima, infatti, si duole che il secondo, pronunciandosi in via definitiva sull'illegittimità del diniego regionale dell'intesa *forte* prevista dalla vigente disciplina nazionale per il rilascio di un permesso di ricerca di idrocarburi liquidi e gassosi, avrebbe statuito in carenza assoluta di giurisdizione o, quanto meno, si sarebbe erroneamente spinto – quale organo dello Stato – a sindacare in modo del tutto improprio un atto di natura eminentemente

politica, invadendo dunque le prerogative costituzionali della Regione e violando il principio di leale collaborazione[1].

Secondo la Regione, in particolare, se l'intesa è forte, lo scioglimento della decisione, cui l'intesa medesima è necessariamente prodromica, non può che seguire, per quanto concerne lo Stato, la via di «serie e reiterate trattative, con l'impiego di specifici strumenti di mediazione, ai quali possono aggiungersi ulteriori garanzie della bilateralità, come la partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento statale»[2].

Per questa prospettazione, in nessun caso, dunque, lo Stato potrebbe superare l'eventuale dissenso regionale con un'immediata azione unilaterale; neanche se questa consistesse in una pronuncia del giudice amministrativo investito del sindacato di legittimità dell'atto di dissenso impugnato dal privato interessato. Un tale sindacato, segnatamente, sarebbe del tutto fuori campo, poiché esso finirebbe per incidere su ambiti di valutazione discrezionale riservati all'amministrazione regionale, in quanto espressivi di un indirizzo politico specifico, tradottosi anche in precise scelte di carattere socioeconomico.

Sempre secondo la Regione, del resto, l'atto regionale formato sulla base di queste considerazioni sarebbe solo un atto meramente endoprocedimentale, pertanto non direttamente impugnabile, e tale condizione non porrebbe il privato proponente in una situazione di denegata giustizia, perché resterebbe sempre aperta la via dell'impugnazione del provvedimento finale. Di più: anche ad ammettere un sindacato giurisdizionale, esso non potrebbe mai spingersi, come ha fatto viceversa il Consiglio di Stato, ad affermare il carattere meramente aprioristico, non sufficientemente istruito o motivato, dell'atto di dissenso regionale, poiché esso si sarebbe basato proprio sulla ricognizione puntuale della conforme volontà oppositiva delle comunità territoriali direttamente interessate (ossia del Comune sul cui territorio si sarebbe dovuta realizzare l'attività contestata, ma anche della Conferenza delle autonomie locali e del Consiglio regionale)[3].

2.1. All'esito di un giudizio in cui è stato (correttamente) ammesso l'intervento *ad opponendum* del privato interessato[4], la Corte ha rigettato il ricorso promosso dalla

---

[1] V. Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 5471, che conferma Tar Basilicata, 26 maggio 2017, n. 387.

[2] Cfr. punto 2.1 del *Ritenuto in fatto*, che nella pronuncia qui annotata riassume in questo modo lo specifico passaggio delle tesi della Regione ricorrente.

[3] Cfr. punto 2.2 del *Ritenuto in fatto*.

[4] V. al punto 3.1 del *Considerato in diritto*: «sebbene nel giudizio per conflitto di attribuzione tra enti, di regola, non sia ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, non può escludersi che l'oggetto del conflitto sia tale da coinvolgere, in modo immediato e diretto, situazioni soggettive di terzi, il cui

Regione Basilicata, dichiarandolo inammissibile – e comunque infondato – per un ordine di concorrenti ragioni[5]:

a) risulta erronea la materiale qualificazione degli atti di diniego dell'intesa in questione alla stregua di atti politici, come se appartenessero alla categoria – sempre suscettibile di interpretazione restrittiva – degli atti esclusi dal sindacato del giudice amministrativo *ex* art. 7 c.p.a.;

b) gli atti di diniego di un'intesa – che nella specie si collocano all'interno di un vero e proprio procedimento amministrativo, legislativamente regolato – non possono mai essere espressione di una presupposta volontà generale di diniego o di mero rifiuto, configurando essi stessi, in ipotesi, una violazione del principio di leale collaborazione;

c) tali atti, quindi, possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo se lesivi di situazioni giuridiche soggettive, visto che la loro attinenza complessiva all'esercizio di prerogative costituzionalmente tutelate non contribuisce di per sé ad attribuire alla potenziale controversia il «tono costituzionale» che essa deve avere per stimolare un conflitto di attribuzione ed esservi, così, assorbita;

d) seguire quest'ultima via, in definitiva, si risolve di fatto nella proposizione di un mezzo di gravame del tutto indebito nei confronti della sentenza del Consiglio di Stato, che semmai, come di fatto è pure accaduto, è ricorribile dinanzi alla Corte di cassazione (per motivi attinenti alla giurisdizione, *ex* art. 111, ultimo comma), anche per poter far valere, nella sede eventualmente opportuna, i medesimi vizi sollevati di fronte alla Corte costituzionale.

3. La soluzione seguita dalla Corte appare condivisibile, per l'esito *in senso stretto* della decisione, in primo luogo, ma anche per il modo con cui *alcune* argomentazioni spese nella motivazione si correlano agli spunti che emergono da altri segmenti contenziosi della vicenda oggetto del giudizio.

Allo stesso tempo, però, si possono esprimere alcuni dubbi di cornice, o di contorno, e di *policy*, almeno ponendo attenzione ai significati sistemici che la sentenza stessa può spiegare, anche, ma non solo, nel quadro della *vecchia storia* illustrata in premessa.

3.1. È condivisibile, anzitutto, l'esclusione della natura *esclusivamente* e *tecnicamente* politica dell'intesa di cui alla fattispecie esaminata in concreto. Lo è, specialmente, alla luce delle peculiarità del caso.

Bene ha evidenziato, la Corte, che si tratta di un atto inserito nella serie complessiva di atti che preparano un provvedimento amministrativo a tutti gli effetti;

---

pregiudizio o la cui salvaguardia dipendono dall'esito dello stesso». Si tratta di un indirizzo interpretativo consolidato nella giurisprudenza della Corte.

[5] V. ai punti 5.2 e 5.3 del *Considerato in diritto*.

di un atto, peraltro, la cui adozione è regolata dalla legge, sia statale, sia regionale, concernente l'autorizzazione di una certa attività, e che, quindi, può essere sindacato nella sua conformità al predetto parametro normativo, risultando altresì soggetto al fondamentale e generale dovere di motivazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

Se così non fosse, spiega la Corte, si darebbe al diniego di intesa un «carattere generale», ma ciò «si pone in contrasto con la ratio stessa del principio di leale collaborazione, che esige il rispetto, caso per caso, di una procedura articolata, nonché l'enunciazione dei motivi di un eventuale diniego, il quale non può risolversi in un mero rifiuto»6.

Dall'analisi del ragionamento che la Corte compie, si comprende perfettamente come il giudice costituzionale operi, anche questa volta, nella prospettiva del principio del giusto procedimento, già ribadito in altre recenti pronunce7 e indirettamente raffigurato, in quest'ultima sentenza, come dispositivo idoneo a provocare il rovesciamento concreto della qualificazione effettiva di una specifica attribuzione costituzionale, che da potestà ex se radicata nel riconoscimento originario di una possibilità di decisione puramente politica diventa potere amministrativo del tutto razionalizzato, perché inserito in una fattispecie procedurale destinata a produrre effetti, da verificarsi caso per caso in un'apposita istruttoria, nei confronti di un soggetto privato determinato.

D'altra parte, l'argomento contrario – pure sostenuto dalla Regione ricorrente – proverebbe troppo, perché trasformerebbe in atti politici una molteplicità

---

[6] V. sempre al punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Del punto la Corte stessa si era occupata in un precedente assai significativo (Corte cost., n. 117/2013, segnalata anche in questa *Rivista*, 2013, p. 1100), relativo proprio ad una norma contenuta in una legge della Regione Basilicata (art. 37, comma 1, della l.r. n. 16/2012, che, per l'appunto, così disponeva: «La Regione Basilicata nell'esercizio delle proprie competenze in materia di governo del territorio ed al fine di assicurare processi di sviluppo sostenibile, a far data dall'entrata in vigore della presente norma *non rilascerà l'intesa*, prevista dall'art. 1, comma 7, lettera n), della legge 23 agosto 2004, n. 239, di cui all'accordo del 24 aprile 2001, al conferimento di nuovi titoli minerari per la prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi») (corsivi aggiunti). La Corte, in questo modo, sembra aderire sostanzialmente alla tesi che aveva seguito il Consiglio di Stato nella pronuncia contestata dalla Regione Basilicata, laddove si era affermato espressamente che «l'impugnata delibera di Giunta Regionale ha *reiterato* la previsione contenuta nell'art. 37, comma 1, L.R. Basilicata n. 16 del 2012, disposizione dichiarata illegittima con sentenza della Corte Costituzionale n. 117 del 201.» (v. punto 6.2 della motivazione della sentenza n. 5471/2018 cit.) (corsivo aggiunto).

[7] Cfr. Corte cost., nn. 69/2018 (segnalata anche in questa *Rivista*, 2018, pp. 744 ss., con commenti di A. CARDONE e F. CORTESE) e 28/2019.

indistinta di atti senz'altro e indubbiamente amministrativi: il fatto che siano tutti contemporaneamente, e naturalmente, riconducibili ad attribuzioni proprie di enti territoriali costituzionalmente legittimati non ne muta la natura.

Giova rilevare, poi, che, a rigore, più che di un atto endoprocedimentale in senso proprio, il diniego regionale dell'intesa di cui si è occupata la Corte è l'atto finale, dunque il provvedimento, di un procedimento, che è, a sua volta, sub-procedimento di una catena procedurale che termina in una determinazione statale. È naturale, pertanto, che esso sia impugnabile, specie se esso può predeterminare o condizionare in tutto o in parte il contenuto della decisione amministrativa conclusiva.

A voler essere più precisi, e a far tesoro delle acquisizioni dogmatiche che sono state sviluppate soprattutto nel contesto del diritto amministrativo europeo, ci si trova di fronte ad una sorta di procedimento composto: ad un genere di procedimento, cioè, che tanto ha impegnato anche la giurisprudenza della Corte di giustizia. Questa, non a caso, si era focalizzata, sin dall'inizio degli anni Novanta[8], sul problema della non sindacabilità, da parte dello stesso giudice europeo, di atti rientranti nelle attribuzioni nazionali, ma pur produttivi di effetti sul piano delle valutazioni amministrative sovranazionali, e per questo immediatamente – e in quel caso, doverosamente – impugnabili dai privati che ne fossero pregiudicati dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

Ma occorre riconoscere, tuttavia, che ad essere davvero condivisibile è la sinergia tra questi argomenti – che sono più di merito che di rito[9] – e l'argomento, per vero dirimente, sul tentativo della Regione ricorrente di utilizzare il conflitto di attribuzione come un improprio strumento di impugnazione delle sentenze del giudice amministrativo; argomento, questo, che giustifica la statuizione di inammissibilità del ricorso. Tanto più che la Corte si sofferma esplicitamente, nella

---

[8] A decorrere dal celebre caso *Oleificio Borelli*: Corte giust., Sezione Quinta, 3 dicembre 1992, in causa C-97/91. V., sulla pronuncia, R. CARANTA, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, pp. 752 ss. Sui procedimenti composti la letteratura è assai ampia: cfr., per tutti, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011 (4ª ed.), pp. 469 ss. Recentemente, sul caso giurisprudenziale qui richiamato, v. anche F. APERIO BELLA, *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedimentali: il caso Oleificio Borelli "riletto" alla luce delle* model rules *in materia di decisioni individuali*, in G. DELLA CANANEA, M. CONTICELLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, 2018, pp. 297 ss.

[9] Ad essi, infatti, la Corte si riferisce per chiarire perché «[n]el merito il ricorso risulterebbe comunque non fondato»: v. punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

ricostruzione delle diverse posizioni delle parti, su due aspetti in proposito per nulla indifferenti, vale a dire: sulla circostanza che la Regione aveva già promosso anche un ricorso per cassazione, fondato sulle medesime doglianze; e sul fatto che, oltre a ciò, in esecuzione della sentenza amministrativa, il Governo aveva già assunto una determinazione finale, a sua volta oggetto di nuova impugnazione dinanzi al giudice amministrativo da parte del privato interessato10.

A fronte di questi elementi di fatto è inutile dire che, sul piano pratico, una diversa decisione, da parte della Corte, avrebbe avuto delle ricadute virtualmente molto complesse da districare. Viceversa, è stata la prevenzione costituita dal giudizio di inammissibilità sul conflitto di attribuzione – spinto a considerazioni, come si è visto, anche di sostanza – a indirizzare e a sciogliere anche il giudizio in Cassazione, sede nella quale le Sezioni Unite hanno addirittura utilizzato, richiamandole expressis verbis, le tesi già espresse dalla Corte costituzionale11, con un'insolita ridondanza di un giudicato formalmente di rito su un giudizio che, pur essendo di legittimità, doveva rigorosamente entrare, come è entrato, nel merito della quaestio jurisdictionis12.

3.2. Detto questo, è possibile avanzare anche qualche considerazione dubitativa, e innanzitutto con riguardo al modo con cui la Corte correda il suo discorso sugli atti politici, trattando, come si è detto, e sia pur implicitamente, del principio del giusto procedimento.

È un punto di vista, quest'ultimo, che, anche per l'espresso richiamo che la Corte vi opera[13], dovrebbe contribuire a chiarire, e quasi ad integrare *ex post*, il senso della decisione, da molti criticata, assunta con la sentenza (n. 52/2016) concernente il diniego delle intese *ex* art. 8 Cost.: «Proprio la previsione di una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese (diversamente, ad esempio, da quanto avviene per le intese ex art. 8 Cost., di cui alla sentenza n. 52 del 2016) (…) rende il rispetto dei vincoli da esso posti, ivi incluso l'obbligo di motivazione, un requisito di legittimità e di validità, sindacabile nelle sedi appropriate».

---

[10] V. punto 4.2 del *Ritenuto in fatto*.

[11] Cfr. Cass. civ., SS.UU., 19 marzo 2020, n. 7456, specialmente ai punti 10.2 ss. della motivazione, in cui si riprendono ampi stralci della sentenza qui commentata.

[12] Per il tema generale e più ampio degli effetti delle pronunce della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni v. C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, pp. 95 ss.

[13] V. al punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

Ora si capisce, almeno a quanto sembra, che sarebbe stata l'assenza – per così dire – di una legge procedimentalizzante ad aver motivato la differente decisione presa in quella sentenza. E dunque si capisce anche che il principio del giusto procedimento opererebbe in modo costituzionalmente vincolante solo allorché ve ne sia l'*affermazione presupposta*, e quindi solo allorché vi sia una fattispecie procedimentale, introdotta *ad hoc* per la materia di volta in volta rilevante o comunque desumibile per la chiara e generale applicabilità della legge n. 241/1990. Elementi, questi ultimi, che nel precedente citato, stando all'opinione della Corte, non sarebbero stati sussistenti.

Nel caso deciso con la sentenza qui commentata, invece, sarebbe la presenza di un'istanza privata puntuale già effettivamente regolata in un certo modo, per l'appunto procedimentalizzato, ad orientare l'applicabilità del principio del giusto procedimento e di tutte le sue declinazioni, anche sul piano della tutela giurisdizionale, ad atti che pure fondano la loro formale attribuzione su prerogative istituzionali di rango costituzionale. E si capisce anche – a monte – che, nel caso delle intese *ex* art. 8 Cost., non vi sarebbe, forse, neanche un'istanza privata *tout court* qualificabile come suscettibile di una doverosa risposta, dato che essa sarebbe rivolta, più che da parte di un titolare di una situazione soggettiva specifica verso un pubblico potere, da un soggetto rappresentativo di un ordinamento (religioso) ad un soggetto rappresentativo di un altro ordinamento (religioso), al fine di ottenere una disciplina generale (normativa), non un provvedere puntuale (e concreto).

Ammesso che siano davvero queste le *precomprensioni* del giudice costituzionale, c'è da chiedersi se esse possano realmente reggere: nell'ordinamento italiano la mancanza di intesa può, per l'esercizio (proprio puntuale e concreto) di una libertà come quella religiosa, risultare del tutto decisiva, sia in termini di raffronto (discriminazione), tra credenti di diversa afferenza, sia in termini assoluti (di fruizione effettiva), anche in considerazione degli obblighi internazionali a protezione di quella stessa libertà, come discendenti dalla Cedu *ex* art. 117, comma 1, Cost.

3.3. Ma c'è un altro profilo che richiede qualche osservazione critica, e che concerne il senso delle brevi notazioni introduttive di questi rilievi altrettanto brevi. Basti, sul punto, precisare quale sia stato il seguito della decisione della Corte.

Perché è vero, per un verso, e lo si è ricordato, che la Cassazione ha salvato la pronuncia del Consiglio di Stato, sancendo la correttezza di un approccio necessariamente razionalizzante al tema dei dinieghi politicamente motivati (o, meglio, sostanzialmente immotivati); ma è anche vero che il protrarsi di un conflitto che dura da più di dodici anni ha trasformato tutte le vittorie giurisdizionali incassate dal privato interessato in *vittorie di Pirro*, in quanto lo Stato, in sede di adozione del provvedimento finale, non solo ha negato l'autorizzazione tanto sperata (risultato che di per sé è pienamente disponibile), ma lo ha fatto con un atto che ha ripreso

il metodo (non chiaramente motivante…) del diniego regionale. Come è possibile che ciò sia accaduto?

La risposta sulla singola vicenda è semplice. È sufficiente considerare che il provvedimento finale è stato assunto, in concreto, il 12 dicembre 2018, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ad esito di una seduta cui ha partecipato (correttamente[14]) anche un rappresentante della Regione Basilicata. Subito dopo la seduta, l'Ansa ha rilasciato il seguente comunicato: «'Per gli amici della Basilicata: abbiamo respinto l'autorizzazione per l'impianto di Masseria La Rocca' per la ricerca di idrocarburi. Lo ha detto il vicepremier e ministro del Lavoro e dello Sviluppo economico, Luigi Di Maio, in un video su Facebook, dopo il Consiglio dei ministri. L'assessore all'ambiente della Regione Basilicata, Francesco Pietrantuono, ha spiegato che il Governo ha accolto un 'diniego' già espresso dalla Regione»[15].

Un conflitto nato sin dal principio sotto l'insegna di un paralizzante braccio di ferro, destinato a infiammare le volontà politiche riconducibili ai diversi circuiti politico-rappresentativi locale, regionale e nazionale, è tornato, dopo l'apparente conferma della necessaria razionalizzazione amministrativa, a manifestare la sua vera natura e a dimostrare, per ciò solo, il perdurante e irriducibile carattere volontaristico e intrinsecamente gerarchico che si cela nel tenore altamente discrezionale di talune decisioni.

Tutto ciò, forse, non deve stupire. D'altra parte è il diritto vigente a individuare nella sede governativa più elevata il luogo della risoluzione, per certo prevalentemente politica, dei conflitti decisionali paralizzanti: la constatazione vale sia per il caso *de quo*[16], sia, più in generale, per quanto dispone anche la legge n. 241/1990

---

[14] V. *infra*, a nt. 16, laddove si riprende la base giuridica del provvedimento in questione.

[15] Cfr. *online* al seguente indirizzo: https://www.ansa.it/basilicata/notizie/2018/12/12/masseria-la-rocca-no-a-permesso-ricerca_a1774c7e-0d33-4cbc-90ac-b54cc86f230c.html.

[16] Cfr. quanto dispone, in particolare, l'art. 1, comma 8-bis, della legge n. 239/2004: «Fatte salve le disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale, nel caso di mancata espressione da parte delle amministrazioni regionali degli atti di assenso o di intesa, comunque denominati, inerenti alle funzioni di cui ai commi 7 e 8 del presente articolo, entro il termine di centocinquanta giorni dalla richiesta nonché nel caso di mancata definizione dell'intesa di cui al comma 5 dell'articolo 52-quinquies del testo unico di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, e nei casi di cui all'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, il Ministero dello sviluppo economico invita le medesime a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni. In caso di ulteriore inerzia da parte delle amministrazioni regionali interessate lo stesso Ministero *rimette gli atti alla Presidenza del Consiglio dei ministri*, la quale, entro sessanta giorni dalla rimessione, provvede in

in ordine all'ipotesi – di applicazione più generale, e da considerarsi, come tale, espressiva di un vero e proprio indirizzo di principio della legislazione statale – in cui quei conflitti emergano in conferenza di servizi[17]. È chiaro che un simile approccio risulta vieppiù irresistibile, essendo stato capace di superare anche i tentativi di neutralizzazione impressi al sistema amministrativo con l'introduzione del principio di separazione tra politica e amministrazione[18].

Se ciò è vero, allora, dovendosi prendere atto della dominanza di un determinato paradigma, verso il quale anche la Corte costituzionale talvolta oscilla[19], ci si può chiedere se, anche nella sentenza in commento, quel paradigma potesse essere meglio esplicitato, o lasciato sullo sfondo, anziché contraddetto: in altri termini, se ci sono fattispecie che non possono che essere ricondotte, quale *extrema ratio*, al potere assorbente del Governo nazionale, perché impegnarsi in un'interpretazione che, oltre ad entrare nel merito di profili che la statuizione di inammissibilità non richiedeva (come si è anticipato), finisce per esporsi ad una esiziale frustrazione?

Piace pensare, a chiusura, che anche la Corte abbia immaginato che *esista ancora un giudice a Berlino* (nel caso, il Tar Lazio, realmente adito dal privato interessato) e che il suo potenziale sforzo di razionalizzazione può riemergere vittorioso anche in un prossimo futuro.

---

merito *con la partecipazione della regione interessata*. Le disposizioni del presente comma si applicano anche ai procedimenti amministrativi in corso e sostituiscono il comma 6 del citato articolo 52-quinquies del testo unico di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327» (corsivi aggiunti).

[17] Cfr., in particolare, l'art. 14-quinquies della legge n. 241 cit., che prevede un procedimento di composizione progressiva dei possibili dissensi, con finale allocazione del ruolo di sintesi al Consiglio dei Ministri.

[18] V. F. CORTESE, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, n. 3/2016: http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/3/cortese.htm#6.

[19] Cfr. F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2017. Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Napoli, 2018, pp. 101 ss., in part. 117 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*

MARIO GORLANI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 9 marzo 2020. Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0044s-20.html.

Data della pubblicazione sul sito: 14 maggio 2020

Suggerimento di citazione
M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Brescia. Indirizzo mail: mario.gorlani@unitn.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Negli ultimi quindici anni la Corte costituzionale è stata ripetutamente sollecitata a pronunciarsi[1] sulla compatibilità con la Carta fondamentale di numerose leggi regionali[2] che, nel definire i requisiti di accesso alle prestazioni sociali che la Regione e gli enti locali erogano nell'esercizio delle proprie competenze, hanno privilegiato coloro che risiedono in Regione da un certo periodo di tempo, escludendo i residenti di altre Regioni, o addirittura in taluni casi in modo esplicito gli stranieri extra-comunitari[3].

Si tratta di leggi che hanno riguardato, principalmente, l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, ma anche altre prestazioni sociali e che, in nome della limitatezza delle risorse disponibili e di ragioni di radicamento territoriale, hanno colto l'occasione per escludere dal novero dei potenziali beneficiari coloro che non possono dimostrare la residenza o lo svolgimento di attività sul territorio regionale per periodi variabili tra un minimo di due anni e un massimo di dieci anni.

Nonostante qualche incertezza e qualche oscillazione iniziale, la Corte costituzionale è riuscita, in questi anni, anche se non sempre ascoltata dai legislatori, a definire una linea di demarcazione tra criteri selettivi ragionevoli e criteri discriminatori, con una giurisprudenza che ha progressivamente messo a fuoco i profili di illegittimità e di contrasto con la Carta di varie opzioni legislative regionali, fino appunto alla sentenza n. 44 del 2020, con la quale la Corte sembra far compiere un vero e proprio salto di qualità alla sua giurisprudenza, pur in una sostanziale linea di continuità. Nelle numerose occasioni in cui la Corte si era occupata di questioni analoghe, infatti, non era mai giunta ad escludere, in modo così netto e perentorio, qualsiasi rilevanza al requisito della residenza prolungata come criterio selettivo ed

---

[1] Si vedano, in particolare, le pronunce nn. 432 del 2005; 32 del 2008; 107 del 2010; 40 del 2011; 2, 133, 172 e 222 del 2013; 141 e 168 del 2014; 106, 107 e 166 del 2018; 40 del 2020.

[2] Per una ricognizione di norme di questo tenore nella legislazione regionale si veda C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 12. Cfr. anche P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi.it*, 2014, 21 ss.

[3] Va peraltro ricordato che, anche a livello nazionale, l'art. 11 del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella l. n. 133 del 2008, ha ricompreso tra i soggetti destinatari in via prioritaria del piano nazionale per l'edilizia abitativa anche gli immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione: cfr. l'analisi di B. PEZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale AIC, Napoli, 2010, 183.

escludente di accesso alle prestazioni sociali[4]. Lo ha fatto nella sentenza che qui si commenta, con una pronuncia destinata a diventare un vero e proprio punto di riferimento per la futura giurisprudenza e per le scelte dei legislatori statale e regionali.

2. Al di là di motivazioni politico-ideologiche e di non infrequenti intenti discriminatori, specialmente nei confronti degli stranieri extra-comunitari[5], tali scelte regionali selettive sono state giustificate, da un lato, con la limitatezza delle risorse (finanziarie e materiali) disponibili[6], che non consentono un accesso generalizzato e indiscriminato alle provvidenze del *welfare state*, che impongono una gestione e pianificazione adeguata e inducono a privilegiare chi, attraverso la contribuzione fiscale, ha concorso ad accumulare le risorse da investire[7]; e, dall'altro lato, con la necessità di evitare un'attività amministrativa che,

---

[4] Se non quando erano in gioco le prestazioni volte a soddisfare bisogni essenziali della persona, anche se non sempre è agevole individuarle esattamente: cfr. A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto Imm. Citt.*, 3/2018, 1.

[5] Pur successivamente "annacquate" in criteri escludenti omogenei per italiani e stranieri, in molti casi la vera motivazione di tali legislazioni regionali era rivolta a frenare l'insediamento di cittadini extra-comunitari sul territorio regionale, o comunque di impedire che, in ragione della loro frequente condizione di famiglie a basso-reddito, potessero avere una sorta di via d'accesso privilegiata alle provvidenze del *welfare state*. E infatti la dottrina ha spesso posto l'accento sul carattere xenofobo o discriminatorio di queste normative: cfr. D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano ad essere incostituzionali*, in *Diritti Regionali*, 2/2018; P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, Napoli, 2016, 109 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza*, in Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale AIC, Napoli, 2010, 224 ss.; A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano*, Torino, 2018.

[6] F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013, 1 ss., parla di diritti sociali che "presuppongono una comunità distributiva, che deve essere indagata".

[7] Su questo punto valgono però le nette affermazioni contenute nella sentenza n. 107 del 2018, nella quale si rileva che "l'argomento del contributo pregresso tende inammissibilmente ad assegnare al dovere tributario finalità commutative, mentre esso è una manifestazione del dovere di solidarietà sociale, e che applicare un criterio di questo tipo alle prestazioni sociali è di per sé contraddittorio, perché porta a limitare l'accesso proprio di coloro che ne hanno più bisogno". Affermazioni che hanno fatto definitiva chiarezza sull'argomento del rapporto tra contribuzione fiscale prolungata e diritti di accesso alle prestazioni del *welfare*: cfr. ancora A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018*, cit., 7.

beneficiando soggetti diversi dai residenti realmente bisognosi, può risultare inadeguata e richiedere ulteriori interventi, con costi aggiuntivi se non anche sprechi.

Le due *rationes* sono complementari: la limitatezza delle risorse disponibili impone di selezionare la platea dei beneficiari[8], nella scelta dei quali ci si basa non soltanto sulla condizione di bisogno, ma anche sul radicamento territoriale e sul legame con il contesto istituzionale da cui attendono la prestazione. E ciò sul presupposto, ammesso peraltro dalla stessa Corte nella sentenza n. 168 del 2014, che sia «possibile subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata»[9] e che il legislatore possa «valorizzare, con misure eccedenti i livelli essenziali delle prestazioni, il contributo offerto alla comunità dal nucleo famigliare, con adeguata costanza, sicché non è manifestamente irragionevole indirizzare i propri sforzi a favore dei nuclei già attivi da tempo apprezzabile, e perciò stesso parti vitali della comunità»[10].

Se si aderisce a questa prospettiva, da un lato la logica finanziario-efficientista spinge nella direzione di utilizzare al meglio le poche opportunità finanziarie e amministrative disponibili, e porta a privilegiare coloro che, in condizione di bisogno, possono dimostrare di avere una prospettiva di lunga durata rispetto alla prestazione offerta, specialmente nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica; da un altro lato, la logica per così dire identitario-territoriale è volta a premiare chi a quel territorio è legato da più tempo, come una sorta di "premio di fedeltà" e come un tentativo di preservare i caratteri principali della tradizione e della cultura locale che l'arrivo di molti immigrati può minacciare[11].

---

[8] Purché tali limitazioni tengano conto dei vincoli costituzionali, secondo quanto chiarito nella sentenza n. 168 del 2018: "a) il rispetto dei vincoli europei; b) il principio di ragionevolezza, che richiede un collegamento tra il limite previsto e la *ratio* della disposizione; c) il rispetto del nucleo minimo del diritto": così C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"?*, cit., 15.

[9] Come osserva C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, 2018, 1171, per i diritti sociali (a differenza dei diritti di libertà) si tratta "di venire a individuare quel legame con la comunità che rende gli individui partecipi di una solidarietà sociale".

[10] Così la sentenza n. 222 del 2013, in *Le Regioni*, 2014, 243, con nota di D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*.

[11] Cfr. L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, che parla della residenza prolungata come di una forma (nascosta) di cittadinanza.

3. Come detto, la giurisprudenza della Corte costituzionale non è giunta subito a conclusioni univoche su queste legislazioni[12]. Lo ha fatto attraverso un percorso che, specialmente in relazione alle politiche abitative, è sembrato in un primo momento abbastanza concessivo nei confronti del criterio della residenza prolungata.

Il diritto all'abitazione assume connotazioni peculiari e dà origine a legami con il territorio più marcati rispetto ad altre provvidenze sociali. Abitare non vuol dire soltanto avere un tetto dove ripararsi e dare risposta ad un bisogno primario, ma vuole dire anche, se non soprattutto, creare legami con il contesto e con le persone con cui la persona viene in contatto; vuol dire intessere relazioni ed entrare a far parte di una comunità, partecipando alle decisioni politico-amministrative che la interessano, ma diventando al contempo i destinatari e l'unità di misura delle politiche pubbliche che le istituzioni rappresentative sono chiamate a varare per il benessere di tutti[13]. A differenza di altre prestazioni sociali, che possono essere usufruite ovunque e rispetto alle quali conta soprattutto la provvidenza in sé, più che il luogo in cui viene erogata[14], nel diritto all'abitazione la territorialità assume una

---

[12] Per un quadro di insieme si veda M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Le Regioni*, 2018, 1138 ss.., che mette in evidenza che si tratta di un filone tutt'altro che monolitico e consolidato, perché «alcune possibili distinzioni e dunque differenziazioni di discipline, con conseguente introduzione di limitazioni in ordine al radicamento territoriale, paiono configurabili in ragione della natura e tipologia di provvidenza sociale».

[13] Come nota E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017, 23, «la disponibilità di un'abitazione adeguata risponde non solo a elementari bisogni "biogenici" di sicurezza personale, di benessere psico-fisico e di privacy, ma ad altrettanto importanti esigenze "sociogeniche", legate cioè alla possibilità di intrattenere relazioni sociali e all'esistenza di infrastrutture e di servizi sociali».

[14] Non è un caso che la giurisprudenza costituzionale su prestazioni sociali diverse dal diritto all'abitazione sia sempre stata abbastanza puntuale nel rimarcare che il criterio della residenza prolungata non può mai essere un elemento escludente, e per qualche verso nemmeno preferenziale, atteso che non è ravvisabile alcun ragionevole nesso tra residenza prolungata e servizi scolastici, per l'infanzia o sanitari. Cfr., ad esempio, la sentenza n. 172 del 2013, o la sentenza n. 107 del 2018 in tema di accesso agli asili nido. Per un commento di quest'ultima sentenza si vedano L. ARDIZZONE, *La Consulta dichiara illegittimo il criterio della "residenza prolungata sul territorio regionale" per l'ammissione all'asilo nido: breve nota a Corte cost., sent. 107/2018 (con un sintetico rinvio a sent. 106/2018)*, in *www.giur.cost.org*, 2/2018; A. PITINO, *Per l'accesso agli asili nido è incostituzionale il requisito della residenza protratta dei genitori nella Regione. E se lo fosse anche la residenza tout court?*, in *Le Regioni*,

valenza centrale, perché il diritto sociale viene soddisfatto attraverso la disponibilità di una casa ove la persona e la sua famiglia possano condurre un'esistenza dignitosa nel contesto sociale in cui operano; e questo non può non aprire questioni più ampie, che coinvolgono la politica urbanistica, la funzione sociale della proprietà, il consumo del suolo, la dotazione di servizi e di opere di urbanizzazione.

La pianificazione delle politiche abitative implica, quindi, per le pubbliche amministrazioni problematicità più complesse. Come ha ricordato la Corte[15], «l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia». Su questi presupposti la Corte, specialmente nell'ordinanza n. 32 del 2008, aveva riconosciuto la legittimità della legislazione lombarda dell'epoca[16] in quanto «il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione, risulta non irragionevole (sentenza n. 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire

---

2018, 1150 ss.; C. BERTOLINO, *I criteri di accesso agli asili nido quali presidio di eguaglianza nella loro funzione socio-educativa*, in *Le Regioni*, 2018, 1032.

[15] Da ultimo nella sentenza n. 106 del 2018, in *Giur. Cost.*, 2018, 1202 ss, con nota di M. GORLANI, *La Corte non cede a suggestioni "sovraniste" delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*.

[16] Si discuteva, in quel precedente, dell'art. 3, comma 41-bis, della legge della Regione Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1, recante «Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59)», introdotto dall'art. 1, lettera a), della legge della Regione Lombardia 8 febbraio 2005, n. 7, recante "Modifiche alla legge regionale 5 gennaio 2000, n. 1 «Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione 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)», in riferimento agli artt. 3, 47, 101, 102, 103, 104, 111, 117, commi primo, secondo, lettera m), terzo, e 120 della Costituzione, nella parte in cui prevede che «per la presentazione della domanda per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica di cui al comma 3 dell'articolo 1 del regolamento regionale 10 febbraio 2004, n. 1 (Criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (art. 3, comma 41, lett. m) l.r. 1/2000), i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda».

(sentenza n. 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n. 393 del 2007)»[17].

Di analogo tenore la sentenza n. 222 del 2013, secondo cui «la Regione, in quanto ente esponenziale della comunità operante sul territorio, ben può, infatti, favorire, entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti, anche in rapporto al contributo che essi hanno apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo, purché tale profilo non sia destinato a soccombere, a fronte di provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che al sostegno dei membri della comunità». In questo caso, «le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli».

Fino al 2013[18], quindi, nella giurisprudenza costituzionale si trovavano pronunce non "insensibili" alle ragioni del radicamento territoriale prolungato come criterio selettivo per l'accesso ai servizi abitativi pubblici, sulla base di una ragionamento che può semplificarsi in questi termini: le politiche abitative impegnano risorse che sono limitate e non sufficienti per tutti, e consumano suolo e condizionano la politica urbanistica; ne segue che è ragionevole che esse siano pianificate sulla base delle esigenze di coloro che, essendo residenti da tempo nel contesto in cui vengono realizzate, danno maggiore garanzia di stabilità della loro permanenza, evitando così di dar luogo ad un'attività amministrativa dispersiva ed inefficiente, magari da ripetere a breve perché altre domande sono rimaste insoddisfatte.

La Corte comincia a valutare con maggior rigore la ragionevolezza del criterio della residenza prolungata a partire dalla sentenza n. 168 del 2014, nella quale viene scrutinata una disposizione di una legge della Regione Valle d'Aosta che prescrive il requisito temporale di residenza per otto anni. La Corte conclude per

---

[17] L'ordinanza n. 32 del 2008 è commentata da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 611 ss.

[18] Non contraddice questo orientamento giurisprudenziale la sentenza n. 40 del 2011, che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge friulana che aveva limitato ai soli cittadini comunitari residenti da almeno 36 mesi l'accesso al sistema regionale integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale, perché la disposizione censurata "introduce inequivocabilmente una preclusione destinata a discriminare tra i fruitori del sistema integrato dei servizi concernenti provvidenze sociali fornite dalla Regione i cittadini extracomunitari in quanto tali, nonché i cittadini europei non residenti da almeno trentasei mesi". Si veda il commento alla sentenza di F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al* welfare *regionale*, in *Le Regioni*, 2011, 1257 ss.

l'illegittimità costituzionale della disposizione perché «nella specie, la previsione dell'obbligo di residenza da almeno otto anni nel territorio regionale, quale presupposto necessario per la stessa ammissione al beneficio dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica (e non, quindi, come mera regola di preferenza), determina un'irragionevole discriminazione sia nei confronti dei cittadini dell'Unione, ai quali deve essere garantita la parità di trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri (art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38/CE), sia nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, i quali, in virtù dell'art. 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2003/109/CE, godono dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda anche l'accesso alla procedura per l'ottenimento di un alloggio».

Resta comunque il riconoscimento dell'astratta possibilità di richiedere garanzie di stabilità; ma vengono posti paletti sulla durata della previa residenza richiesta che, "ove superi un numero di anni contenuti, perde quei caratteri di ragionevole collegamento tra mezzi e fini». Nello stesso senso va letta la sentenza n. 106 del 2018, sia pur riferita specificamente ai c.d. "soggiornanti di lungo periodo", ove l'accento viene posto sull'eccessiva durata del requisito richiesto (dieci anni) e sull'assenza di proporzionalità, anziché sul carattere discriminatorio in sé della previsione[19].

Dall'esame complessivo della giurisprudenza costituzionale fino al 2013, ma implicitamente anche di quella successiva (in particolare delle sentenze n. 168 del 2014 e n. 106 del 2018), e fatta eccezione per i casi di esplicite discriminazioni tra cittadini italiani ed europei ed extracomunitari, sembrava potersi dedurre che non fosse irragionevole per le Regioni stabilire requisiti di residenza prolungata come condizione per accedere ai servizi di edilizia residenziale pubblica, purché di breve durata e purché non venissero operate arbitrarie distinzioni sulla base della nazionalità del richiedente; anche se fin dal 2018 i tempi parevano maturi per giungere alle conclusioni a cui la Corte è pervenuta nella sentenza più recente.

4. Se quella che abbiamo provato a ricostruire è la lettura corretta della giurisprudenza costituzionale fino al 2018, non può non convenirsi che la sentenza n. 44 del 2020 rappresenti, se non un vero e proprio *overruling*, un'evoluzione rilevante dell'orientamento precedente[20], o il punto di approdo di una parabola già ben

---

[19] Sulla sentenza n. 106 del 2018 può leggersi il commento di A. TRANFO, *Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (osservazioni a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale)*, in *www.giurcost.org*, 2/2018.

[20] Cfr. C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della doppia pregiudiziale?*, cit., 14, che nota che «la Corte ha dovuto sciogliere un'incertezza e prendere una posizione: l'ha fatto in modo chiaro, seppur senza confrontarsi espressamente con i propri precedenti divergenti».

delineata nella sua traettoria, con la Corte del 2020 nettamente più sbilanciata, nel giudizio di ragionevolezza sul nesso tra mezzi impiegati dal legislatore e fini perseguiti dalla normativa, sull'aspetto dei bisogni che l'edilizia residenziale è chiamata a soddisfare rispetto alle esigenze di efficiente gestione delle risorse pubbliche e di riduzione degli sprechi nell'attività amministrativa. Anche per questo la sentenza n. 44 del 2020 può, a buon diritto, essere considerata una pronuncia di grande rilevanza per la chiarezza dei principi enunciati e perché può diventare una guida preziosa per orientare i legislatori regionali nelle scelte future di politica legislativa in materia di requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica[21].

Si discuteva, nel giudizio *a quo*, di un regolamento regionale[22] recante la «disciplina dell'offerta abitativa pubblica e sociale e dell'accesso e permanenza nei servizi abitativi pubblici in attuazione di quanto disposto dall'art. 23 della L.R. 8 luglio 2016, n. 16», in particolare dell'art. 7 che, nello stabilire i requisiti di accesso ai servizi abitativi pubblici, poneva come condizione necessaria – e non quindi come criterio solo preferenziale, ma anche escludente – il possesso della «residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa nella Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda».

L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano rileva tre distinti profili di non manifesta infondatezza della questione: il primo basato sull'asserita violazione dell'art. 3 Cost. e, quindi, del canone di ragionevolezza e proporzionalità; il secondo in riferimento all'art. 10 Cost. per quanto riguarda la categoria dei titolari di protezione internazionale; il terzo con riferimento all'art. 117 Cost. e, tramite esso, alla direttiva 2003/09.

Il profilo principale sollevato dal giudice *a quo* è il primo. Esso muove da un'accurata ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia, a partire dalle sentenze che hanno messo in luce le finalità proprie dell'edilizia residenziale pubblica, che sono «quelle di garantire un'abitazione a soggetti economicamente deboli nel luogo ove è la sede dei loro interessi» (sent. n. 176 del 2000), perché «l'esigenza dell'abitazione assume i connotati di una pretesa volta a soddisfare un bisogno sociale ineludibile, un interesse protetto, cui l'ordinamento deve dare adeguata

---

[21] La sentenza n. 44 del 2020 contiene alcuni spunti rilevanti, unitamente all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano, anche sulla questione della "doppia pregiudizialità", sulla base del più recente orientamento (sentenze n. 269/2017, 20/2019, 63/2019) secondo cui la Corte decide nel merito le questioni di costituzionalità a prescindere dalla possibilità di disapplicazione della legge, di fronte ai casi di doppio vizio, cioè di contrasto sia con la CDF sia con la Costituzione: il tema è diffusamente trattato nel commento di C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"?*, cit.

[22] Regolamento Regionale di cui alla delibera X/7004 del 31.7.2017.

soddisfazione, anche se nei limiti della disponibilità delle risorse finanziarie» (sent. n. 168 del 2014)[23]. Il diritto a disporre di un'abitazione rappresenta un elemento essenziale per consentire all'individuo e ai nuclei familiari in cui è inserito di vivere una vita dignitosa, nel rispetto sociale e senza l'assillo di dover continuamente cercare altre soluzioni o di temere uno sfratto perché non in possesso di redditi sufficienti per sostenere il canone di affitto richiesto. Il diritto costituzionale all'abitare[24] - fondato principalmente sui riferimenti degli artt. 47 e 3 Cost. – assume così a pieno titolo la connotazione di un diritto sociale fondamentale, che la Repubblica deve impegnarsi a garantire a tutti, ed in particolar modo ai non abbienti, e che trova nella legislazione (statale e regionale) e nelle iniziative di edilizia residenziale pubblica il suo strumento privilegiato di attuazione.

La condivisione da parte della Corte dei dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice *a quo* in ordine al primo profilo è netta e integrale: partendo dalla *ratio* del servizio, che è quella del soddisfacimento del bisogno abitativo, afferma con convinzione che «la condizione di previa residenza protratta dei suoi destinatari non presenta con esso alcuna ragionevole connessione», rilevando altresì che «l'esclusione di coloro che non soddisfano il requisito della previa residenza quinquennale nella regione determina conseguenze incoerenti con quella stessa funzione», perché tale requisito non è «rivelatore di alcuna condizione rilevante in funzione del bisogno che il servizio tende a soddisfare». Dagli argomenti della Corte scompare qualunque "indulgenza" per tali requisiti[25], anche se contenuti entro ragionevoli

---

[23] Sull'esistenza di un diritto costituzionale all'abitazione si veda quanto scriveva T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, pp. 392 ss.: «L'abitazione costituisce punto di riferimento di un complesso sistema di garanzie costituzionali, e si specifica quale componente essenziale (oltre che presupposto logico) di una serie di "valori" strettamente legati a quel pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione pone a base (assieme all'istanza partecipativa) della democrazia sostanziale» (e specifica, poi, che tali valori sono, oltre al domicilio, la famiglia, la scuola, la salute e il lavoro). Analogamente F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 63, parla di un "diritto all'abitazione" come di "un diritto inviolabile anzitutto perché è deducibile da una pluralità di riferimenti costituzionali (artt. 2, 4, 13, 14, 16, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 42 e 47) tutti rivolti a creare le condizioni minime di uno Stato sociale».

[24] Si veda la definizione che ne propone E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 2, e le ragioni che portano l'A. a preferire questa espressione rispetto ad altre analoghe, anche più frequenti, come "diritto alla casa" o "diritto all'abitazione".

[25] Ma anche qualunque considerazione sul bilanciamento tra diritto all'abitazione ed esigenze finanziarie: cfr. C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della doppia pregiudiziale?*, cit., 15.

limiti di tempo, perché così costruito «il requisito si risolve semplicemente in una soglia rigida che porta a negare l'accesso all'ERP a prescindere da qualsiasi valutazione attinente alla situazione di bisogno o di disagio del richiedente (quali ad esempio condizioni economiche, presenza di disabili o di anziani nel nucleo familiare, numero dei figli)».

Anche il tradizionale argomento portato dalle difese regionali a sostegno di tali normative – quello secondo cui il requisito della residenza protratta per anni servirebbe «a garantire un'adeguata stabilità nell'ambito della regione prima della concessione dell'alloggio» di edilizia residenziale pubblica, cioè di un «beneficio di carattere continuativo» - viene confutato dal suo stesso interno, perché, ad avviso della Corte, la previa residenza ultraquinquennale non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale: la rilevanza attribuita a una condizione del passato, quale è la residenza nei cinque anni precedenti, non sarebbe comunque oggettivamente idonea a evitare il "rischio di instabilità" del beneficiario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica.

Con questi argomenti la Corte sembra porre una pietra tombale su qualche pur prudente apertura del passato rispetto ad una ragionevole durata della residenza come criterio di accesso all'edilizia residenziale pubblica. Al centro della scena – e della valutazione di ragionevolezza – rimane solo il bisogno a cui dare risposta, con una legislazione che deve rendersi coerente con questo obiettivo, senza indulgere a suggestioni identitarie o localistiche.

5. Peraltro, pur nella nettezza delle sue affermazioni, anche nella sentenza n. 44 del 2020 la Corte non chiude completamente la porta ad una valorizzazione della stabilità nell'assegnazione dell'alloggio. Quest'ultimo è un concetto che assume una valenza diversa, più neutra, rispetto al tema del "radicamento territoriale": la prima espressione evoca esigenze di efficienza amministrativa, che guardano soprattutto alla preoccupazione di non sprecare inutilmente risorse e attività amministrativa senza dare risposta duratura ai bisogni che si stanno affrontando, con il rischio di dover ripetere la medesima iniziativa a breve. Il radicamento territoriale richiama, invece, suggestioni identitarie e ideologiche, che la Corte, con la sentenza n. 44 del 2020, mette al bando con decisione, o quantomeno ridimensiona fortemente.

Parlare di esigenze di stabilità nelle politiche di edilizia residenziale pubblica, per la Corte, non è arbitrario né improprio; anche se occorre fare riferimento ad altri e ben più significativi elementi sui quali si potrebbe ragionevolmente fondare una prognosi di stanzialità, ovvero a quegli elementi che consentono di riconoscere una probabilità di permanenza per il futuro. La Corte non esplicita quali siano tali elementi: si è ipotizzato che potrebbero esserlo un rapporto di lavoro a tempo

indeterminato, o l'iscrizione dei figli nelle scuole locali[26]. Il rischio, tuttavia, è che, nella ricerca di altri elementi di prognosi della stanzialità, si finisca nel cadere in una sorta di cortocircuito, perché se si fa riferimento alla sussistenza di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si crea una discriminazione proprio a danno dei più bisognosi che il lavoro non l'hanno, o che lo stanno cercando, mentre se si fa riferimento all'inserimento nel sistema scolastico si dà vita ad una tautologia, perché quest'ultimo postula una pregressa residenza che è proprio ciò di cui la Corte ha voluto escludere la rilevanza. Ulteriori ipotetici requisiti appaiono comunque di natura discriminatoria[27].

D'altro canto, la Corte consente di recuperare il requisito della residenza prolungata – *rectius*: la prospettiva della stanzialità – come elemento da valutare in sede di formazione della graduatoria[28] , non come «una condizione di generalizzata esclusione dall'accesso al servizio, giacché ne risulterebbe negata in radice la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica». La residenza prolungata, riletta e ridimensionata a criterio premiale e non più a criterio escludente, può contribuire così a soddisfare in modo complessivamente equo le opposte spinte che si manifestano in questo tipo di legislazioni.

6. Rimane in ogni caso qualche perplessità sulla logica stessa di indici di una prospettiva di stanzialità in capo ai soggetti richiedenti[29], soprattutto quando si sta parlando dell'assegnazione di alloggi già costruiti, e non della pianificazione di nuovi interventi di edilizia residenziale pubblica (che impattano sulla

---

[26] Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Radicamento territoriale e accesso dei minori agli asili nido*, in *Studium juris*, 2019, 449, che indica, come elementi capaci di provare il legame di fatto tra l'individuo e la comunità, rivolti al futuro e non al passato, come il numero di figli, i bambini in età scolare che frequentano le scuole della regione, la tipologia di un contratto lavorativo, la frequenza di un corso universitario".

[27] C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale*, cit., 1184, sottolinea la difficoltà di individuare tali indici ulteriori senza che determino forme di discriminazione.

[28] E del resto – ricorda la Corte - la stessa legge regionale censurata dà rilievo, ai fini della graduatoria, al «periodo di residenza nel comune dove è localizzata l'unità abitativa da assegnare» e alla «durata del periodo di residenza in Regione» (art. 23, comma 10, lettera d).

[29] Anche in considerazioni delle trasformazioni socio-economiche determinate dai mutamenti di un mercato del lavoro "sempre più instabile e frammentato", in cui "la possibilità di ottenere buone occasioni lavorative spesso implica la disponibilità e la capacità di spostarsi sul territorio. Capacità che risulterà più limitata per coloro che hanno acquistato un'abitazione, soprattutto se hanno un mutuo in corso": cfr. E. OLITIVO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 214.

pianificazione urbanistica e sul consumo di suolo, e quindi devono fondarsi su una prognosi ragionevole delle esigenze abitative del futuro).

In primo luogo, ove si faccia riferimento all'opzione locativa e non a quella proprietaria[30], e quindi ad assegnazioni di questi alloggi a titolo temporaneo, nell'ipotesi in cui un soggetto vi rinunci perché intenzionato a spostarsi altrove, l'immobile non dovrebbe rimanere nella sua disponibilità, ma essere restituito alla funzione sua propria, che è quella di soddisfare esigenze abitative in capo a soggetti bisognosi. Una prospettiva di stanzialità, in un "mercato" dell'edilizia residenziale pubblica "affollato" di soggetti richiedenti, può non essere un valore rilevante, sempre che si mettano in campo meccanismi di decadenza dei soggetti assegnatari che non dimostrino un'effettiva necessità nel tempo di tali abitazioni.

Sotto altro profilo, la stanzialità non è necessariamente un valore costituzionale rilevante, essendolo invece la libertà di circolazione e soggiorno, e quindi la libertà di scegliere dove collocare la propria attività, la propria vita di relazione, i propri interessi[31].

È pur vero che la Regione – ma soprattutto i Comuni ricompresi nel suo territorio – deve poter basare la programmazione delle necessità di edilizia abitativa su elementi concreti; e questo calcolo non può che prendere come riferimento le necessità che il territorio e la popolazione residente esprime. Un Comune, a meno che non stia pianificando una politica espansiva per ragioni contingenti – oggi peraltro non semplice alla luce delle recenti leggi sulla riduzione del consumo di suolo – non potrà che basare sulla domanda del suo territorio e dei suoi cittadini la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Ma è altrettanto vero, dando credito alle tesi regionali, che escludere i non residenti introduce un elemento di rigidità nella mobilità territoriale proprio a danno di coloro che possono avere maggiore necessità di spostarsi per trovare lavoro e casa. La Corte fa sintesi tra queste due opposte motivazioni operando un distinguo tra residenza prolungata come criterio escludente e residenza prolungata come criterio preferenziale, che porta a dare priorità ai residenti, a parità di altre condizioni, ma che non impedisce ad un soggetto proveniente da fuori, che ne ha necessità, di concorrere nell'assegnazione dell'alloggio.

---

[30] Cfr. E. OLITIVO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, cit., 215.

[31] Il profilo relativo alla violazione della libertà di circolazione e soggiorno, a differenza della sentenza n. 107 del 2018, non viene preso in considerazione nella sentenza n. 44 del 2020, sebbene l'ordinanza di rimessione avesse richiamato, attraverso l'art. 117, co. 1, Cost., l'art. 11 della Direttiva 2003/109 sui soggiornanti di lungo periodo. Nella detta sentenza l'attenzione è focalizzata sulla violazione del canone di ragionevolezza e sull'enunciazione di un principio generale, valevole a prescindere dalla distinzione tra italiani e stranieri.

Va anche sottolineato che il tema abitativo ha in parte perso i connotati di una vera e propria emergenza come ha avuto per decenni, tanto che oggi, per alcuni versi, si pone spesso, soprattutto da un punto di vista urbanistico, il problema opposto di un'offerta di alloggi ben superiore alla domanda, con innumerevoli alloggi sfitti e altrettanti invenduti, e con situazioni di degrado urbano e, quindi, sociale, che richiedono ingenti e onerose iniziative di "rigenerazione"[32] urbanistica ed edilizia. Il diritto all'abitazione vive così oggi la contraddittoria condizione di un eccesso di offerta, che tuttavia non sempre riesce ad incontrarsi con una domanda ancora sovrabbondante, perché quest'ultima si rivolge soprattutto al mercato dell'edilizia residenziale pubblica come unico contesto in grado di garantire prezzi realmente calmierati e sostenibili e una sufficiente stabilità nel tempo dell'alloggio.

In questa divaricazione tra offerta privata eccedente, ancorché poco appetita da persone a basso reddito, ed offerta pubblica carente, dovrebbero trovare spazio meccanismi di sussidiarietà orizzontale[33], indicati come possibile, se non addirittura doveroso, modello operativo nell'art. 118, co. 4, Cost., ma sin qui non sufficientemente praticati ed esplorati nelle loro potenzialità, specialmente nel mercato immobiliare[34]. Nella logica costituzionale e legislativa, e soprattutto nel contesto edilizio odierno, l'intervento di edilizia residenziale pubblica dovrebbe essere pensato dalle amministrazioni in una logica residuale, a colmare i vuoti e le carenze di un mercato privato che non sia in grado, da solo, di soddisfare le esigenze di tutti; tenendo conto anche della pianificazione urbanistica come ulteriore strumento

---

[32] Si veda, sul tema, gli scritti recenti di P. CARPENTERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, 1/2020; R. TONANZI, *La rigenerazione urbana alla luce di alcune recenti normative regionali*, in *Le Regioni*, 2018, 947 ss.; G.F. CARTEI, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2017, 603 ss.

[33] Come ricorda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2010, 4 ss., già la legge Luzzati aveva fatto sua una logica di sussidiarietà orizzontale, con i Comuni invitati "a intraprendere la costruzione di case popolari soltanto per darle a pigione, ove fosse riconosciuto il bisogno di provvedere alloggi per le classi meno agiate, solo nel caso in cui mancassero i suddetti soggetti, o ne fosse insufficiente l'azione, e adottando il regime giuridico del pubblico servizio".

[34] Come rileva G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, 162, ai poteri pubblici è sempre più richiesta "non tanto, né solo, la mera erogazione di servizi, bensì di svolgere una funzione di direzione e vigilanza al fine di assicurare l'effettività del conseguimento del diritto".

conformativo del regime dei suoli nell'ottica di soddisfare le esigenze di tutti[35]. Un efficace intervento pubblico sussidiario e regolatorio, volto a favorire l'incontro tra domanda ed offerta, potrebbe superare la necessità di introdurre criteri selettivi nell'assegnazione degli alloggi – e, quindi, anche di evitare legislazioni regionali discriminatorie e contrarie alla Costituzione – risolvendo al contempo non irrilevanti problemi urbanistici e di degrado territoriale.

7. In conclusione, la sentenza n. 44 del 2020 sembra segnare il punto di approdo della giurisprudenza della Corte costituzionale relativa alla residenza qualificata quale requisito di accesso esclusivo ai servizi abitativi e all'edilizia residenziale pubblica; o, meglio ancora, la piena maturazione di un indirizzo interpretativo della Consulta già manifestatosi negli anni passati, ma mai con analoga chiarezza e con un scrutinio così rigoroso della ragionevole connessione tra le finalità della normativa e i mezzi messi in campo dalla normativa regionale per perseguirle. Della sentenza non potranno non tenere conto le future scelte dei legislatori regionali, ove tentati dall'introdurre discipline analoghe a quella lombarda. In questo senso, va riconosciuto alla sentenza n. 44 del 2020 un carattere pedagogico, perché contiene un invito esplicito ai legislatori locali di evitare tentazioni etno-identitarie che non possono trovare ospitalità nel quadro dei principi costituzionali, e di focalizzare l'attenzione sulla razionalità e l'efficienza delle politiche che vogliono introdurre, perché solo muovendo da tali presupposti è possibile un uso corretto, produttivo e non discriminatorio delle risorse pubbliche.

Ne risulta confermato un modello di *welfare* dalla chiara connotazione universalistica e anti-localistica[36], ed in particolare un forte monito della Corte a non utilizzare il sistema del welfare per creare barriere più o meno occulte alla libera circolazione delle persone e alla loro integrazione in nuove comunità.

D'altra parte, i tentativi localistici di gestire processi epocali di ricollocazione territoriale della popolazione mondiale finiscono per contraddire i fondamenti della nostra cultura costituzionale e si rivelano altresì approssimativi e tendenzialmente inefficienti, come sottolinea puntualmente la Corte, in tal modo accentuandone il carattere gravemente discriminatorio. Le persone meno abbienti o più

---

[35] E' quanto sta in parte avvenendo con i progetti di *social housing*, che rappresentano una modalità di coinvolgimento dei privati negli interventi di edilizia residenziale pubblica, attraverso forme di incentivazione (come la riduzione degli oneri di costruzione, le agevolazioni e detrazioni fiscali, ecc…): cfr. M. ALLENA, *Il* social housing: *posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Diritto pubblico*, I, 2014, 168 ss.

[36] Per cenni alla problematica della vocazione universalistica dei diritti sociali, oggetto di una vastissima bibliografia, si veda, di recente, A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *www.giurcost.org*, 3/2018.

bisognose si spostano naturalmente verso i luoghi dove possono trovare lavoro e, quindi, fonti di sostentamento e di supporto alle necessità quotidiane. Il rendere loro meno accessibili i servizi del welfare non ha l'effetto di frenare tali movimenti, ma soltanto di creare divisione sociale, indebolendo quel vincolo di solidarietà che è un valore fondamentale della nostra Costituzione.

© Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna – ISSN 2281-2113

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La libertà religiosa travolta dall'emergenza

PIERLUIGI CONSORTI*

Sommario

1. L'emergenza e noi. – 2. Lo stato dell'arte normativo pre-emergenza Covid-19. – 3. Lo stato dell'arte normativo nell'emergenza Covid-19. – 4. La libertà religiosa nella normativa di emergenza Covid-19. – 5. Libertà religiosa vs. *libertas Ecclesiae*. – 6. *Primum vivere, deinde philosophari*.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: pierluigi.consorti@unipi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. L'emergenza e noi

Il 2020 ci ha proiettati in una situazione alla quale eravamo impreparati sotto tutti i punti di vista. Per la verità, l'Organizzazione mondiale della sanità aveva già avvisato dei rischi pandemici da molti anni. Nel 2018 il Ministero della salute aveva predisposto un «Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale»[1], che non è stato però implementato né utilizzato. Da ultimo, nel 2019 la stessa Organizzazione mondiale è tornata a indicare fra le dieci minacce globali alla salute una pandemia influenzale: «l'unica cosa che non sappiamo è quando colpirà e quanto sarà severa»[2]. Ed eccoci qua: la pandemia è arrivata e ci ha trovato sprovveduti sotto diversi punti di vista. In primo luogo, ha messo a nudo molte debolezze strutturali del Servizio sanitario nazionale e di quelli regionali, ha rivelato la scarsità di fondi disponibili per la ricerca, e, sul versante giuridico, ha messo in luce la fragile impalcatura costituzionale relativa alla produzione di norme emergenziali. D'altra parte, non possiamo troppo meravigliarci. Le emergenze sono ontologicamente improvvise, e come tali difficilmente prevedibili.

La Costituzione italiana è figlia del suo tempo e prende in considerazione tre sole ipotesi riferibili a contesti di tipo emergenziale. La prima limita l'ordinaria libertà di circolazione e soggiorno nel territorio nazionale «per motivi di sanità o di sicurezza» (che in ipotesi possono anche non avere un carattere esclusivamente emergenziale), prevedendo una specifica riserva di legge generale (art. 16). La seconda riguarda la deliberazione dello «stato di guerra» (art. 78). Inoltre, la Costituzione, fra molte cautele, attribuisce al Governo la possibilità di prendere «provvedimenti provvisori con forza di legge» in «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77). In questi casi – che sono nella sostanza delle emergenze improvvise alle quali è necessario rispondere con immediatezza (la *necessaria urgenza*, o *l'urgenza necessitata* dei primi manuali di diritto costituzionale) – i decreti assunti dal Governo entrano immediatamente in vigore, e cessano di produrre effetti se nei successivi sessanta giorni le Camere non li convertono in legge. Tutti sappiamo però che la tassatività costituzionale si è persa nel tempo, rendendo la decretazione d'urgenza una forma quasi ordinaria della produzione legislativa italiana, che ricorre spesso anche alla delega legislativa ex art. 76, che a sua volta dovrebbe essere subordinata alla « determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti». In un certo senso, siamo finiti in una perenne emer-

---

[1] Disponibile qui http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_501_allegato.pdf

[2] https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019

genza politica, che ha fatto perdere di vista le emergenze vere, e ha assegnato natura di sostanziale definitività a provvedimenti altrimenti caratterizzati dalla loro provvisorietà. Come dice un detto popolare francese, *il n'y a que le provisoire qui dure*.

La dottrina costituzionalistica ha già trattato questi temi[3]. La questione è stata approfondita specialmente con riguardo al terrorismo[4] e alle ipotesi di limitazione delle libertà fondamentali determinate dalla reazione normativa emergenziale. In linea di principio, i diritti di libertà si propongono come domini particolarmente resistenti al volere della legge, che è pensata come strumento funzionale alla loro protezione e quindi incapacitata a indebolirli, se non in maniera temporanea. Allo stesso tempo la legge è costituzionalmente considerata l'unico strumento in grado di limitare tali diritti (attraverso la posizione delle note riserve di legge). Questa forza di resistenza dei diritti di libertà non dipende dalla legge e nemmeno dalla Costituzione, tant'è vero che appare anche negli ordinamenti di Common Law[5]. L'importanza dei diritti di libertà emerge specialmente nelle fonti di diritto internazionale, che hanno provato a imporre ai singoli Stati il rispetto delle libertà sottraendole alla disponibilità dei singoli governi[6]: col risultato di circoscrivere quanto più possibile l'eccezione per motivi di emergenza[7].

Tuttavia, bisogna arrendersi all'evidenza: la legge non può tutto, e l'emergenza produce diritto. Talvolta imponendo semplici modelli di accomodamento rispetto

---

[3] Cfr. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; T.E. FROSINI, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di A. DI GIOVINE, Torino, Giappichelli, 2005; P.M. MINDUS, *Emergenza, costituzione, diritti fondamentali: una guida critica*, in *DSP-WP Series*, 2007, 9, pp. 3-74; I. BONO, *Oltre la «mala Protezione civile»: l'emergenza come stile di governo*, in *Meridiana*, 2009, pp. 85-205; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *AIC*, 2015, 2, pp. 1-26. Per il dibattito sull'attuale contingenza, cfr. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 591-593, C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla",* in *lacostituzione.info*, 2 marzo 2020; L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 Marzo 2020, p. 9.

[4] B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, Meltemi, 2005; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006.

[5] D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University press, 2006.

[6] R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, in *BYIL*, 1976-77, pp. 281-320.

[7] L. ZAGATO, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Deportate, esuli e profughe*, 2006, 5-6, pp. 137-156.

alle regole ordinarie[8], altre volte producendo regole apposite[9]. Dopo la Seconda guerra mondiale, l'Olocausto e la bomba atomica l'umanità ha cercato di darsi regole che tenessero conto del *principio di precauzione*, che ha generato un vero e proprio *diritto della paura*[10]. Molte questioni pongono il legislatore di fronte a scelte difficili, talvolta al di sopra delle sue capacità. Gli interessi nazionali prevalgono su quelli comuni e gioco forza invece di decisioni audaci e di lungo respiro fioriscono regole incerte, imprecise, frettolose. L'emergenza è semplicisticamente affrontata accorciando la catena di comando e assegnando poteri eccezionali e derogatori della disciplina ordinaria. Si ricorre alla logica schematica del *commissariamento*, che in definitiva significa arrendersi a decisioni contingenti, immediate, pragmatiche. Buone – se sono buone – per governare l'immediato. Al *commissario* non è richiesta visione prospettica. E' un esperto dell'emergenza al di là del contesto. La sua preparazione specialistica ha bisogno di una visione politica, che è generalmente debole, e appare ancora più fragile quando è costretta a misurarsi con i tempi veloci imposti dalla gestione delle emergenze. Questo inevitabilmente crea vistosi buchi nelle maglie di una rete legislativa e regolamentare di per sé abbastanza logora. Se poi il tessuto sociale è anch'esso debole, impoverito, privo di risorse strutturali, costretto a fare affidamento sulla creatività e l'improvvisazione, allora difficilmente l'emergenza resterà transitoria. La crisi momentanea si trasformerà in una condizione duratura. Le regole eccezionali resteranno in piedi. La legge perderà di vista il bisogno delle libertà e la società riuscirà a farne a meno. Resteremo travolti dall'emergenza. Ma la responsabilità sarà nostra, non dell'emergenza.

2. Lo stato dell'arte normativo pre-emergenza Covid-19

Se vogliamo provare a capire quello che stiamo vivendo, dobbiamo fare un po' d'ordine. Come ho ricordato, la Costituzione non affronta il tema della gestione delle emergenze oltre le ipotesi menzionate. La questione però non poteva essere totalmente pretermessa dal quadro normativo, in quanto le emergenze sono prepotentemente entrate nella storia repubblicana nelle forme di veri e propri impre-

---

[8] O. GROSS, F. NI AOLÁIN, *Law in Times of crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University press, 2006.

[9] J. FEREJOHN, P. PASQUINO, *The Law of the exception. A tipology on emergency Powers*, *I.CON*, 2004, pp. 210-239.

[10] C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, Il Mulino, 2010; cfr. anche O. DI GIOVINE, *Un punto di vista alternativo? Dal diritto* della *paura al diritto* alla *paura*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, pp. 239-262.

visti. Nelle prime fasi è stato necessario appoggiarsi alle Forze armate, unica struttura attrezzata per intervenire in emergenze impreviste, che in via ordinaria erano affidate alle cure del Corpo nazionale dei vigli del fuoco. Quest'ultimo, è stato oggetto di una regolamentazione organica solo nel 1970, quando le norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da «calamità naturali o catastrofi» sono state raccolte in un disegno unitario volto a gestire la cosiddetta «protezione civile». In questo frangente è nato un modello di protezione civile nazionale disegnato sulla base di competenze precedenti all'attuazione delle Regioni, concentrate sull'amministrazione dell'interno e delle sue articolazioni locali.

Tale impianto è stato successivamente regolato con la legge 24 febbraio 1992, n. 225, che va considerata come la prima fonte normativa esattamente legata alla gestione delle emergenze, istitutiva del *Servizio nazionale di protezione civile*, com'è noto recentemente riordinato dal Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1. Quella legge prende in considerazione la tutela «dell'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi» (art. 1), assegnando alla Presidenza del Consiglio dei ministri, il coordinamento delle attività di protezione civile svolte dalle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, dalle regioni, dalle province, dai comuni e dagli enti pubblici nazionali e territoriali e da ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale. La protezione civile nazionale mantiene di fatto il solo coordinamento di interventi articolati su base locale e con il necessario, indispensabile e insostituibile, apporto di appositi organismi di volontariato di protezione civile. Il risultato è quello di un quadro generale a *macchie di leopardo*.

Questa legge – anche, qui, per la prima volta – prevede la disciplina dello «stato di emergenza», inteso come un periodo di tempo in cui dedicarsi a «rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita» (art. 3). L'art. 5 prevedeva che durante lo «stato di emergenza» il Presidente del Consiglio dei ministri – anche per il tramite del Capo del Dipartimento per la protezione civile, o altro soggetto *ad hoc* – assumesse poteri di ordinanza anche derogatori della disciplina ordinaria, col solo limite del rispetto dei – non troppo chiari – «principi generali dell'ordinamento giuridico» e – a seguito della riforma del 2018, anche – «delle norme dell'Unione europea». Non è necessario entrare in ulteriori dettagli; tuttavia, è opportuno tenere presente che durante lo «stato di emergenza» il potere di ordinanza è in grado di superare i limiti della legge. Questo significa che indipendentemente dalla veste assunta – delibera, ordinanza, decreto – tali atti hanno forza e valore di legge.

In realtà questo schema non è del tutto nuovo. L'ordinamento già conosceva ipotesi di assegnazione di poteri speciali di ordinanza in casi di contingibile urgenza, specialmente in materia di igiene e sanità pubblica. La legge 833 del 1978 li assegna al Ministro della salute con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o

a parte di esso comprendente più regioni, e ai Presidenti della giunta regionale e ai sindaci, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Nel quadro del coordinamento istituzionale, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, le ordinanze possono essere adottate dal sindaco quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi, l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle Regioni, secondo la dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

3. Lo stato dell'arte normativo nell'emergenza Covid-19

Su queste basi di riferimento si innesta un articolato insieme normativo e regolamentare volto alla gestione dell'emergenza determinata dalla necessità di contrastare il contagio causato dal coronavirus SARS-CoV-2, responsabile di una nuova malattia denominata Covid-19. La prima ordinanza in materia è stata adottata dal Ministro della salute il 30 gennaio 2020 (riguardava la limitazione dell'atterraggio in Italia di aeroplani provenienti dalla Cina). Il giorno successivo, il Consiglio dei ministri ha assunto la delibera di dichiarazione dello stato di emergenza per «rischio sanitario» per il periodo di sei mesi, autorizzando il Capo del Dipartimento della protezione civile ad emanare le ordinanze cha abbiamo conosciuto, precisando che potevano anche essere «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». Da questo momento in poi si sono succeduti diversi provvedimenti, fra i quali spicca l'Ordinanza del 21 febbraio 2020, con la quale il Ministro della salute d'intesa col Presidente della Regione Lombardia, assumeva i primi provvedimenti restrittivi anche di libertà fondamentali, all'inizio circoscritti al territorio di alcuni Comuni della Lombardia e del veneto, istituendo quella che verrà poi volgarmente chiamata «zona rossa».

L'Ordinanza è costruita sulla base di una Premessa formale molto curata, ricca di richiami a fonti di vario rango e ai principi di precauzione e proporzionalità, e presenta una parte dispositiva mai adottata in precedenza. Essa sospende «tutte le manifestazioni pubbliche, di qualsiasi natura, ivi comprese quelle religiose», le attività lavorative – con qualche eccezione – quelle ludiche, sportive eccetera. Due giorni dopo (il 23 febbraio 2020) è stato emanato un Decreto-legge (n. 6) convertito con modalità anch'esse di emergenza (alla sola presenza di una rappresentanza dei deputati e dei senatori, per garantire il necessario distanziamento sociale) nella legge 5 marzo 2020 n. 13. Questa fonte obbliga le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», alcune delle quali fortemente limitative di diritti di libertà: ad esempio, il divieto di allontanamento e di accesso da un comune, la «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni

forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico», la «chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità», la «limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto». L'art. 2 si presenta addirittura come una norma in bianco, in quanto assegna alle autorità competenti la possibilità di adottare ulteriori misure di contenimento, anche fuori dai casi - già abbastanza larghi e indeterminati – di cui all'articolo precedente. Infine, l'art. 3 precisa che le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale. Inoltre, in «casi di estrema necessità ed urgenza», tali misure possono essere adottate ai sensi delle leggi già vigenti che disciplinano i poteri di ordinanza in materia di emergenza igienica e sanitaria. Il regime sanzionatorio è costruito attraverso il rinvio all'articolo 650 del codice penale, e l'assegnazione ai Prefetti del potere di avvalersi anche delle Forze armate per l'esecuzione delle misure adottate.

Sono seguite ulteriori plurime ordinanze, a diversi livelli11, e un ulteriore Decreto-legge (25 marzo 2020, n. 9), che corregge alcune modalità di esercizio dei poteri di emergenza, ma nella sostanza conferma tutte le limitazioni già adottate alle libertà fondamentali con precedenti Decreti assunti dal Presidente del Consiglio dei ministri, fra cui la limitazione della circolazione delle persone, «se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni», la «limitazione o divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico»; la «limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso»; la «sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto». Alcune attività restano consentite, purché siano prese «misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio», altre misure possono essere imposte, «ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità». Anche questo Decreto-legge reitera i

---

[11] Una loro rassegna si trova http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/archivioNormativaNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&anno=2020

poteri già riconosciuti alle Autorità in forza della legge 833 del 1978, e in particolare vieta ai Sindaci di adottare ordinanze contingibili in contrasto con le misure statali. Il sistema sanzionatorio è stato perfezionato ponendo un'apposita sanzione amministrativa e l'espressa previsione di un potere – riconosciuto all'autorità che accerta la violazione – di impedirne la prosecuzione o la reiterazione e con l'attribuzione al personale delle Forze armate impiegato dal Prefetto competente, la qualifica di agente di pubblica sicurezza.

4. La libertà religiosa nella normativa di emergenza da Covid-19

La libertà religiosa è stata toccata sin dalla prima ordinanza istitutiva della c.d. «zona rossa» che, come si ricorderà, sospendeva «tutte le manifestazioni pubbliche, di qualsiasi natura, ivi comprese quelle religiose». Non mi pare che sussistano in questo caso estremi discriminatori. La ragione della sospensione delle manifestazioni pubbliche è direttamente funzionale all'eliminazione di possibili evidenti cause di contagio. Allo stesso modo, le disposizioni successive non hanno mai discriminato la materia religiosa riservandole un trattamento diverso da quello attribuito alle altre libertà.

Qualche polemica si è registrata in verità circa il disposto del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8 marzo 2020, che prevedeva un duplice registro di limitazioni su base locale. Nei territori più provati dal contagio si disponeva la sospensione di tutte le manifestazioni organizzate, ivi comprese quelle di carattere religioso, ma sull'intero territorio nazionale l'apertura dei luoghi di culto era condizionata all'adozione di misure organizzative, tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. Con una formula non molto felice, si precisava anche la sospensione delle «cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri».

Non si può non osservare l'imprecisione della lettera della norma, che rinvia ad almeno due espressioni affatto ambigue: ossia «assembramento» e «cerimonia». Nel primo caso l'interpretazione più corretta – stando al vocabolario – dovrebbe essere data dalla presenza di un numero significativo, ancorché indeterminato, di persone. Di «assembramenti» si parla anche nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che permette di sciogliere «riunioni» e «assembramenti» che si svolgano in «luogo pubblico o aperto al pubblico» se «avvengono manifestazioni o grida sediziose o lesive del prestigio dell'autorità, o che comunque possono mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, ovvero quando nelle riunioni o negli assembramenti predetti sono commessi delitti» (art. 20). La differenza fra «riunioni» e «assembramenti» è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina costituzionalistica, in quanto l'art. 17 Cost. garantisce il diritto di riunione, ma non

fa menzione degli assembramenti. La dottrina ha unanimemente ritenuto non influente questa distinzione sul piano della garanzia costituzionale, e si è limitata a distinguere il carattere casuale od occasionale dell'assembramento rispetto alla riunione[12]. Del resto, le norme di pubblica sicurezza mirano a definire la disciplina da seguire nel caso dello scioglimento – da parte delle forze di polizia – di assembramenti sediziosi, e di conseguenza il punto centrale dell'interpretazione non riguarda tanto la fattispecie soggettiva (ossia, la quantificazione del numero delle persone), quanto quella oggettiva funzionale (vale a dire, la prevenzione della sedizione)[13]. Probabilmente, l'indeterminatezza quantitativa è frutto di una precisa volontà del legislatore, che lascia un ampio margine di discrezionalità interpretativa a chi è in concreto chiamato a decidere se l'assembramento è lecito o va sciolto[14].

Tali incertezze si riversano nell'attuale situazione storica, dato che anche queste Ordinanze emergenziali mancano di identificare con precisione quante persone formano un assembramento pericoloso per la salute pubblica. Sulla base della *ratio* normativa, sarebbe legittimo riferirlo a tutte le ipotesi in cui non sia possibile tenere la distanza interpersonale, valutata in «almeno un metro»[15]. L'interpretazione corrente di assembramento – avvalorata da documenti ministeriali[16] - equivale a … più di una persona: una coppia è già assembramento[17]. La distanza preventiva del contagio non vale ai fini della valutazione dell'assembramento. Inoltre, con qualche eccesso di zelo, due persone conviventi non possono uscire a fare la spesa insieme e non possono stare nella medesima automobile, e solo nel mese di aprile si è ritenuto accettabile che un genitore – ma solo uno – accompagnasse un figlio

---

[12] F. ROSA, *Art. 17*, in *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, Bologna, 2018, p. 122.

[13] Cfr. A. BELLAVISTA, *Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*, in *Wp Csdle Massimo D'Antona.Int*, 2019, 150.

[14] Cfr. E. GARGIULO, *Ordine pubblico, regole private. Rappresentazioni della folla e prescrizioni comportamentali nei manuali per i Reparti mobili*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2015, 3, pp. 481-511. Analoga indeterminatezza si riscontra anche in relazione alla definizione degli assembramenti che costituiscano una delle «aree congestionate» sulle quali vige il divieto di sorvolo, cfr. R. FERRARA, *Nota a Consiglio di Stato, sezione IV, 28 agosto 1984*, n. 646, in *Il Foro Italiano*, 1985, 1, cc. 1-8.

[15] La misura effettiva della minima «distanza interpersonale» è stata definita – in tempi diversi - a livello regionale.

[16] Cfr ad esempio la Circolare Ministero dell'interno (gabinetto del Ministro) del 31 marzo 2020.

[17] Nella citata circolare del 31 marzo 2020 leggiamo: «Si ricorda che, in ogni caso, tutti gli spostamenti sono soggetti al divieto generale di assembramento e, quindi, all'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza minima di un metro da ogni altra persona».

(anche più di uno) a fare una passeggiata, purché restasse vicino alla propria abitazione. Insomma, l'interpretazione cogente era dettata dal divieto di varcare la porta della propria abitazione se non per motivi di assoluta necessità, peraltro valutata sul momento dal pubblico ufficiale che il caso avesse posto sul tragitto.

Per quanto ci interessa più da vicino: i luoghi di culto sono bensì aperti, ma non ci si può legittimamente andare, a meno che l'agente di turno non si convinca che la chiesa si trovi sul percorso da compiere per un'altra legittima necessità. Questa interpretazione è avvalorata da una Nota ministeriale[18], che per l'appunto ha confermato che l'ingresso in una chiesa aperta è possibile se l'edificio si trova sul tragitto lecito per necessità. Insomma, si può entrare in una chiesa aperta mentre si va a fare la spesa, ma non si può uscire per andare in chiesa (a meno che non sia tenuto ad andarci per motivi di lavoro: il sacrista ad esempio può uscire per aprire una chiesa), tranne che non sia nella prossimità della propria abitazione[19]. Come si vede, l'emergenza produce diritto, ma non necessariamente ragionevole. Per non scadere nell'aneddotica, è opportuno anticipare qui il tema delle necessità spirituali come motivi validi per uscire di casa, su cui tornerò.

Prima vorrei svolgere qualche considerazione sull'espressione «cerimonia civile o religiosa», oggetto di esplicita sospensione. Di per sé, una cerimonia è una manifestazione dotata di una certa ritualità, cui concorrono più persone; sotto questo profilo, nella misura in cui configuri un assembramento, o – peggio ancora – una riunione, rientra nel divieto generale richiamato nei diversi provvedimenti governativi. In un certo senso, si può dire che l'Ordinanza esercita un ruolo esemplificativo rafforzativo del divieto di circolazione, eliminando in radice l'eventuale necessità di muoversi per partecipare a cerimonie, tanto civili, quanto religiose. Questo abbinamento fra cerimonie civili e religiose in realtà non aiuta alla comprensione della fattispecie, anzi costituisce un ulteriore motivo di incertezza, aggravato dal funesto comune riferimento al contesto funebre, che purtroppo si addice alla contingenza storica. Come ho anticipato, una volta che è stato imposto il divieto di assembramenti, il richiamo alle cerimonie apparirebbe superfluo, se non in quanto riferibile all'involuto richiamo alle condizioni che subordinano l'apertura dei luoghi di culto, ove in linea di principio si potrebbero svolgere cerimonie, peraltro sospese.

Penso sia ragionevole domandarsi che senso abbia avuto lasciare la possibilità di tenere aperto un luogo di culto dove nessuno può recarsi, se non per situazioni

---

[18] *Nota* della Direzione Centrale degli Affari dei Culti (Ministero dell'Interno) indirizzata a Mons. Ivan Maffeis, sottosegretario della Conferenza Episcopale Italiana, del 28 marzo 2020. La si può leggere al seguente link: https://diresom.net/2020/03/28/italy-a-letter-to-episcopal-conference-by-the-ministry-of-interior/.

[19] Cfr. le Faq ministeriali al Dpcm 10 aprile 2020.

contingentate, e comunque da solo; e anche dovendo prestare attenzione a mantenere la distanza prescritta con altre persone che avessero varcato la soglia, e che avrebbero anche dovuto superare il controllo del gestore del luogo, che in forza delle regole emanate, sopporta l'onere di verificare il distanziamento e predisporre le misure igieniche preventive (predisporre la possibilità di disinfettare/lavare le mani, indossare mascherina e guanti, provvedere alla sanificazione dell'ambiente, eccetera). Come si vede, anche in questo caso l'emergenza ha 'normato un pasticcio'. L'apertura dei luoghi di culto è stata nei fatti rimessa alle decisioni assunte dalle singole confessioni religiose. I Testimoni di Geova, i mormoni e molte Chiese cristiane a tradizione protestante hanno chiuso i loro luoghi di culto collettivo, mentre la Chiesa cattolica – che devozionalmente attribuisce una certa importanza sacra allo spazio religioso[20], ha mantenuto aperte le sue chiese, sebbene non ovunque e sempre[21].

Consideriamo anche l'ipotesi che per «cerimonia» non si intendesse qualsiasi manifestazione pubblica, ma più precisamente una celebrazione alla presenza di più persone, anche in un luogo privato, e che in qualche modo presentasse i caratteri propri di una certa ritualità. La menzione dei funerali, che senz'altro sono vietati, assume in questa prospettiva un carattere esemplificativo. L'incertezza interpretativa è pertanto ragionevole, in quanto non è immediatamente comprensibile capire se potessero essere svolte azioni associate di culto che non integrassero la fattispecie – ahimé, incerta – della «cerimonia». Con ogni probabilità chi ha scritto la regola – nella fretta dell'emergenza – aveva in mente la celebrazione della Messa cattolica e precisamente della celebrazione di un matrimonio: questo varrebbe a giustificare il binomio «civile e religioso»[22]. Orbene, la celebrazione della Messa è stata senz'altro sospesa (un'interpretazione confermata anche dalla Nota della Cei dell'8 marzo 2020[23]), ma si sarebbe potuto ad esempio ammettere la celebrazione del culto protestante, che non è univocamente inteso come una «cerimonia», ancorché sia inequivocabilmente una riunione, che tuttavia – nelle primissime fasi di contenimento del contagio – sarebbe stata ammessa se si fosse tenuta in un ambiente che avesse permesso di osservare il prescritto distanziamento sociale. Allo

---

[20] Cfr. L. M. GUZZO, *Gli edifici destinati al culto cattolico, tra disciplina normativa e nuove esigenze*, in *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità*, a cura di A. FUCCILLO, Napoli, 2017, pp.507-528.

[21] Il Vicariato di Roma con decreto del 12 marzo ha fissato per tre settimane la chiusura delle chiese salvo, poi, riaprirle il giorno dopo.

[22] Ad esempio, la richiamata Nota ministeriale del 28 marzo 2020 interpreta le disposizioni governative nel senso che sono ammesse le celebrazioni dei matrimoni.

[23] Cfr. *La posizione della Cei*, 8 marzo 2020, https://www.chiesacattolica.it/decreto-coronavirus-la-posizione-della-cei/

stesso modo, si potrebbe opinare che la sospensione della Messa cattolica non impediva altre azioni cultuali che non avessero integrato l'ipotesi di una «cerimonia», ad esempio perché svolte da poche persone e senza seguire riti predefiniti. Discussioni di questo tipo, che hanno animato i social media all'indomani dell'8 marzo, danno lo spessore della confusione determinata dall'emergenza, ma in realtà – l'abbiamo visto – assomigliano a questioni di lana caprina sulle quali è inutile rompersi il cervello, dato che il punto assorbente – per la verità, non chiaramente scritto nel decreto in questione, benché proclamato via Facebook e sovente dagli altoparlanti montati su macchine comunali – è stato il divieto di uscire di casa se non per ragioni tassativamente descritte, e l'interpretazione altrettanto tassativa che configurava già in due persone l'ipotesi di un assembramento vietato.

Quindi, il diritto dell'emergenza travolge insieme libertà e logica, e finisce anche per metterci nelle mani del poliziotto municipale o del carabiniere di turno, che si trova nell'immediata contingenza di decidere se uno spostamento è lecito o meno. Questa è una pericolosa conseguenza della regolamentazione d'emergenza, costretta a misurarsi con tempi, questioni e bilanciamenti pensati per rispondere a esigenze ordinarie che seguono tempi e controlli incompatibili con la necessaria tempestività di reazione imposta dal contrasto al virus. Sotto questo profilo, la carenza di chiarezza delle norme dettate nell'immediato va imputata alla difficoltà di comprendere la complessità della situazione, e allo stesso tempo di comunicare con sufficiente limpidezza gli obiettivi perseguiti dalle autorità di governo. Da questo punto di vista, ad esempio, se la regola primaria era quella di impedire di uscire di casa se non in casi di assoluta e improcrastinabile necessità, l'apertura dei luoghi di culto poteva serenamente essere evitata. Se, al contrario, la *ratio* era quella di consentire una mobilità limitata a necessità anche differibili, comunque valutate su base soggettiva – tali da ammettere, ad esempio, la possibilità di comprare le sigarette – poteva configurare la liceità di uno spostamento verso un luogo di culto. Da questo punto di vista, lo Stato avrebbe dovuto manifestare maggiore coerenza normativa: l'apertura dei luoghi di culto avrebbe dovuto integrare un legittimo motivo di spostamento, non per svolgere cerimonie o celebrazioni, bensì per soddisfare legittime esigenze spirituali di carattere individuale. Se nelle primissima fase dell'emergenza non è stato possibile formulare disposizioni sufficientemente chiare, è certamente opportuno che col tempo gli interessi in gioco possano essere ponderati con maggiore equilibrio. Beninteso, le celebrazioni liturgiche devono restare subordinate all'adozione delle necessarie misure di prevenzione del contagio,

ma sarebbe possibile ammettere accomodamenti rituali che bilancino i diritti e i doveri dettai da regole uguali per tutti[24].

A mio parere, il principale punto dolente di questa vicenda non riguarda tanto la mancata attenzione per la specificità religiosa, quanto la scarsa chiarezza giuridica dell'equilibrio ricercato dal decisore governativo. Il dibattito popolare si è alimentato di paragoni discutibili: qualcuno ha fatto osservare che se si può entrare in un supermercato per approvvigionarsi di cibo per il corpo, si sarebbe dovuto consentire – con le medesime attenzioni? – di entrare anche in luoghi di approvvigionamento spirituale. Questo tema dal punto di vista religioso è molto complesso, dato che l'interpretazione del diritto di manifestare in forma associata il culto andrebbe valutato con la dovuta attenzione per l'autonomia confessionale riconosciuta dall'art. 8, secondo comma, della Costituzione, e quindi indagato anche sul versante intra-confessionale, nella misura in cui questo incide sui diritti e sui doveri dei fedeli. Non bisogna dimenticare che la chiusura dei luoghi di culto e la sospensione delle «cerimonie religiose» è stata decisa dagli organi confessionali in maniera autonoma, e non solo come riflesso delle disposizioni statali. Ad esempio, lo spostamento on line delle celebrazioni cattoliche come rimedio per contrastare l'impossibilità di convocare fisicamente il popolo, è maturata nell'autonomia confessionale: le celebrazioni della Settimana Santa sono state adattate e modificate dalle autorità cattoliche prima ancora che quella settimana fosse temporalmente inclusa nel periodo di «quarantena». Non intendo tuttavia sviluppare in questa sede tale questione, in quanto desidero concentrare la riflessione sul solo piano del diritto dell'emergenza statale.

5. Libertà religiosa vs. *libertas Ecclesiae*

La sospensione della manifestazione pubblica del culto configura esattamente l'ipotesi tutelata dall'ultima parte dell'art. 19 della Costituzione, che riconosce a tutti il diritto di esercitare in privato o in pubblico il culto, col solo limite dei riti contrari al buon costume. La previsione esplicita di un solo limite indicherebbe, secondo alcuni, che tale libertà non ammette altre restrizioni.

---

[24] A questo proposito, cfr. DIRESOM, *Proposta per una cauta ripresa in sicurezza delle celebrazioni religiose*, in https://diresom.net/2020/04/27/position-paper-proposta-per-una-cauta-ripresa-in-sicurezza-delle-celebrazioni-religiose/

Si tratta di una lettura che trova alcune ragioni favorevoli[25]. La sua interpretazione necessita tuttavia di una contestualizzazione storica – che non posso sviluppare qui[26] - e di una lettura costituzionalmente equilibrata. Da quest'ultimo punto di vista, si deve osservare preliminarmente che la legislazione d'emergenza si fonda sulla prevalenza dei doveri inderogabili di solidarietà rispetto ai diritti inviolabili. Sicché anche il diritto di libertà di culto può subire accomodamenti necessitati dal dovere di impedire il contagio e la morte di altri. Sotto questo profilo, non ravviso nessuna restrizione indebita o sproporzionata, dato che la libertà religiosa ha sofferto in termini di principio restrizioni comuni ad altre libertà.

Del resto, credo che sia necessario – o, almeno, opportuno – inserire la protezione costituzionalmente accordata alla libertà di culto nel quadro delle tutele riconosciute dai *Core International Human Rights Treaties,* che dal 1948 in poi hanno costruito una più dettagliata rete di protezione dei diritti di libertà. Per l'ordinamento italiano rilevano in particolare il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e, su un piano regionale, sia la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* sia la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Questi documenti riconoscono l'importanza della libertà di culto, ma allo stesso tempo ammettono possibili restrizioni previste per legge se necessarie per la tutela della sanità pubblica (art. 18 del Patto) e della salute (artt. 9 e 14 della Cedu). Da questo punto di vista, le limitazioni alla libertà di culto potrebbero essere criticate solo se fossero esclusive, in quanto integrerebbero un'ipotesi di *discriminazione*, o non fossero adottate per legge.

Sul primo aspetto, ho già segnalato che le norme italiane non hanno discriminato la libertà di culto rispetto ad altre libertà, che sono state tutte limitate per le medesime ragioni di contenimento del contagio. Sul secondo punto, credo che si debba tener conto che lo strumento normativo adottato, pur non avendo sempre vestito inequivocabilmente la forma della legge, sia stato nella sostanza equiparabile alla legge, in forza delle regole generali stabilite per le emergenze, che attribuiscono poteri di ordinanza tali da derogare anche la legge. Sono consapevole della delicatezza della questione, e della conseguente necessità di dotarsi in futuro di una disciplina delle emergenze più equilibrata di quanto non sia stato già fatto, ma

---

[25] Sebbene non si possa ignorare la giurisprudenza costituzionale sui c.d. «limiti impliciti», per cui cfr. N. MARCHEI, *La Corte costituzionale sugli edifici di culto tra limiti alla libertà religiosa e interventi positivi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, 5, pp. 64-68. In tema di libertà di riunione religiosa cfr. anche Corte cost. 18 marzo 1957, n. 45.

[26] Sia consentito il rinvio a P. CONSORTI, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

allo stesso tempo non credo che allo stato dell'arte, e vista la realtà effettiva dell'emergenza in atto, sia imputabile un vizio di forma[27].

In dottrina è stato avanzato un altro dubbio di legittimità della limitazione adottata con specifico riferimento alla libertà di culto dei cattolici, in quanto ritenuta oggetto della specifica protezione assegnata ex art. 7 Cost. al regime concordatario. Questa posizione tende a colpire non tanto la sostanza delle disposizioni emergenziali, quanto il fatto che siano state assunte senza una previa interlocuzione fra Stato e Chiesa[28]. L'idea sottesa a questa tesi sembrerebbe dipendere da una tradizionale propensione a considerare la libertà di culto una questione prioritariamente ecclesiastica, che rientra nell'ordine proprio della Chiesa cattolica, intangibile – senza eccezione alcuna – dallo Stato. Una sorta di *res mixta* che nella logica della ripartizione dei poteri imporrebbe allo Stato un obbligo di dialogo previo con l'altra parte, anche nei casi di contingibile emergenza. A me sembra che questa idea, in teoria anche plausibile, soffra del già menzionato difetto di «semplificazione emergenziale», probabilmente dovuto ad una scarsa attenzione alle fonti proprie – ancorché incerte e criticabili – del diritto di emergenza[29], che necessariamente prevalgono sulle ordinarie regole di cortesia diplomatica.

---

[27] Su questo punto rinvio a N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, 7, spec. pp. 26 e 27, il quale esprime con la necessaria completezza le questioni in gioco, anche se, per la verità, non fa riferimento alla – ancorché debole, se vogliamo – delegificazione solo formale dei poteri di ordinanza che discendono dallo «stato di emergenza». Vedi anche A. LICASTRO, *Il Lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, pag. 222 – 233.

[28] Per primo si è espresso a caldo V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, 16 marzo 2020, in *OLIR*, https://www.olir.it/focus/vincenzo-pacillo-la-sospensione-dei-diritti-nel-tempo-della-pandemia/.

[29] Mi sembra che diversi Autori non tengano in sufficiente conto il quadro della "gerarchia delle fonti di emergenza", un esempio di questa lacuna analitica in R. SANTORO, *La tutela penale del sentimento religioso ai tempi del Covid-19: il caso del turbamento di funzioni religiose da parte delle Forze dell'ordine*, in*OLIR*, 22 aprile 2020 (https://www.olir.it/focus/raffaele-santoro-la-tutela-penale-del-sentimento-religioso-ai-tempi-del-codiv-19-il-caso-del-turbamento-di-funzioni-religiose-da-parte-delle-forze-dellordine), il quale interpreta la fattispecie concreta sulla base di norme ordinarie, senza tener conto che la legislazione d'emergenza vigente impone all'autorità che accerta una violazione delle misure imposte per la prevenzione del contagio «di impedirne la prosecuzione». Il tema dell'interruzione d'emergenza di una cerimonia vietata perché pericolosa non può a mio avviso essere letto secondo le chiavi interpretative ordinarie del rispetto del solo ordine pubblico. Sarebbe come dire che, venute a conoscenza di un possibile crollo del soffitto di una chiesa, le forze dell'ordine non possono interrompere una cele-

Si tratta di un'impostazione tradizionale che si appoggia su argomenti storici superati dalla realtà dei fatti. La libertà di culto e, più in generale, la libertà religiosa sono senz'altro materie di competenza statale, connesse all'espressione della libertà religiosa individuale, di «tutti», ex art. 19 Cost., che restano soggette ad una sostanziale bilateralità dialogica (ex art. 11 Tue) e, se vogliamo, istituzionale per la parte che toccasse i rapporti con le confessioni religiose ex art. 8 Cost., senza però esentare la competenza solo statale della disciplina dell'emergenza. Come ho detto, disciplina manchevole e migliorabile sotto molti punti di vista, ma che non credo possa essere realisticamente subordinata all'interlocuzione anche con le confessioni religiose, che costituirebbe un aggravio procedurale potenzialmente d'ostacolo alla gestione dell'emergenza. In altre parole, non mi sembra ragionevole utilizzare i tradizionali parametri interpretativi ordinari anche nelle ipotesi di acclarata emergenza.

Sul piano storico fattuale, mi sembra che le Confessioni religiose abbiano autonomamente assunto decisioni emergenziali di contrasto al contagio senza necessariamente appiattirsi sulle indicazioni statali[30].

In ogni caso, in dottrina si è alzata una voce molto forte in difesa della bilateralità mancata[31]. Ancora una volta, la tesi muove dalla contemporanea accettazione sostanziale dello stato di emergenza e una forte insofferenza per la sciatteria istituzionale che ha mancato di avviare il necessario confronto con i soggetti confessionali. Questione che indubbiamente va valutata con severa attenzione, e che purtroppo si estende alla più larga confusione istituzionale che ha caratterizzato i rapporti fra Stato e Regioni, fra Protezione civile nazionale e apparati locali, nonché messo a nudo le criticità strutturali del servizio sanitario, impreparato ad affrontare un'epidemia di portata eccezionale, ancorché prevedibile, come si è osservato in premessa. Acclarata quindi la sussistenza di una debolezza della capacità di reazione unitaria delle istituzioni repubblicane all'emergenza sanitaria, non credo che

---

brazione senza darne «previo avviso all'autorità ecclesiastica competente», ovvero attendano la fine della celebrazione nella fiduciosa speranza che anche la struttura dell'edificio mantenga il dovuto raccoglimento e crolli solo quando la celebrazione sia conclusa.

[30] Allo stato non è possibile avere una conoscenza puntuale degli avvenimenti. Bisogna affidarsi alle sole fonti giornalistiche, spesso contraddittorie, e comunque prive di riferimenti al contenuto delle interlocuzioni che pare ci siano state fra rappresentanze statali e confessionali, almeno *ex parte Ecclesiae catholicae*. Le norme in questione non sembrano adatte a dare spazio ad una «bilateralità emergenziale», posto che esista una necessità in questo senso. Vedi *infra.*

[31] Cfr. V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, 8, pp. 85-94.

si debba anche lamentare una lesione della bilateralità pattizia, che peraltro è vittima di una sciatteria che dura da decenni, e che in tempi di emergenza non può certo magicamente svanire.

Sotto questo profilo, mi sembra opportuno ribadire che la libertà di culto non è materia lasciata alla sola autonomia confessionale. Essa è espressione di un diritto di libertà che lo Stato garantisce e tutela nei confronti di tutti, anche dei non credenti. In presenza di ragioni eccezionali che impongono di preservare la vita degli uomini e delle donne, lo Stato può legittimamente sospendere temporaneamente e in modo ben delineato l'esercizio dei diritti di libertà, ivi compresa quella religiosa, e le istituzioni confessionali hanno il dovere di concorrere per quanto di loro competenza per sostenere la prevenzione del contagio, e quindi anche adattando le loro regole alle necessità dettate dall'emergenza. Alcune polemiche emerse in questa circostanza hanno messo a nudo tante debolezze, che possono essere superate con creatività politica e intelligenza dottrinale, cercando di tenere fermi gli obiettivi di solidarietà sociale senza farli travolgere da un'assoluta e formalistica pretesa del rispetto di diritti e prassi dettati per momenti ordinari.

6. *Primum vivere, deinde philosophari*

La questione della possibile limitazione dei diritti di libertà non è nuova. Essa è stata ampiamente studiata, e in anni recenti sviluppata anche con riferimento alle cosiddette «eccezioni di emergenza».

Non credo di sbagliare se collego l'ultimo momento storico in cui questo dibattito si è riacceso a livello mondiale con l'emergenza determinata dall'ondata di attacchi terroristici, iniziati con l'attentato contro le Torri gemelle di New York nel 2001. Le linee interpretative della limitazione dei diritti di libertà in funzione del prevalente rispetto della sicurezza, materiale e ordinamentale, sono state studiate anche con riferimento all'emergenza economica suscitata dalla speculazione finanziaria del 2006. Si è trattato di due *crisi* di diversa natura, che hanno però portato all'attenzione degli studiosi alcuni nodi problematici, per certi versi comuni ancorché riferibili ad ambiti materiali diversi. In entrambi i casi legislatori e giuristi hanno rispettivamente deciso e discusso i termini oggettivi del bilanciamento fra i diritti in gioco, ben sapendo di correre il più grave rischio sociale determinato dalla gestione delle emergenze, che è quello di credere che esse possano essere affrontate necessariamente e inevitabilmente pagando il prezzo di un sacrificio delle libertà, talvolta tanto difficilmente conquistate. Un sacrificio accettabile solo se assolutamente necessario e temporalmente circoscritto: peccato che si tratti di condizioni tanto oggettive quanto difficilmente apprezzabili, specialmente se l'esercizio dell'inesorabile discrezionalità è travolto dalla necessità di superare l'emergenza.
Da questo punto di vista il tema è sociale prima che giuridico, poiché il punto cruciale diventa quello di costruire una società capace di affrontare le emergenze

senza dovere necessariamente limitare le libertà. Insomma: fondare un edificio sociale attraverso norme che permettano di sopportare le emergenze senza troppi sacrifici.

Qualche anno fa ho lavorato ad un Progetto di ricerca interdisciplinare che metteva a fuoco questo tema[32]. Parlavamo esattamente di «libertà spaventate»[33], e personalmente cercai di mettere in luce l'importanza che la paura gioca in questi frangenti critici[34], specialmente quando le crisi non sembrano destinate a concludersi in tempi brevi, ma anzi suggeriscono di assumere comportamenti destinati a incidere pesantemente sulle stesse abitudini di vita sociale. Ed è questa l'ipotesi delle *crisi strutturali*, come purtroppo sembra allo stato essere quella determinata dalla comparsa di un nuovo coronavirus.

Ora, tutti conveniamo sul fatto che di fronte alle emergenze l'ordinamento giuridico possa rispondere con strumenti eccezionali, tali da sacrificare persino libertà fondamentali e diritti inviolabili, « quando l'emergenza è sporadica, eccezionale, temporanea». In questi casi il legislatore può lavorare lungo binari che permettono di bilanciare nel tempo precauzionalità, proporzionalità e ragionevolezza, ma come fare quando l'emergenza diventasse «un tratto permanente»[35]?

La gestione delle crisi finanziarie e del terrorismo ci ha consegnato proprio questa lezione: «l'eccezionale è divenuto quotidiano. Conseguentemente, anche le ricadute sul livello di tutela dei diritti fondamentali rischiano di trasformarsi da contingenti in durevoli e forse irreversibili»[36]. In altre parole, gli strumenti eccezionali giustificati dalla gestione dell'emergenza hanno lasciato segni permanenti; ma soprattutto – e questo è un dato socialmente prevalente – non si sono rivelati risolutivi, in quanto hanno mancato di intervenire sulle cause profonde che hanno provocato l'emergenza. Sul momento, la paura *forse* diminuisce, ma se percepiamo che il prezzo pagato per la diminuzione delle libertà non porterà *certamente* i frutti attesi in termini di maggiore sicurezza, soffriamo queste limitazioni e siamo portati a non sopportarle. Del resto, il terrorismo non è finito, la crisi finanziaria non è risolta, la disuguaglianza sociale continua a crescere, e così siamo progressivamente sempre più disposti a correre il rischio del contagio virale per tornare alla vita cosiddetta *normale*. La psicologia della catastrofe si mescola con quella dell'emergenza strutturale e la necessità di vedere la fine del tunnel impedisce di registrare

---

[32] Cfr. *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO, P. CONSORTI E S. PANIZZA, Pisa, PUP, 2016

[33] Cfr. *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempo di crisi*, a cura di P. CONSORTI, F. DAL CANTO E S. PANIZZA, Pisa, PUP, 2016

[34] P. CONSORTI, *La paura della libertà religiosa*, in *Le libertà spaventate*, cit., pp. 43-49.

[35] F. DAL CANTO, *Presentazione*, in *Libertà di espressione*, cit., p. 6.

[36] F. DAL CANTO, *ibidem*.

il dato socialmente prevalente: i sacrifici imposti dalle legislazioni emergenziali non portano i risultati sperati.

Una seconda lezione la traiamo proprio sul versante giuridico: l'analisi delle crisi ci mette davanti al ruolo sociale giocato dal diritto, che è al tempo stesso condizionato dalla paura e occasione di ulteriore preoccupazione. Le crisi inducono cambiamenti giuridici – portano a ridurre le libertà – tali da far crescere il sentimento di paura ma anche il senso di insicurezza. Per spiegare questo punto, ho utilizzato la metafora della favola dei tre porcellini che devono scegliere come organizzare il loro futuro in autonomia. Tutti e tre conoscono le insidie della vita, ma costruiscono tre risposte diverse, e solo quella più meditata, apparentemente troppo lenta e perfino occasione di dileggio da parte degli altri, riesce a superare l'attacco del lupo. La fretta, il respiro breve, lo sguardo corto distolgono l'attenzione dai progetti di lungo periodo; così le case costruite velocemente ma senza progetto, crollano. Cedono i viadotti, esondano i fiumi, e le epidemie mietono più vittime di quanto non fosse immaginabile. La colpa dei danni non è imputabile (solo) ai fiumi o ai viadotti, e nemmeno (solo) al virus.

E' ovvio che questi risultati non sono imputabili direttamente nemmeno al diritto, ma non c'è dubbio che esistono responsabilità politiche che coinvolgono il diritto, che è un prodotto della politica, ma al tempo stesso ne deve anche essere un limite. Il legislatore ha la responsabilità delle norme che produce, l'esecutivo delle regole con cui queste leggi sono o non sono applicate, e ciascuno di noi sopporta la responsabilità delle scelte politiche che compie o non compie. C'è un filo rosso che lega le nostre vite in termini di *adempimento dei doveri di solidarietà* sociale e che produce regole ordinarie che possono reggere l'urto dell'emergenza, oppure crollare. Le leggi scritte sotto l'ansia della paura sono destinate a indebolire la costruzione di una civiltà giuridica che è cresciuta attraverso il progressivo riconoscimento di diritti e delle libertà.

L'esperienza della legislazione emergenziale prodotta in Italia nei primi mesi del 2020 ha mostrato anche alcune debolezze strutturali, in parte attribuibili alla responsabilità di una classe politica poco allenata a misurarsi con le progettualità di lungo periodo. L'assenza dello sguardo prospettico infatti indebolisce anche le decisioni emergenziali, e può persino vanificare il senso stesso dei sacrifici determinati dalla prima gestione dell'emergenza. Per raccogliere frutti duraturi, è necessario richiamare la responsabilità personale verso l'adempimento dei doveri di solidarietà. Prima di rivendicare l'esercizio di diritti, bisogna adempiere i propri doveri di solidarietà.

Qualche settimana fa, il cardinale Burke – oppositore dichiarato di papa Francesco – ha ribadito che il coronavirus non deve spaventare i cattolici, in quali devono frequentare i culti in maniera collettiva perché i sacramenti sono cibo per il

corpo e per l'anima[37]. Egli incarna una posizione estrema e un po' spavalda, propria di chi non si fida della scienza e si beffa delle regole invitando persino alla disobbedienza civile. A me pare che in questo momento le religioni debbano fare la loro parte per mobilitare risorse spirituali senza sottovalutare i rischi sanitari.

Di fronte al virus sconosciuto tutti dobbiamo riconoscerci disarmati. E' il momento di riscoprire il senso del limite umano. La scienza – per bocca dell'Organizzazione mondiale della sanità – ricorda che le precedenti pandemie sono finite più o meno improvvisamente. Nel 590 il papa Gregorio Magno, che era succeduto al suo predecessore morto l'anno precedente a causa della peste, organizzò a Roma una controversa processione propiziatoria. Le cronache raccontano che lungo la strada morirono ottanta persone, eppure il papa continuò a camminare; giunto in prossimità del Tevere, gli apparve l'Arcangelo Michele che riponeva la spada nel fodero. La peste era finita. Per il momento.

---

[37] Cfr. "Message on the Combat against the Coronavirus", COVID-19, in https://diresom.net/2020/03/22/rns-catholic-cardinal-burke-says-faithful-should-attend-mass-despite-coronavirus/

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Imprese di informazione locale: la Corte afferma la legittimità dell'esclusione dai finanziamenti pubblici anche in caso di condanne non definitive*

VALENTINA PUPO**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 248 del 4 dicembre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0248s-19.html

Sommario

1. Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri. – 2. I motivi dell'infondatezza della questione e la configurazione del requisito secondo la Corte costituzionale. – 3. Il caso della legge della Provincia autonoma di Trento e della legge della regione Abruzzo in merito ai requisiti per le assegnazioni di edilizia residenziale pubblica. – 4. Qualche considerazione conclusiva.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

V. PUPO, *Imprese di informazione locale: la Corte afferma la legittimità dell'esclusione dai finanziamenti pubblici anche in caso di condanne non definitive*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*

** Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale nell' Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro. Indirizzo mail: v.pupo@unicz.it.

1. Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri

La sent. n. 248/2019 della Corte costituzionale ha chiuso, con una declaratoria di non fondatezza, un giudizio in via principale in cui il Governo aveva impugnato una disposizione della legge della regione Umbria 4 dicembre 2018, n. 11, recante la disciplina dei finanziamenti alle imprese che operano nell'ambito dell'informazione locale[1]. Si tratta, nello specifico, della disposizione di cui all'art. 6, co. 4, lett. *e)*, che stabilisce l'esclusione dall'attribuzione del sostegno economico regionale di quelle imprese «i cui titolari o editori abbiano riportato condanna, anche in via non definitiva, per i reati di cui al libro II, titolo II, capo II (Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione) ovvero al titolo XIII, capo II (Dei delitti contro il patrimonio mediante frode) del codice penale».

Il ricorso statale aveva prospettato il contrasto della suddetta disposizione con l'art. 117, co. 2, lett. *l)*, Cost., ritenendola invasiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento penale, nonché con il principio di non colpevolezza fino alla condanna definitiva, di cui all'art. 27, co. 2, Cost.

Secondo l'impugnativa erariale, difatti, la legge regionale, nell'escludere dai finanziamenti all'informazione locale le imprese i cui titolari o editori avessero riportato delle condanne, ancorché non passate in giudicato, per delitti contro la pubblica amministrazione o per delitti contro il patrimonio commessi con frode, configurava un'invasione delle competenze legislative esclusive dello Stato in tema di ordinamento penale, dal momento che la previsione, in riferimento ai reati indicati, avrebbe determinato un effetto extrapenale della condanna, connesso ad un giudizio di responsabilità non ancora divenuto irrevocabile. Per lo stesso motivo, si contestava la violazione dell'art. 27, co. 2, Cost., in quanto la presunzione di non colpevolezza sarebbe stata frustrata dal requisito che ricollegava la concessione del finanziamento all'assenza di pronunce di condanna, anche non contrassegnato dal crisma della definitività[2].

2. I motivi dell'infondatezza della questione e la configurazione del requisito secondo la Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha ritenuto infondati entrambi i profili di illegittimità delineati dall'Avvocatura dello Stato, richiamando a più riprese la propria precedente giurisprudenza, con particolare riguardo alla *ratio* che sottende alle

[1] Si tratta del ricorso n. 25/2019, promosso dal Presidente del Consiglio con ricorso notificato l'11-14 febbraio 2019 e depositato in cancelleria il 18 febbraio 2019, disponibile in *Gazzetta Ufficiale* n. 15 del 10 aprile 2019, 13 ss.

[2] *Cfr.* ricorso n. 25/2019, in *Gazzetta Ufficiale*, I Serie speciale – Corte costituzionale n. 15 del 10 aprile 2019, 14.

pronunce emesse in merito alla normativa che disciplina sospensione e decadenza dalle cariche elettive.

In merito alla prima censura, la Corte ha ritenuto che la lamentata invasione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento penale [art. 117, co. 2, lett. *l)*, Cost.] in realtà non emergesse, dal momento che la disposizione della legge regionale non influiva su fattispecie penali, né nel senso di modificarne i presupposti applicativi, né nel senso di determinare l'introduzione di ulteriori cause di esclusione della responsabilità penale. Il giudice costituzionale, con l'intento di escluderne la configurazione nel caso concreto considerato, ricorda alcuni propri precedenti giurisprudenziali, nei quali aveva messo in luce come un'invasione della competenza esclusiva dello Stato in siffatta materia potrebbe prodursi anche nell'ipotesi in cui una disposizione determini «effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato»[3]. A parere del giudice delle leggi, però, l'art. 6, co. 4, lett. *e)*, della legge regionale umbra non produrrebbe una conseguenza sanzionatoria aggiuntiva rispetto alle condanne pronunciate in base ai reati ivi contemplati, ma si limiterebbe soltanto ad introdurre determinate condizioni soggettive che, se soddisfatte, consentirebbero l'accesso ai finanziamenti regionali previsti a favore delle imprese di informazione locale. Nello specifico, la condizione configurerebbe un requisito per il conferimento di un beneficio economico attribuito dalla regione nell'ambito di una materia di competenza legislativa concorrente, come l'ordinamento della comunicazione e il sostegno all'innovazione per i settori produttivi (art. 117, co. 3, Cost.). Si tratterebbe, in particolare, di un requisito negativo, la cui integrazione produrrebbe una sorta di indegnità morale, una condizione di assenza di «onorabilità» dei destinatari, che impedirebbe l'erogazione del finanziamento[4],

[3] *Cfr.* sent. n. 172/2017 e, altresì, sentt. nn. 19/2014, 63/2012, 122/2010, 259/2009, 387/2008, 183/2006, 172/2005, 185/2004, con riferimento alla materia relativa all'ordinamento penale.

[4] *Cfr.* sent. n. 248/2019, punto 3 cons. in dir. In questo senso, la Corte richiama i propri precedenti in tema di sospensione di diritto e decadenza dalle cariche elettive, di cui alle sentt. nn. 36/2019, 276/2016 e 236/2015, in cui ha puntualizzato che una misura come la sospensione di diritto non integra una sanzione penale o un effetto penale della condanna, né ha natura punitiva o in senso lato afflittiva, ma è, piuttosto, una conseguenza derivante dall'integrazione di un requisito soggettivo negativo per accedere alle cariche elettive e conservarle. Secondo la Consulta si tratterebbe, dunque, di una misura a carattere cautelare, di un mezzo che, nelle more dell'accertamento penale definitivo, consente la salvaguardia di interessi pubblici di fondamentale rilievo, come la trasparenza, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. In dottrina, sulla sent. n. 36/2019, cfr. A.M. CAPITTA, *La Corte "salva" ancora una volta la "legge Severino": è legittimo sospendere gli amministratori locali condannati in via non definitiva*, in *Archivio penale*, 1/2019; e, se si vuole, V. PUPO, *La Corte costituzionale di nuovo sulla "legge*

ma, come rileva la Corte, senza che tale condizione determini nei confronti degli interessati «le conseguenze caratteristiche di ogni sanzione, e cioè la privazione o limitazione di un diritto del quale l'interessato già sia titolare, ovvero la perdita di

Severino": legittima la sospensione di diritto degli amministratori locali anche in caso di condanne non definitive antecedenti all'elezione, in questa *Rivista*, 2/2019, 534 ss.; sulla sent. n. 236/2015, cfr. M.E. COGNIZZOLI, *Caso De Magistris: la Corte costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della c.d. Legge Severino*, in *www.penalecontemporaneo*.it, 4 dicembre 2015; S. CECCHINI, *Retroattività della sospensione dalla carica di sindaco e problemi di (ir)retroattività: il caso De Magistris*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2015; C. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia…e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 1/2016 e, *ivi*, G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sentenza n. 236/2015 della Corte costituzionale*; F.S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236/2015*, in *www.osservatorioaic.it*, 1/2016; L. LONGHI, *Il caso de Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 3/2016; F. BAILO, *La c.d. "legge Severino" sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it*, 1/2016, 206 ss.; M. GAMBARDELLA, *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. "legge Severino"*, in *Cass. pen.*, 5/2016, 1884 ss.; P. TORRETTA, *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, 3/2016, 258 ss.; e, se si vuole, V. PUPO, *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2/2016, 361 ss. Sulla sent. n. 276/2016, cfr. F. VIGANÒ, *La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016; G. RIVOSECCHI, "*Legge Severino", atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione delle cariche politiche locali (Osservazione a corte cost. 16 dicembre 2016 n. 276)*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2385 ss.; P. TORRETTA, *"Legge Severino": la Corte conferma la sua legittimità costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 129 ss.; F. BAILO, *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2/2017, 450 ss.; G. MENEGUS, *La sospensione di diritto* ex *"legge Severino" supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. 276/2016*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2017, 19 maggio 2017; S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2017, 31 maggio 2017; e, se si vuole, V. PUPO, *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla "legge Severino"*, in questa *Rivista*, 4/2017, 772 ss.; ID., *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2017, 5 marzo 2017; L. MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2017, 1218 ss.

uno status o di una capacità»[5], dal momento che, in mancanza della legge regionale su cui verte il ricorso, gli interessati non potrebbero rivendicare alcun diritto ad ottenere il beneficio economico previsto. Secondo la Corte, dunque, non sarebbe precluso alle regioni di fissare, relativamente agli ambiti riservati alla loro competenza concorrente o esclusiva, requisiti soggettivi che contemplino l'assenza di precedenti penali al fine di poter accedere alla concessione di finanziamenti regionali.

Per altro verso, il giudice costituzionale rileva come il fatto che la disposizione legislativa regionale preveda l'impossibilità, per le imprese, di accedere al beneficio economico anche in caso di condanne non ancora divenute irrevocabili, non sia ricollegabile tanto all'ambito della ripartizione delle competenze tra Stato e regioni, quanto piuttosto al principio della presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27, co. 2, Cost., che vincola allo stesso modo la legislazione statale e quella regionale. Tuttavia, anche la seconda censura di incostituzionalità, legata alla presunta violazione di tale principio, è stata dichiarata infondata. A parere del giudice delle leggi, difatti, il principio di non colpevolezza subirebbe una lesione tutte le volte in cui una disposizione legislativa introducesse una misura in grado di configurare una sorta di sanzione anticipata, in assenza di un accertamento definitivo della responsabilità penale del destinatario.

A suffragare la tesi, peraltro, vi sarebbero taluni precedenti giurisprudenziali in base ai quali la Corte ha, ad esempio, censurato norme che imponevano di mantenere misure cautelari di sospensione dall'esercizio delle funzioni o delle attività professionali, in connessione all'adozione di provvedimenti restrittivi delle libertà, anche dopo che tali provvedimenti fossero venuti meno. Ciò in quanto, nel caso in cui la misura cautelare trovi fondamento nell'esigenza, valutata dal legislatore, di impedire temporaneamente lo svolgimento di determinate funzioni in conseguenza della sottoposizione dell'interessato a procedimento penale, per reati connessi ai compiti o alle attività che svolge, e dunque non in una condanna definitiva, la necessità di salvaguardare il principio di non colpevolezza imporrebbe di accertare sempre che la misura sia disposta in base a effettive esigenze cautelari, che sia congrua e proporzionata rispetto ad esse e non sia caratterizzata da presupposti talmente ampi e da meccanismi automatici di intervento tali da configurarla come vera e propria sanzione anticipata, in mancanza di un accertamento irrevocabile di responsabilità[6].

Secondo il giudice delle leggi, l'esclusione dai finanziamenti, prevista dalla normativa regionale, non rappresenterebbe una sanzione anticipata, ma un mero requisito per accedere a un beneficio economico, improntato ad una «logica in senso lato cautelare» che, nel caso di specie, mirerebbe a prevenire ipotesi di

[5] *Cfr.* sent. n. 248/2019, punto 3 cons. in dir.

[6] *Cfr.*, in tal senso, *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 239 e 241/1996, 206/1999.

«abuso di denaro pubblico da parte di soggetti già condannati, ancorché in via non definitiva, per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio»[7]. Tale logica, peraltro, ha già consentito, in passato, di far salve talune disposizioni legislative, come ad esempio quelle che prevedono la sospensione di diritto dalle cariche elettive anche in caso di condanna non ancora irrevocabile per determinati reati, configurando l'istituto come mezzo che, nelle more dell'accertamento penale definitivo, permette di salvaguardare interessi pubblici aventi un'importanza cruciale, quali, nel caso di specie, la trasparenza, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione[8]; o, ancora, che stabiliscono la temporanea inabilitazione del notaio sottoposto a procedimento disciplinare per fatti che, se accertati, ne comporterebbero la destituzione, al fine di precludere lo svolgimento delle delicate funzioni notarili, nel tempo occorrente per l'accertamento dell'illecito, anche allo scopo di proteggere la credibilità della professione[9]; o, ancora, che dispongono la sospensione dall'ufficio, per un tempo massimo comunque fissato, dei dipendenti pubblici sui quali gravino accuse particolarmente infamanti, come quelle legate alla criminalità organizzata, e si imponga, pertanto, l'esigenza di proteggere gli apparati pubblici anche dal solo sospetto di inquinamento o infiltrazioni, troncando cautelarmente i legami da cui potrebbe scaturire il pericolo di condizionamenti, diretti o indiretti, suscettibili di alterare le valutazioni della pubblica amministrazione[10].

La logica cautelare che la Corte riconosce essere sottesa al requisito fissato dalla legge regionale umbra non pare contrastare con il principio di non colpevolezza, né con quello di ragionevolezza, come del resto attesta la stessa esistenza, nell'ordinamento, delle misure cautelari coercitive, necessariamente connesse a dei presupposti che esulano anche da un primo, benché non definitivo, accertamento di responsabilità e che incidono, in senso restrittivo, su libertà fondamentali dell'individuo, come la libertà personale. La condizione prevista per accedere al beneficio economico, a ben vedere, non intacca né restringe alcun diritto di cui i potenziali destinatari siano già titolari, e neppure impedisce l'attività d'impresa già svolta, nell'ambito dell'informazione locale. Al contrario, trattandosi dell'accesso a finanziamenti pubblici, si pone il requisito cautelare preclusivo nei confronti di quei soggetti condannati per reati contro la pubblica amministrazione o per reati contro il patrimonio commessi con frode, allorché ricorra un parziale accertamento

[7] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 248/2019, punto 4 cons. in dir.

[8] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 276/2016, punto 4.2 cons. in dir.

[9] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 454/2000, punto 3 cons. in dir.

[10] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 206/1999, punti 7 ss. cons. in dir. Sul punto, cfr. A. CANTARO, *La sospensione dell'impiegato rinviato a giudizio per delitti di criminalità organizzata: una misura cautelare obbligatoria ma temporanea*, in *Giur. cost.*, 3/1999, 1925 ss.

giudiziale di responsabilità penale, in primo o secondo grado, ancorché non si tratti di un giudizio definitivo di colpevolezza. Si dà, in tal modo, una non irragionevole prevalenza all'esigenza di tutelare l'interesse della pubblica amministrazione di non esporsi a possibili impieghi abusivi di risorse pubbliche, senza che ciò comporti un'irreversibile conseguenza per i soggetti esclusi in via cautelare per carenza dei requisiti, ai quali, nell'ipotesi di successiva assoluzione, non sarebbe più precluso l'accesso ai finanziamenti.

Diversamente, come rileva la stessa Corte, un'indiretta violazione del principio di non colpevolezza si produrrebbe se una misura di carattere cautelare fosse talmente irragionevole e sproporzionata rispetto al suo carattere precauzionale da configurare una sorta di sanzione anticipata conseguente al benché minimo accertamento della commissione di un reato, determinando però, nel frattempo, effetti irreversibili rispetto all'esercizio di un diritto già spettante al destinatario o la perdita di una capacità. Tale prospettiva, peraltro, risulta messa in luce, ancora una volta, in vari precedenti, come, ad esempio, nell'intervento caducatorio di una disposizione di legislazione elettorale di contorno che disponeva l'incandidabilità di coloro i quali, prima delle elezioni, fossero stati anche soltanto rinviati a giudizio per determinati reati, in ragione del fatto che una simile misura avrebbe determinato effetti non più reversibili e quindi, in quanto tali, giustificabili soltanto quali conseguenze di una sentenza di condanna definitiva, e avrebbe creato delle evidenti incongruenze e sproporzioni tra situazioni, dato l'effetto meramente sospensivo che avrebbe prodotto l'eventuale sopravvenienza alla candidatura dei medesimi presupposti[11]; o, ancora, l'incostituzionalità della previsione dell'automatico rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario in conseguenza di una sentenza di condanna, anche non definitiva, per i reati che stabiliscano l'arresto facoltativo in flagranza, per via delle conseguenze gravi ed irreversibili, e pertanto irragionevoli, della disposizione, la quale non teneva in adeguata considerazione il fatto che i reati non fossero necessariamente sintomatici della pericolosità sociale del soggetto e non consentiva alla pubblica amministrazione, caso per caso, di verificare l'effettivo rischio per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato[12]. In tali circostanze, la Corte ha

[11] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 141/1996, punto 4 cons. in dir., in merito alla disposizione di cui all'art. 15, co. 1, lett. *e)*, l. 19 marzo 1990, n. 55 (*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*), come sostituito dall'art. 1, l. 18 gennaio 1992, n. 16 (*Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali*). Sul punto, cfr. G. DI CHIARA, *Elezioni amministrative: sì alle candidature in pendenza di procedimento penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 9/1996, 1084 ss.

[12] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 172/2012, punti 7 ss. cons. in dir., in merito alla disposizione di cui all'art. 1-*ter*, co. 13, lett. *c)*, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (*Provvedimenti anticrisi,*

considerato assorbita la pur prospettata censura dell'art. 27, co. 2, Cost., ritenendo le misure immediatamente in contrasto con le previsioni costituzionali poste a tutela dei diritti incisi dagli istituti in questione, nonché con il principio di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.

In sostanza, è legittimo che anche il legislatore regionale, nella sua discrezionalità, possa fissare dei requisiti per l'accesso a benefici economici regionali; in tali ipotesi, tuttavia, diventa dirimente la ragionevolezza o meno degli stessi, e la proporzionalità rispetto all'obiettivo cautelare sotteso alla loro previsione, che, nel caso di specie, possiede una *ratio* garantista del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione in relazione all'impiego di risorse pubbliche ed incentiva, per altri versi, anche i comportamenti virtuosi da parte dei destinatari delle stesse. Tra l'altro, nell'ipotesi in questione, a sostegno dell'ammissibilità dei parametri cautelarmente previsti in misura così stringente, si potrebbe anche considerare la circostanza che si tratti di finanziamenti destinati al sostegno delle imprese di informazione locale, e dunque di soggetti coinvolti a pieno titolo nel sistema dell'informazione pubblica che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, rappresenta uno dei cardini della forma di Stato delineata dalla Costituzione, «condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale»[13]. Peraltro, anche di recente, la Corte ha sottolineato come la tutela e la promozione del pluralismo dell'informazione sia un «imperativo costituzionale», ma come, tuttavia, ciò non implichi la sussistenza di un diritto soggettivo delle imprese editoriali a ricevere contributi pubblici, né di un legittimo affidamento in proposito: difatti, le disposizioni che disciplinano i finanziamenti all'editoria, sia legislative che regolamentari, contemplano in ogni caso un profilo discrezionale dell'attribuzione, nonché la sua subordinazione alle disponibilità di bilancio, e ciò palesa come l'iniziativa editoriale non possa fondarsi sull'esistenza di contributi o su un loro determinato ammontare[14].

---

nonché proroga di termini), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102. Sul punto, cfr. M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo ostativo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2013, 37 ss.; M. GILARDI, *Principio di uguaglianza e "regolarizzazioni" degli stranieri: una nuova censura per le presunzioni assolute di pericolosità*, in *Leg. pen.*, 3-4/2012, 645 ss.

[13] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 9/1965. La Corte costituzionale ha evidenziato da molto tempo il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico, rilevando come la prima sia «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (sent. n. 11/1968), «pietra angolare dell'ordine democratico» (sent. n. 84/1969), «cardine della democrazia nell'ordinamento generale» (sent. n. 126/1985).

[14] *Cfr.*, in tal senso, Corte cost., sent. n. 206/2019, punti 5 s., 7 s. e 9 s. cons. in dir. La previsione della legge regionale umbra corrisponde letteralmente alla disposizione di una legge della regione Emilia-Romagna [art. 3, co. 4, lett. *d)*, l. r. 23 giugno 2017, n. 11

(«*Sostegno all'editoria locale*»)], a suo tempo non impugnata dal Governo, nonostante l'identico tenore letterale e, verosimilmente, l'astratta possibilità di muovere le medesime censure di illegittimità. Se il *decisum* della Corte fosse stato di opposto tenore, avrebbe potuto porsi il problema di un'eventuale dichiarazione di illegittimità conseguenziale, ai sensi dell'art. 27, seconda parte, della l. n. 87/1953, di disposizioni di legge di altre regioni che non siano parti del processo principale ma che, tuttavia, abbiano, nei rispettivi sistemi normativi, leggi identiche o analoghe per contenuto a quella annullata, soprattutto in ragione della prassi di leggi regionali "fotocopia"; nonché la tangente questione, considerata in dottrina, dell'intrinseca politicità del controllo in via di azione, di fronte ai casi in cui lo Stato riservi un differente trattamento a leggi regionali che abbiano analogo o identico contenuto, determinando il verificarsi dell'ipotesi che alcune norme regionali siano annullate e, contemporaneamente, altre, del pari illegittime, continuino a essere vigenti nell'ordinamento, poiché non censurate. Non è certo questa la sede per affrontare tematiche così complesse. Si può, tuttavia, considerare che la prassi statale di presentare un ricorso (o, più spesso, di non presentarlo) contro leggi regionali recanti lo stesso, o comunque analogo, contenuto dispositivo, per ragioni connesse soprattutto alle convenienze politiche del momento, è stata spesso oggetto di dibattiti dottrinali e, di recente, la stessa Corte, nella sent. n. 107/2016, ha per la prima volta biasimato il comportamento del Governo per l'omessa impugnazione di disposizioni regionali di analogo contenuto rispetto a quelle oggetto del giudizio in via principale, pur essendo circoscritto lo specifico richiamo al controllo di legittimità delle leggi finanziarie regionali. Quanto al complesso tema dell'illegittimità conseguenziale nell'ambito del giudizio in via principale, è anch'esso molto dibattuto in dottrina, mentre la Corte, per un verso, è restia a definire *a priori* il perimetro del proprio intervento conseguenziale nei giudizi in via principale, e, per altro verso, ne fa un uso prudente e quanto più possibile fondato. Nel caso considerato, si è accennato all'identità del tenore letterale delle due fattispecie; inoltre, non sembra che esso avrebbe potuto essere inteso diversamente, ad esempio in relazione al differente contesto regionale, poiché l'elemento dirimente, in tal caso, sarebbe stato rappresentato dalla natura definitiva o meno della sentenza penale di condanna, che integra il requisito previsto dalla normativa regionale e che non costituisce un profilo passibile di ricevere una diversa interpretazione nei vari ordinamenti regionali, poiché una pronuncia penale produce i suoi effetti sull'intero territorio nazionale. Di conseguenza, restando nel solco dell'ipotesi iniziale, si potrebbe forse affermare che se la decisione della Corte fosse stata nel senso della fondatezza della questione, almeno rispetto al profilo della violazione dell'art. 27, co. 2, Cost., da parte della normativa umbra, il giudice costituzionale non avrebbe potuto esimersi dal dichiarare, in via conseguenziale, anche l'illegittimità dell'identica disposizione della legge emiliano-romagnola, determinandosi, altrimenti, una evidente violazione del principio di eguaglianza tra i cittadini dei diversi contesti territoriali regionali, rispetto all'accesso all'erogazione di un beneficio economico della stessa natura. Su questi temi, *cfr.* C. MAINARDIS, *Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale*, A. LOLLO, *Sulla natura (anche) politica dell'impugnativa governativa*, C. CARUSO, *I profili processuali del sindacato in via principale*, tutti in questa *Rivista*, 3/2019, rispettivamente 685 ss., 659 ss. e 607 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 288 ss.; T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR-A. MORELLI, *Lineamenti di*

3. Il caso della legge della Provincia autonoma di Trento e della legge della regione Abruzzo in merito ai requisiti per le assegnazioni di edilizia residenziale pubblica

La breve sentenza in cui la Corte esclude le censure di incostituzionalità imputate alle disposizioni della legge umbra offre altresì lo spunto per un parallelo con un'ulteriore, recente normativa regionale, in predicato di una probabile impugnativa da parte del Governo, nonché con alcune disposizioni di un'altra legge regionale, contro la quale lo Stato ha già presentato un ricorso dinanzi al giudice costituzionale[15]. Si tratta, rispettivamente, della legge della Provincia autonoma di Trento 23 dicembre 2019, n. 12[16], la quale nel modificare la legge provinciale 7 novembre 2005, n. 15, concernente le disposizioni in materia di politiche della casa, tra i requisiti per l'assegnazione in locazione di alloggi di edilizia popolare ha previsto «l'assenza, da parte del richiedente e dei componenti del nucleo familiare, nei dieci anni precedenti la data di presentazione della domanda, di condanne definitive per i delitti non colposi per i quali la legge prevede la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, nonché per i reati previsti dall'art. 380, co. 2, c.p.p.»[17], e altresì l'assenza di condanna, anche non definitiva, o di applicazione della pena su richiesta delle parti nei casi

diritto regionale, Milano 2018, 341 ss.; F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio di costituzionalità in via principale*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 4113 ss.; A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi*, Soveria Mannelli 2008, 247 ss.; S. RAGONE, *Riflessioni problematiche sull'applicazione dell'illegittimità costituzionale consequenziale nel giudizio in via principale*, in E. BINDI-M. PERINI-A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, 438 ss.; E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità conseguenziale nel giudizio in via principale (ovvero della "prudenza" della Corte nella dichiarazione di illegittimità conseguenziale nel giudizio in via principale)*, M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale* e L. PANZERI, *l'allargamento del contraddittorio nel giudizio in via principale: qualche riflessione sul tema alla luce della giurisprudenza costituzionale*, tutti in R. BALDUZZI-P. COSTANZO, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, rispett. 373 ss., 249 ss. e 400 ss.; C. SALAZAR, *L'accesso al giudizio in via principale e la "parità delle armi" tra Stato e Regioni: qualche considerazione sul presente ed uno sguardo sul possibile futuro*, in A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 227 ss.; R. TOSI, *Parità di trattamento in sede di controllo delle leggi regionali: un'esigenza insuscettibile di garanzia*, in *Le Regioni*, 4/1996, 767 ss.

[15] *Cfr.* ricorso n. 1 dell'8 gennaio 2020, in *Gazzetta* Ufficiale I Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 6 del 5 febbraio 2020. Il motivo di censura qui considerato è quello di cui al n. 1 (pp. 4 s. del ricorso).

[16] Rubricata «*Legge collegata alla manovra di bilancio provinciale 2020*».

[17] *Cfr.* art. 5, co. 2, lett. *c-quater)*, l. p. n. 15/2005, introdotto dall'art. 16, l. p. n. 12/2019.

previsti dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 93/2013, conv. nella legge n. 119/2013 in tema di contrasto alla violenza di genere[18]; e della legge della regione Abruzzo 31 ottobre 2019, n. 34[19], anch'essa recante disposizioni in tema di assegnazione e gestione di alloggi popolari, con particolare riferimento, per i profili che qui si considerano, alle modifiche che hanno ampliato il novero dei reati ostativi alla partecipazione ai bandi per l'attribuzione delle case di edilizia residenziale pubblica, rispetto ai quali, a differenza di quanto previsto per un altro raggruppamento di reati ostativi contemplati dalla stessa disposizione, la preclusione opera senza limitazioni temporali per le sole sentenze di condanna, con l'esclusione di quelle di patteggiamento e con l'estensione del fattore impeditivo anche ai componenti del nucleo familiare, fatta salva l'intervenuta riabilitazione[20].

Difatti, se la logica cautelare sottesa alla possibilità riconosciuta alla regione di stabilire requisiti soggettivi connessi all'assenza di precedenti penali, per chi voglia fruire di benefici previsti dalla legislazione regionale, può essere condivisibile in riferimento al caso appena considerato della legislazione umbra in tema di imprese di informazione locale, poiché rispondente alla *ratio* di evitare il pericolo di abusi nell'impiego del denaro pubblico, in talune circostanze, al contrario, potrebbe risultare del tutto irragionevole e foriera di pesanti discriminazioni, configurando, sostanzialmente, effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato e, peraltro, talvolta ricadenti, in modo evidentemente sproporzionato, su soggetti estranei alle responsabilità penali altrui.

La Corte stessa, del resto, ha ammesso che, sebbene anche il legislatore regionale, negli ambiti della propria competenza concorrente o residuale, possa ridurre la platea dei beneficiari di una prestazione sociale, in ragione della limitatezza delle risorse da impiegare[21], tale riduzione ed i criteri in base ai quali essa viene condotta devono essere conformi al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione[22].

Il caso della legge provinciale trentina pare emblematico in tal senso, oltre a configurare la possibile violazione di ulteriori principi costituzionali. Come accennato, la disposizione della l. p. n. 15/2005, all'art. 5, co. 2, lett. *c-quater)*, prevede ora, sia per il richiedente l'assegnazione in locazione dell'alloggio che per

[18] *Cfr.* art. 5, co. 2, lett. *c-ter)*, l. p. n. 15/2005, introdotto dall'art. 16, l. p. n. 12/2019.

[19] Rubricata «*Modifica alla legge regionale 25 ottobre 1996, n. 96* (*Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione*) *e ulteriori disposizioni normative*».

[20] *Cfr.* art. 2, co. 1, lett. *g-bis)* e co. 7-*bis*, l. r. n. 96/1996, così come, rispettivamente, modificato ed introdotto dall'art. 1, co. 1, lettera *d)* e dal co. 4 della l. r. n. 34/2019.

[21] Sul punto, ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 432/2005 e 133/2013.

[22] In tal senso, *cfr.*, da ultimo, Corte cost., sent. n. 166/2018 sui requisiti per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica da parte degli stranieri.

i suoi familiari, il requisito dell'assenza di condanne definitive negli ultimi dieci anni per delitti non colposi in merito ai quali la legge fissi la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, nonché per una serie di reati contemplati dall'art. 380, co. 2, c.p.p. L'indicazione del requisito della definitività della condanna non pare sufficiente ad escludere una possibile censura di incostituzionalità del testo, sotto molteplici profili.

In primo luogo, oltre all'irragionevolezza in sé dell'estensione del requisito dell'assenza di condanne anche ai familiari del richiedente, parrebbe evidente la lesione del principio della personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, co. 1, Cost., poiché si permetterebbe che gli effetti negativi di una condanna definitiva che abbia attinto uno stretto congiunto ricadano anche sul richiedente, immune da censure penali, impedendogli di concorrere all'assegnazione dell'alloggio pubblico o obbligandolo a subirne la revoca; oppure, viceversa, che i familiari perdano l'assegnazione o non vi possano concorrere, nell'ipotesi in cui il condannato sia il richiedente[23]. Peraltro, in caso di condanna di un familiare dell'aspirante assegnatario, l'irragionevolezza rischierebbe di essere forse ancora più palese, dal momento che il condannato in via definitiva neppure potrebbe usufruire dell'alloggio, dovendo scontare la pena detentiva prevista per il delitto e, pertanto, le conseguenze dell'accertata responsabilità penale altrui si ripercuoterebbero ingiustamente sui membri della famiglia, che tuttavia ne sono estranei, intaccando un diritto inviolabile come quello alla casa.

In secondo luogo, la stessa disposizione potrebbe, altresì, configurare un effetto extrapenale di una condanna, esteso irragionevolmente, per un verso, a soggetti che non condividono la responsabilità penale del colpevole, e, per altro verso, anche allo stesso condannato, nell'ipotesi in cui abbia già scontato la pena inflitta, dal momento che la norma, ai fini preclusivi, considera i giudizi di condanna definitivi intervenuti nei dieci anni precedenti la data di presentazione della domanda, senza alcuna ulteriore precisazione, con evidente violazione, in questa circostanza, del principio per il quale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, co. 3, Cost.). Difatti, considerato il lungo arco temporale previsto, potrebbe darsi il caso di un richiedente che abbia già estinto il proprio debito con la giustizia, avendo espiato la pena, ma si trovi ad essere colpito da un effetto extrapenale successivo, scaturente ancora dalla condanna subita (e tuttavia scontata), che rischierebbe di frustrare, aggravandole, anche le varie modalità di un suo reinserimento nella società, le quali potrebbero passare pure attraverso l'opportunità di concorrere all'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica. Peraltro, nella normativa trentina non è neppure prevista la clausola di

[23] L'art. 5, co. 3, della l. p. n. 15/2005, difatti, prevede che «hanno titolo al rinnovo del contratto di locazione i nuclei familiari in possesso dei requisiti previsti dal comma 2».

salvaguardia dell'intervenuta riabilitazione del soggetto per escludere la sussistenza dei fattori impeditivi.

Irragionevole, oltre che produttivo di un paradossale effetto distorsivo, sembrerebbe essere anche l'ulteriore requisito previsto al comma 2, lett. *c-ter)*, dell'art. 5 della l. p. n. 15/2005, che, in caso di condanna, anche non definitiva, del richiedente o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per reati contemplati dalla normativa predisposta per il contrasto alla violenza di genere (come ad esempio i maltrattamenti in famiglia), determinerebbe la perdita dell'alloggio anche per gli altri familiari e per il denunciante, aggiungendo, in tal modo, al danno determinato dalla situazione di violenza subita, pure la beffa della revoca dell'assegnazione dell'abitazione, e così disincentivando, oltretutto, le già difficili decisioni di far emergere situazioni di abusi e sopraffazioni familiari.

Con riferimento alla legge abruzzese, l'impugnativa erariale, nel primo motivo del ricorso, censura in via esclusiva la violazione del principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., in quanto le disposizioni da ultimo introdotte dalla l. r. n. 34/2019 – sostitutive della lett. *g-bis)* dell'art. 2, co. 1, l. r. n. 96/1996 e che, tra l'altro, hanno ampliato il novero dei reati ostativi alla partecipazione ai bandi per l'assegnazione degli alloggi popolari[24] – presentano una difforme disciplina rispetto all'ulteriore raggruppamento di reati ostativi, indicati alla precedente lett. *b-bis)*, del medesimo articolo e, in taluni casi, le fattispecie risultano anche coincidenti, complicando così l'individuazione della disciplina applicabile. Difatti, per il gruppo di reati annoverati alla lett. *g-bis)*, diversamente da quelli di cui alla lett. *b-bis)*, non è contemplato, ai fini dell'operatività della preclusione, alcun arco temporale precedente alla sentenza definitiva di condanna, con la conseguenza che il requisito preclusivo dell'assegnazione dell'alloggio opererebbe indipendentemente dal momento in cui sia stata emessa la pronuncia irrevocabile. Inoltre, sempre in relazione alle medesime fattispecie penali di cui alla lett. *g-bis)*, si denuncia l'irragionevole estensione degli effetti impeditivi, senza limitazioni temporali, anche agli incolpevoli, ulteriori componenti del nucleo familiare del richiedente, con la differenza, rispetto alla recente normativa trentina sopra considerata, che in questo caso viene fatta salva l'eventuale intervenuta riabilitazione del condannato.

In relazione a questo preciso punto del ricorso statale n. 1/2020 contro la legge abruzzese, non sono state richiamate violazioni dell'art. 117, co. 2, lett. *l)*, Cost., riguardanti l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento penale, ma è stata denunciata soltanto la violazione del principio di

[24] Tra i reati ostativi in precedenza non previsti sono stati, ad esempio, introdotti: i reati di vilipendio di cui agli artt. 290, 291 e 292 c.p.; i delitti contro la pubblica amministrazione; i delitti contro l'amministrazione della giustizia; i delitti contro l'ordine pubblico; i delitti contro la persona; i delitti contro il patrimonio.

ragionevolezza, riconducibile all'art. 3 Cost. D'altra parte lo Stato, come sottolineato a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale, ha la possibilità di «impugnare in via principale una legge regionale deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale»[25]. Tuttavia, se la richiamata invasione della competenza esclusiva statale nella suddetta materia, come affermato dalla stessa Corte nella sentenza qui in commento, è suscettibile di configurarsi anche «allorché [la normativa regionale] produca "effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato"»[26], allora il citato profilo di illegittimità potrebbe, per ipotesi, aggiungersi ai dubbi di legittimità costituzionale già qui ventilati con riguardo alla legge provinciale trentina n. 12/2019.

Fermo restando che, soprattutto nel caso particolare delle normative regionali in tema di requisiti per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica sopra richiamate, anche laddove la violazione del principio di ragionevolezza che, con tutta evidenza, pare viziare le predette disposizioni, non fosse fatta rilevare, nei termini previsti, con un'impugnativa in via principale da parte del Governo, potrebbe sempre essere fatta valere in un procedimento in via incidentale, nel corso di un giudizio eventualmente instaurato, in qualsiasi tempo, da chi si vedesse ingiustamente negato il beneficio. E, pertanto, anche a prescindere dall'impugnazione statale, in questi particolari casi, il ricorso in via di eccezione avverso disposizioni legislative regionali, in genere più complesso laddove l'oggetto inerisca a fattispecie relative all'esercizio di competenze legislative, sarebbe di più facile realizzazione, data l'immediata incidenza delle normative regionali considerate su situazioni giuridiche soggettive dei privati.

4. Qualche considerazione conclusiva

L'esclusione, da parte della Corte costituzionale, della fondatezza della questione di legittimità relativa alla legge regionale umbra n. 11/2018 in tema requisiti per l'accesso alle misure di sostegno alle imprese operanti nel settore dell'informazione locale è significativa di una linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale, che, in ottica cautelare, in modo particolare quando la cautela sia posta a tutela di principi come il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, nonché a prevenzione del pericolo di abusi ed impieghi illeciti di denaro pubblico, ammette la previsione di requisiti indicativi dell'onorabilità di chi intenda concorrere, come in questo caso, all'assegnazione di finanziamenti erogati dagli

[25] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 274/2003 ma, già anteriormente, sent. n. 30/1959. Per una recente ricostruzione del ruolo di Stato e regioni nel giudizio in via principale, cfr. G. FALCON, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 3/2019, 599 ss. Cfr., altresì, T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR-A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2018, 342.

[26] *Cfr.* Corte cost., sent. n. 248/2019, punto 3 cons. in dir.

enti locali o, in generale, aspiri a ricoprire o già ricopra una carica elettiva o un ufficio pubblico.

La *ratio* alla base di siffatte normative, sovente condivisa dal giudice delle leggi nel farle salve dalle censure di incostituzionalità prospettate, è quella di reprimere ed evitare possibili fenomeni di "inquinamento" degli apparati pubblici, nelle diverse forme in cui potrebbero manifestarsi, e pertanto ricollegando anche ad eventuali condanne, anche non definitive, per specifici reati, considerati particolarmente incisivi sui beni protetti, il venir meno dei requisiti per continuare a ricoprire una carica elettiva o per svolgere una funzione o un'attività aventi un peculiare rilievo per gli interessi pubblici generali. Misure che, proprio in quanto collegate ad accertamenti non ancora passati in giudicato, anche se definiti almeno in primo o in secondo grado, sono considerate non irragionevoli dalla Corte se caratterizzate da temporaneità e proporzionalità nelle modalità di applicazione, rispetto alla loro natura precauzionale, in modo da bilanciare l'esigenza di tutelare cautelarmente la credibilità delle amministrazioni e degli apparati coinvolti, il corretto impiego delle risorse pubbliche, nonché il rapporto fiduciario dei cittadini verso le istituzioni, senza comprimere irrimediabilmente l'esercizio di un diritto e senza determinare la perdita di una capacità da parte dei soggetti che ne sono destinatari. D'altra parte, come rileva la Corte, se il bilanciamento tra l'eventuale limitazione di un diritto e la salvaguardia di un principio ritenuto prevalente non fosse ragionevole, questo tipo di misure esulerebbero da una logica di tipo cautelare, rischiando, piuttosto, di porsi come sanzioni anticipate, pur in mancanza dell'accertamento definitivo di un reato.

In altri casi, tuttavia, come nell'ipotesi della legge provinciale trentina in tema di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, può accadere che vengano fissati requisiti soggettivi legati all'assenza di condanne penali solo apparentemente riconducibili alla medesima *ratio* cautelare, ma che in realtà potrebbero rischiare di configurare previsioni irragionevoli, determinando un potenziale effetto sanzionatorio ulteriore rispetto alla commissione di un reato, peraltro talvolta slegato dalla condanna definitiva subita e suscettibile di ripercuotersi in modo indiscriminato anche su soggetti non partecipi delle altrui accertate responsabilità penali. Proprio in tema di prestazioni sociali come quelle che vengono in rilievo nel caso della normativa trentina, la Corte costituzionale ha precisato che il legislatore regionale, per quel che riguarda le proprie competenze concorrenti o residuali, possa fissare requisiti volti a circoscrivere i potenziali beneficiari, in modo particolare laddove ciò sia imposto dalla ristrettezza delle risorse a disposizione; tuttavia, il giudice costituzionale ha anche ribadito che la riduzione degli stanziamenti in materia sociale e la conseguente delimitazione dei destinatari delle misure debba, in ogni caso, rispondere a criteri di ragionevolezza, tali da non determinare arbitrarie discriminazioni o la lesione di ulteriori principi costituzionali. Vizi che, invece, sembrerebbero affliggere la legge della provincia

autonoma di Trento, sopra considerata, la quale, come accennato, potrebbe essere oggetto di un futuro ricorso erariale, e quella della Regione Abruzzo, di recente impugnata dal Governo.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le "popolazioni interessate" nelle variazioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza

GIACOMO MENEGUS*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 214 del 25 settembre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0214s-19.html

Sommario

1. La vicenda processuale pregressa. – 2. Una nozione mutevole a seconda del caso concreto. – 3. Gli elementi idonei all'individuazione delle «popolazioni interessate». – 4. La ragionevolezza della perimetrazione come fulcro della nozione di «popolazioni interessate». – 5. Conclusioni e questioni aperte.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

G. MENEGUS, *Le "popolazioni interessate" nelle variazioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata. Indirizzo mail: giacomo.menegus@unimc.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. La vicenda processuale pregressa

Con la sentenza 2 luglio 2019, n. 214, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità avente ad oggetto la legge-provvedimento della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15, "Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali"[1]. La pronuncia si segnala, in particolare, per l'apprezzabile tentativo di fare chiarezza sulla nozione di "popolazioni interessate" ai sensi dell'art. 133, comma 2, Cost., in passato oggetto di una giurisprudenza costituzionale non sempre lineare[2].

[1] Per un primo puntuale commento alla pronuncia, cfr. F. GUELLA, *La discrezionalità "tecnica" della Politica (e la motivazione* per relationem *della legge) nell'individuazione delle "popolazioni interessate" al referendum consultivo ex art. 133 Cost.,* in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, 273 ss.

[2] Tra le pronunce della Corte che si soffermano specificamente sulla questione, si possono ricordare (in ordine cronologico): Corte cost. n. 38 del 1969, con annotazione critica di A. BARBERA, *Istituzione di nuovi Comuni, variazioni di circoscrizioni comunali e principio democratico*, in *Foro amm.*, 1969, II, 217 ss.; Corte cost. n. 62 del 1975, con nota di M. PEDRAZZA GORLERO, in *Le Regioni*, n. 1/1975, 749 ss.; nonché di R. NANIA, *Istituzione di nuovi Comuni e omessa disciplina del referendum consultivo*, in *Giur. cost.*, n. 3/1975, 3073 ss.; Corte cost. n. 107 del 1983, con nota di M. PEDRAZZA GORLERO, *La consultazione delle «popolazioni interessate» nel procedimento di variazione territoriale dei Comuni*, in *Le Regioni*, n. 5/1983, 1000 ss.; Corte cost. n. 453 del 1989, con nota di M. PEDRAZZA GORLERO, *Il principio costituzionale della partecipazione popolare al procedimento di variazione territoriale dei comuni*, in *Le Regioni*, n. 6/1990, 1780 ss.; Corte cost. n. 433 del 1995, con note di G. FRANCHI SCARSELLI, *L'individuazione delle «popolazioni interessate»: un altro ostacolo al riordino delle circoscrizioni comunali*, in *Le Regioni*, n. 6/1996, 328 ss.; M. CECCHETTI, *Istituzione di nuovi comuni e modificazioni delle circoscrizioni comunali: la Corte reinterpreta il concetto di "popolazioni interessate" e rilegge le affermazioni della sentenza n. 453 del 1989*, in *Giur. it.*, n. 7/1996, I, 341 ss.; e F. BIENTINESI, *Ancora in tema di istituzione di nuovi comuni*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, 3408 ss.; Corte cost. n. 94 del 2000, con annotazioni di A. CALEGARI, *Vecchie certezze e nuove incertezze in ordine alle popolazioni interessate nella variazione delle circoscrizioni comunali*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2000, 750 ss.; I. CIOLLI, *Le variazioni delle circoscrizioni territoriali e la consultazione delle popolazioni interessate nella nuova interpretazione della Corte*, in *Giur. cost.*, n. 6/2000, 4371 ss.; P. NICOSIA, *La Corte dice (ma non spiega) quali sono le popolazioni "interessate" alla modifica delle circoscrizioni comunali*, in *Giur. it.*, n. 2/2001, 209 ss.; Corte cost. n. 21 del 2002, con nota di V. DE SANTIS, *La individuazione delle popolazioni interessate alla modifica delle circoscrizioni comunali crea ancora incertezza*, in *Giur. it.*, n. 8-9/2002, 1573-1575; Corte cost. n. 47 del 2003, con note di P.P. SABATELLI, *Istituzione di nuovi comuni: la legge provvedimento non è più sindacabile dalla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, VI, 1644 ss.; C.E. GALLO, *Legge e provvedimento nella variazione delle*

La vicenda da cui trae origine la sentenza in commento è piuttosto articolata e merita di essere ripresa nei suoi passaggi essenziali per una migliore comprensione del caso sottoposto all'esame della Corte.

L'*iter* di approvazione della legge impugnata prende le mosse sul finire del 2010, quando vengono raccolte le firme necessarie per la presentazione della proposta di legge regionale di iniziativa popolare[3], volta alla riunificazione dell'abitato di Marotta – fino ad allora ripartito tra Mondolfo e Fano – previo

circoscrizioni comunali, in *Il Foro amministrativo (C.d.S.)*, n. 3/2003, 858 ss.; R. RUSSO, *Alcune considerazioni in tema di garanzie giurisdizionali e sindacato di costituzionalità su "leggi concrete"*, in *Giur. cost.*, n. 1/2003, 331 ss.

In dottrina, il tema più generale delle variazioni territoriali ex art. 133, comma 2, Cost. non è stato oggetto di studi "organici"; non mancano però contributi più puntuali (prevalentemente nella forma della nota a sentenza), sollecitati dall'evolversi della giurisprudenza costituzionale. Cfr., oltre a quelli menzionati, F. BENVENUTI, *Le modificazioni delle circoscrizioni comunali e l'istituzione di nuovi Comuni nell'attuale sistema costituzionale*, in *Giur. it.*, II, 1955, 5 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Regole procedurali discendenti dalla Costituzione per l'istituzione di nuovi Comuni*, in *Le Regioni*, n. 1-2/1982, 220-231; E. ROTELLI, *Art. 133*, in *Art. 128-133. Le regioni, le Provincie, i Comuni*, vol. III di *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1990, 204 ss.; L. PEGORARO, *Le variazioni delle circoscrizioni comunali: quali limiti per il legislatore regionale?*, in *Reg. gov. loc.*, n. 5/1993, 897 ss.; F. BIENTINESI, *Questioni poste da un'incompleta ordinanza di rimessione in tema di istituzione di nuovi Comuni*, in *Giur. cost.*, n. 1/1994, 713 ss.; G. DEMURO, *Popolazioni e variazioni territoriali: dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali al problema del territorio regionale*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996; F. ZANCHIN, *Considerazioni in tema di partecipazione popolare al procedimento di variazione territoriale dei Comuni*, in *Il diritto della Regione - Regione Veneto*, n. 6/1999, 995 ss.; R. AGNOLETTO, *Le popolazioni interessate nei procedimenti di variazione dei territori comunali: nuovi elementi per la loro individuazione e confronto tra normative regionali*, *ivi*, n. 1/2000, p. 69 ss.; M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, 1381 ss.; G. ARCONZO, *Il rapporto tra legge generale e legge provvedimento alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale sull'istituzione di nuovi comuni*, in *Giur. cost.*, n. 2/2004, 1419 ss.; E. FERIOLI, *Art. 133 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006; C. MAINARDIS, *Art. 133*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 1144-1146; A. MITROTTI, *L'erronea confusione tra il provvedimento di modifica delle circoscrizioni comunali e la determinazione dei confini tra comuni (nota a sentenza della Corte costituzionale del 9 febbraio 2018, n. 21)*, in *Forum Quad. cost. - Rassegna*, n. 4/2018.

[3] Proposta di legge n. 77 del 17 febbraio 2011; tutti i documenti attinenti al procedimento citati nello scritto possono essere reperiti sul sito della Regione Marche, *www.regione.marche.it – Regione Utile - Enti locali e P.A. - Fusioni di Comuni e modifiche di circoscrizioni e denominazioni comunali - Distacchi di frazioni.*

distacco della porzione fanese e incorporazione della stessa nel Comune di Mondolfo.

Il Consiglio regionale, chiamato ad individuare le "popolazioni interessate" alla consultazione *ex* art. 133, comma 2, Cost., adotta inizialmente una delibera di indizione del *referendum*[4] che coinvolge i soli residenti della frazione di Marotta, escludendo così i restanti residenti di Fano.

La delibera viene impugnata dinanzi al TAR Marche dal Comune di Fano e sospesa in via cautelare. Il Consiglio regionale decide dunque di revocare la prima delibera e di adottarne una seconda, con la quale si estende la partecipazione alla consultazione, oltre che ai frazionisti, alle popolazioni di Mondolfo e Fano residenti nelle "zone immediatamente contigue" alla frazione[5].

Anche questa delibera è impugnata dinanzi al TAR Marche dal Comune di Fano, senza tuttavia ottenere la relativa sospensione cautelare. L'*iter* legislativo può così procedere con lo svolgimento del *referendum* – che vede esprimersi in favore della proposta il 67,3 per cento dei votanti – e quindi concludersi con l'approvazione della legge regionale n. 15 del 2014.

Frattanto anche il processo amministrativo prosegue e si chiude in primo grado – quando già la proposta variazione territoriale è divenuta legge – con il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti del Comune di Fano. Quest'ultimo ricorre in appello dinanzi al Consiglio di Stato il quale, con sentenza non definitiva[6], annulla la delibera consiliare per violazione dell'art. 133, comma 2, Cost., censurando in particolare il mancato coinvolgimento nel *referendum* di tutti i cittadini residenti nei due Comuni interessati dalla modifica circoscrizionale. Contestualmente, il giudice amministrativo solleva altresì questioni di legittimità costituzionale nei confronti della legge-provvedimento n. 15 del 2014, per ritenuta violazione degli art. 3, 113, commi 1 e 2, e 133, comma 2, Cost.[7].

Contro la sentenza di annullamento della delibera consiliare, la Regione Marche solleva conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte[8], la quale – riuniti i due giudizi (quest'ultimo e quello instaurato in via incidentale con riguardo alla l.r. n. 15 del 2014) – decide le controversie con la sentenza n. 2 del 2018[9].

---

[4] Delibera n. 61 del 15 gennaio 2013.

[5] Delibera n. 87 del 27 ottobre 2013.

[6] Cons. Stato, sentenza 23 agosto 2016, n. 3678.

[7] Ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, 23 agosto 2016, n. 229, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 46 del 16 novembre 2016.

[8] Ricorso per conflitto di attribuzione, 3 novembre 2016, n. 5, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 48 del 30 novembre 2016.

[9] *Cfr.* Corte cost., n. 2 del 2018, sulla quale si v. i commenti di F. GUELLA, *Le leggi-provvedimento come atti di non mera approvazione: dall'ipotizzata consequenzialità al referendum della legge di variazione delle circoscrizioni comunali alla riserva del sindacato alla giurisdizione di costituzionalità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018, 371 ss.; C.

La pronuncia, da un lato, dichiara inammissibile la questione sollevata dal Consiglio di Stato, perché fondata sull'«errato presupposto che il referendum consultivo costituisse "oggetto e contenuto della legge di variazione", anziché un suo mero "presupposto procedimentale"»[10]; dall'altro lato, accoglie il conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Marche, perché non spetta al giudice amministrativo annullare la delibera regionale di indizione del *referendum*, atto indispensabile del procedimento legislativo che ha condotto all'approvazione della legge regionale di variazione: per far valere l'illegittimità dell'individuazione delle popolazioni interessate, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto piuttosto impugnare la legge regionale in via incidentale[11].

Sulla scorta di queste ultime indicazioni, il Comune di Fano riassume il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, il quale a sua volta rimette alla Corte le questioni di legittimità costituzionale, che sono oggetto della pronuncia in esame; la censura si appunta, ancora una volta, sul fatto che il *referendum* consultivo si sia svolto coinvolgendo i soli residenti nella frazione oggetto della proposta di distacco e quelli residenti nelle zone ad essa immediatamente contigue, anziché tutti i residenti nei Comuni coinvolti nel procedimento di variazione circoscrizionale, come invece dovrebbe ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale.

TUBERTINI, *Il procedimento di variazione del territorio comunale tra giudice amministrativo e giudice costituzionale: pienezza ed effettività della tutela?*, in *Le Regioni*, n. 3/2018, 521 ss.; D. NOCILLA, *Il Consiglio di Stato sbaglia strada e la Corte costituzionale puntualizza*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, 26 ss.; A. CHIAPPETTA, *I limiti al sindacato giurisdizionale amministrativo in tema di variazioni territoriali comunali: giudizio costituzionale e controllo sulla legge-provvedimento*, in *Forum Quad. cost. - Rassegna*, n. 5/2018.

[10] La sentenza chiarisce che tra *referendum* consultivo e legge-provvedimento che dispone la modifica territoriale non intercorre un rapporto di mera ratifica da parte della seconda dei risultati del primo, restando rimessa alla discrezionalità del legislatore regionale la scelta definitiva circa la variazione territoriale. Il *referendum* – che può essere collocato dal legislatore regionale nell'ambito del procedimento legislativo di approvazione della variazione come pure all'esterno dello stesso – si atteggia come mero presupposto procedimentale della variazione, fermo restando il vincolo costituzionale di consultazione delle popolazioni interessate.

[11] Quando, nelle more del giudizio amministrativo, venga approvata la legge-provvedimento di variazione territoriale, eventuali vizi che concernano il *referendum* consultivo possono essere conosciuti esclusivamente dal giudice costituzionale, cui compete il sindacato sulla legittimità della legge-provvedimento. Il mancato o viziato svolgimento della consultazione si traduce pertanto in vizio *formale* della legge-provvedimento regionale.

2. Una nozione mutevole a seconda del caso concreto

Sin dal principio del Considerato in diritto, la Corte rende manifesto l'intento di condurre un'opera di riordino degli orientamenti elaborati negli anni in tema di "popolazioni interessate" ai sensi dell'art. 133, comma 2, Cost.: ammette infatti l'esistenza di «giurisprudenza costituzionale non univoca» sul punto[12], «con scelte variamente articolate in relazione ai singoli casi di specie», avendo poi cura di puntualizzare che il concetto di "popolazioni interessate" è d'altronde «caratterizzato da un certo «polimorfismo» e soggetto a interpretazioni diverse a seconda del procedimento di variazione territoriale che viene concretamente in considerazione, negli artt. 132 e 133 Cost.»[13].

Fatta questa premessa, si individuano due peculiarità che caratterizzano il caso concreto sottoposto a scrutinio[14]. La prima è data dalla *tipologia di variazione territoriale* in esame: la Corte evidenzia che «la corretta determinazione del concetto di «popolazioni interessate» va specificamente rapportata a un caso di modifica delle circoscrizioni comunali (non già di istituzione di un nuovo Comune o di modifica della denominazione originaria)». La seconda è legata invece alla particolarità della *normativa marchigiana sulle variazioni territoriali*, che «non stabilisce, in via generale e preventiva, criteri e direttive da applicare, nei casi concreti, per l'individuazione dei soggetti da chiamare alla consultazione in esame», lasciando conseguentemente la perimetrazione delle popolazioni interessate alla valutazione caso per caso del Consiglio regionale.

Si tratta di precisazioni essenziali ai fini della decisione del caso concreto, che tuttavia non impediscono la Corte di svolgere considerazioni di portata ben più generale.

Una volta inquadrata la specificità del caso in esame, la Corte riprende infatti le fila della propria giurisprudenza sul tema, riconoscendo che – con la sentenza n. 433 del 1995 – si era effettivamente posta, quale regola generale per lo svolgimento dei *referendum* sulle variazioni delle circoscrizioni comunali, quella della partecipazione dell'intera popolazione dei comuni interessati[15].

Tuttavia – si dice – tale regola generale aveva già conosciuto una significativa correzione con la sentenza n. 94 del 2000, «maggiormente attenta ad argomenti di

[12] Non è la prima occasione in cui la Corte riconosce una certa difficoltà nel ricostruire coerentemente la nozione: si veda infatti già sent. n. 94 del 2000 (citata nell'occasione).

[13] Per un'analisi critica delle differenti interpretazioni offerte dalla Corte della nozione di "popolazioni interessate" a seconda del livello territoriale interessato dalla variazione, cfr. T.F. GIUPPONI, *Le "popolazioni interessate" e i referendum per le variazioni territoriali, ex art. 132 e 133 Cost.: territorio che vai, interesse che trovi*, in *Le Regioni*, n. 3/2005, 417 ss., spec. 428-430.

[14] Corte cost. n. 214/2019, *Cons. diritto*, § 4.

[15] Salvo casi particolari ed eccezionali.

segno testuale e sistematico, attraverso il confronto tra l'art. 133 Cost. e quanto disposto nel precedente art. 132 Cost.». In particolare, tale sentenza aveva chiarito che la lettera dell'art. 133, comma 2, Cost. – non facendo riferimento agli *enti territoriali* (ossia ai comuni interessati), ma appunto alle *popolazioni interessate* quanto all'obbligo di consultazione imposto alla Regione – consente di escludere in principio un necessario ed inevitabile coinvolgimento della totalità della popolazione dei comuni interessati dalla variazione[16].

La Corte ribadisce questa interpretazione del dettato costituzionale e osserva – proseguendo nel ragionamento – che, pur tenendo in considerazione un certo «*favor* per il massimo coinvolgimento possibile delle popolazioni» (sent. n. 123 del 2019)[17], appare «maggiormente aderente al significato dell'art. 133, secondo comma, Cost., la rinuncia a una definizione predefinita e "fissa" di popolazioni interessate, necessariamente coincidente con la totalità dei residenti nei Comuni coinvolti dalla variazione»[18].

Emerge così un primo elemento di rilievo della pronuncia: si supera in via definitiva la regola della necessaria partecipazione dell'intera popolazione dei comuni interessati dalla variazione territoriale, sancita nella sentenza n. 433 del 1995, per accedere ad una spiccata preferenza per un'individuazione delle "popolazioni interessate" condotta sulla scorta delle peculiarità che contraddistinguono il singolo caso concreto. Un approccio che, tuttavia, implica pure l'abbandono della regola opposta – affermata nella sentenza n. 453 del 1989 – della necessaria partecipazione delle sole popolazioni *direttamente* interessate

[16] L'affermata coincidenza – salvo casi particolari ed eccezionali – tra le "popolazioni interessate" ex art. 133, comma 2, Cost. e la totalità dei residenti era peraltro già stata convincentemente criticata da G. FRANCHI SCARSELLI, *op. cit.*, il quale tuttavia conduceva il proprio ragionamento a conclusioni che paiono non del tutto condivisibili, soprattutto nella misura in cui àncora la nozione costituzionale di "popolazioni interessate" al processo di riordino delle circoscrizioni comunali (in chiave efficientistica) perseguito dalla l. n. 142/1990 (v. in part. 333-335).

[17] La pronuncia citata riguarda invero un caso di mutamento della denominazione del comune, concernendo una legge della Regione Sicilia (l.r. n. 8 febbraio 2018, n. 1) che consentiva l'aggiunta della dizione "terme" ai comuni termali senza il coinvolgimento della popolazione mediante *referendum* (ma tramite una mera petizione "oppositiva"). Il richiamo operato non appare pertanto del tutto pertinente.

[18] Corte cost. n. 214/2019, *Cons. diritto*, § 5.

alla modifica territoriale (in quell'ipotesi, i soli frazionisti)[19], che in effetti la Corte si premura di rigettare *apertis verbis*[20].

Ma non solo: non è dato ritrovare nella pronuncia alcun riferimento a quella distinzione, affermata nella sentenza n. 94 del 2000, tra "popolazioni *direttamente* e *indirettamente* interessate", sulla scorta della quale la Corte sembrava richiedere al legislatore regionale la definizione di modalità peculiari per lo svolgimento della consultazione, idonee a sentire tutti i residenti in qualche misura interessati, dando però al contempo "autonoma evidenza" al voto espresso da quelli direttamente involti nella modifica territoriale[21]. Nel nostro caso, la Corte sembra invece far riferimento ad una nozione unitaria di "popolazioni interessate", dimostrando di voler mettere da parte l'anzidetta distinzione, che non solo poggiava su argomenti non pienamente convincenti[22], ma soprattutto appariva di complessa applicazione sul lato pratico[23].

A questo punto però è evidente che vadano offerte al legislatore regionale opportune indicazioni per orientare in concreto una siffatta individuazione "casistica".

La *perimetrazione* delle "popolazioni interessate" – afferma la Corte – deve poggiare su «elementi idonei a fondare ragionevolmente una valutazione di

[19] Cfr. però M. PEDRAZZA GORLERO, *Il principio costituzionale della partecipazione popolare al procedimento di variazione territoriale dei comuni,* cit., 1783 ss., il quale ritiene che la limitazione della partecipazione alle sole popolazioni direttamente interessate patrocinata dalla Corte implicherebbe in realtà un *obbligo* di consultazione di quest'ultime da parte del legislatore regionale, lasciando nella *facoltà* dello stesso la possibilità di estendere il *referendum* anche a quelle indirettamente interessate.

[20] Corte cost. n. 241 del 2019, *Cons. diritto*, p.to 6.1.

[21] Corte cost. n. 94 del 2000, *Cons. diritto*, p.to 5. La distinzione tra popolazioni direttamente e indirettamente interessate era stata invero introdotta inizialmente dalla sentenza n. 453 del 1989, che – riprendendo una tesi già avanzata in dottrina (cfr. M. PEDRAZZA GORLERO, *La consultazione delle «popolazioni interessate» nel procedimento di variazione territoriale dei Comuni*, cit.) – aveva tuttavia concluso per il necessario coinvolgimento delle sole popolazioni direttamente interessate.

[22] Una critica può già ritrovarsi in G. FRANCHI SCARSELLI, *op. cit.,* 331-333, e in E. ROTELLI, *Art. 133*, cit., 212; v. anche I. CIOLLI, *Le variazioni delle circoscrizioni territoriali e la consultazione delle popolazioni interessate nella nuova interpretazione della Corte*, cit., 4373-4374, con puntuali riferimenti alle differenti tesi dottrinali sulla questione.

[23] In particolare, ci si riferisce tanto alle modalità di svolgimento del voto (si v. ad es. l'ipotesi avanzata con perplessità da A. CALEGARI, *op. cit*., 770, di schede con colori distinti), quanto alla inutilmente complicata valutazione che il legislatore regionale sarebbe chiamato a offrire della consultazione, dovendo lo stesso prima considerare le volontà delle popolazioni singolarmente considerate (quella dei residenti direttamente interessati e quella degli indirettamente interessati) e poi comporre una sintesi delle due (sintesi assai ardua quando i risultati dovessero essere tra loro confliggenti).

sussistenza o insussistenza di un interesse qualificato a essere consultati sulla variazione territoriale» (sent. n. 47 del 2003), con l'avvertenza che tale binomio evoca comunque «un dato variabile, che può prescindere dal diretto coinvolgimento nella modifica, ricomprendendo anche gruppi di residenti interessati ad essa in via mediata e indiretta (sentenze n. 278 del 2011 e n. 334 del 2004)»[24].

Questo è un secondo punto fermo fissato dalla pronuncia: l'individuazione delle popolazioni interessate va connessa alla presenza di "*elementi idonei*" a dimostrare un "*interesse qualificato*" rispetto alla consultazione; tali elementi possono essere individuati preventivamente in una legge regionale generale – che così guida e indirizza la valutazione nel caso concreto della competente autorità regionale – oppure possono essere rimessi integralmente ad un apprezzamento caso per caso (come avviene nella vicenda marchigiana).

Secondo la Corte la differente individuazione *ex ante* o *ex post* degli elementi in questione non genera particolari conseguenze: «la identificazione [delle] popolazioni, infatti, resta pur sempre affidata alla valutazione discrezionale dell'organo regionale competente, più o meno ampia a seconda dei casi, e sempre soggetta a verifica del giudice amministrativo o di questa Corte».

Tutt'al più – e siamo al terzo punto significativo della pronuncia – la predeterminazione dei criteri per l'individuazione dei residenti da coinvolgere potrà agevolare l'eventuale scrutinio del giudice amministrativo sull'atto di indizione del *referendum*; mentre la valutazione che sia effettuata esclusivamente caso per caso rimane soggetta, da ultimo, al sindacato della Corte: il che dovrebbe escludere il pericolo, paventato dalla difesa del Comune di Fano, di operazioni di

[24] Non risulta del tutto chiaro il riferimento alle citate pronunce, dal momento che riguardano casi di variazione territoriali diverse da quelle di cui all'art. 133, comma 2, Cost.; cfr. Corte cost. n. 278 del 2011, con annotazioni di T.F. GIUPPONI, «*Non c'è due senza tre». Ancora sul concetto di «popolazioni interessate» nell'ambito dei procedimenti di variazione territoriale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, 348 ss.; V. DE SANTIS, *Il «polimorfismo» del concetto di popolazioni interessate nella creazione di una nuova regione*, in *Forum Quad. cost. - Rassegna*, n. 2/2012; L. MELICA, *La sentenza 21.10.2011 n. 278 sulla richiesta di referendum consultivo per l'istituzione del Principato di Salerno: un pericoloso incidente di percorso sul valore e sulle implicazioni giuridiche del Testo costituzionale*, *ivi*, n. 4/2012; nonché Corte cost. 334 del 2004, con note di T.F. GIUPPONI, *Le "popolazioni interessate" e i referendum per le variazioni territoriali, ex art. 132 e 133 Cost.,* cit.; C. PAGOTTO, *Per promuovere il referendum di passaggio di province e comuni ad altra Regione o Provincia basta il consenso dei "secessionisti". Corte costituzionale, sent. n. 334/2004,* in *www.associazionecostituzionalisti.it* - Cronache - Giurisprudenza costituzionale, 23 novembre 2011.

simil-*gerrymandering*[25], al fine di orientare preventivamente l'esito della consultazione.

3. Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri

Quali possano essere gli «elementi idonei a fondare ragionevolmente una valutazione di sussistenza o insussistenza di un interesse qualificato a essere consultati sulla variazione territoriale» è evidentemente una questione che non può essere determinata una volta per tutte. La giurisprudenza costituzionale offre però una significativa casistica, che la pronuncia in esame si premura di riprendere diffusamente analizzando il caso di Marotta[26].

Dapprima, il giudice costituzionale enumera gli elementi che concorrono a rendere inadeguata l'interpretazione favorevole al coinvolgimento dell'intera popolazione dei comuni coinvolti, patrocinata dalla difesa fanese.

Innanzitutto, si evidenzia la diseguale ampiezza dei due Comuni coinvolti, Fano e Mondolfo, e il diverso numero di aventi diritto al voto (rispettivamente 63.000 e 12.000), circostanza che ha già condotto al fallimento una precedente consultazione nel 1981. In secondo luogo, si considera, sulla scorta della sentenza n. 433 del 1995, la limitata estensione del territorio e della popolazione interessati direttamente dalla proposta di variazione (1,53 km^2 e circa 3.000 persone); e ancora, la «particolare conformazione della frazione da trasferire, tutta costiera, molto più lontana dal centro di Fano che da quello di Mondolfo, e, per così dire, geograficamente collocata in modo evidente nella direzione di quest'ultimo Comune»; infine, viene pure apprezzata la sussistenza di una "peculiarità distintiva" di Marotta[27], che la rende un «fatto sociologicamente distinto», elemento già ritenuto significativo nella sentenza n. 433 del 1995.

Segue quindi l'enumerazione degli elementi che invece rendono *ragionevole* la limitazione delle "popolazioni interessate" ai soli frazionisti e ai residenti nelle aree

[25] Com'è noto, con il termine di origine statunitense *gerrymandering* si identificano quelle pratiche attraverso le quali il legislatore ridisegna artatamente le circoscrizioni elettorali al fine di influenzare l'esito del voto ed ottenere così un determinato (e in genere *unfair*) risultato politico.

[26] La ricognizione di tali elementi effettuata nell'odierna pronuncia può forse rispondere alle perplessità avanzate da I. CIOLLI (*Le variazioni delle circoscrizioni territoriali e la consultazione delle popolazioni interessate nella nuova interpretazione della Corte*, cit., 4377 ss.) rispetto alla sent. n. 94 del 2000 (e riprese poi da M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, cit., 1396-1397) alla quale si rimproverava di non aver fornito sufficienti indicazioni al legislatore regionale per la determinazione dei criteri astratti di identificazione delle "popolazioni interessate".

[27] Peculiarità che la Corte inferisce dalle vicende storico-sociali dell'abitato, frutto di un'ampia ed approfondita esposizione nelle memorie della parte privata.

immediatamente contigue[28]: in primo luogo, si considera il fatto che i residenti coinvolti nella consultazione, «a differenza di tutti gli altri residenti nei Comuni di Fano e Mondolfo, sono quelli più facilmente orientati a utilizzare alcune infrastrutture situate nell'abitato oggetto di variazione territoriale (una farmacia e un istituto scolastico)»; in secondo luogo, si richiama la condivisione con gli abitanti di Mondolfo, data la prossimità territoriale, di servizi già esistenti sul territorio; da ultimo, la sussistenza di un diretto interesse ad una amministrazione omogenea della zona costiera, al fine di conseguire una gestione uniforme dei servizi di accoglienza, balneari e turistici, necessari allo sviluppo dell'area in cui risiedono.

Non viene invece ritenuto un contro-argomento spendibile quello della potenziale diminuzione delle entrate fiscali che potrebbe ipoteticamente derivare al Comune di Fano dal distacco di Marotta. Non solo perché tale argomento non terrebbe da conto i possibili risparmi di spesa che potrebbero emergere a seguito della separazione, ma soprattutto perché andrebbe a rendere del tutto inutile l'obbligo costituzionalmente posto di individuazione delle "popolazioni interessate": se si guardasse infatti esclusivamente alle conseguenze finanziare derivanti in capo al resto dei residenti nei comuni interessati, si dovrebbe dedurre sempre e in ogni caso un obbligo di coinvolgimento dell'intera popolazione. Il che contrasta però con la lettura che si è data dell'art. 133, comma 2, Cost., il quale richiede pur sempre una selezione delle "popolazioni interessate", che verrebbe meno in tal ipotesi[29].

4. La ragionevolezza della perimetrazione come fulcro della nozione di "popolazioni interessate"

All'esito della ricostruzione della nozione di "popolazioni interessate" ex art. 133, comma 2, Cost. realizzata dalla Corte, appare evidente come il definitivo superamento del coinvolgimento dell'intera popolazione dei comuni interessati e la preferenza per una individuazione caso per caso finiscano per ampliare considerevolmente la discrezionalità dell'autorità regionale deputata alla selezione dei residenti interessati alla consultazione. Tale perimetrazione non è più una mera applicazione al caso concreto di una regola già chiaramente predefinita, ma diviene oggetto di una valutazione che è stata giustamente definita "tecnico-politica"[30]:

[28] Elementi che sono ricavati dalla Corte guardando alla deliberazione n. 87 del 2013, la quale «illustra con sufficiente analiticità i criteri che hanno condotto a questa individuazione delle "popolazioni interessate"».

[29] Cfr., in part. per gli aspetti finanziari, F. GUELLA, *La discrezionalità "tecnica" della Politica (e la motivazione* per relationem *della legge) nell'individuazione delle "popolazioni interessate" al referendum consultivo ex art. 133 Cost.,* cit., 282-283.

[30] F. GUELLA, *ult. op. cit.*, 279.

tecnica perché deve necessariamente poggiare su "elementi idonei" a dimostrare la sussistenza di un interesse qualificato in capo alle popolazioni individuate; *politica* perché comunque il margine di discrezionalità che conserva l'autorità competente regionale nell'apprezzamento di tali elementi rimane in concreto molto ampio[31].

Ciò pare comportare un'ulteriore erosione dell'area di sindacato del giudice amministrativo, già significativamente ridotta nella precedente sentenza n. 2 del 2018. Questi potrà infatti verificare la corrispondenza della valutazione operata nel caso concreto rispetto ai criteri eventualmente predeterminati dalla legge regionale generale, ove esistente; oppure potrà censurare l'esercizio della discrezionalità tecnico-politica dell'autorità regionale (almeno prima dell'approvazione della legge-provvedimento); ma non potrà compiere un controllo eccessivamente pervasivo, residuando pur sempre all'autorità regionale competente un margine di apprezzamento discrezionale[32].

È semmai la Corte costituzionale a recuperare un maggiore controllo tanto sui criteri individuati nelle leggi generali, quanto sulle singole leggi-provvedimento. Controllo che si risolve in un *giudizio di ragionevolezza*: laddove si propenderà per la redazione di una legge regionale generale, con individuazione *ex ante* degli elementi da tenere in considerazione nel caso concreto per la perimetrazione delle popolazioni interessate, lo scrutinio di ragionevolezza riguarderà i criteri individuati in questa legge[33] o la conformità della valutazione condotta nel caso concreto rispetto ai parametri prefissati. Laddove invece manchi una legge generale, il controllo di ragionevolezza sarà svolto sulla legge-provvedimento che conclude l'*iter* della variazione territoriale; al fine di compiere tale scrutinio, si avrà però riguardo per l'atto regionale di individuazione delle popolazioni interessate, che è da ritenersi in buona sostanza la motivazione *per relationem* della stessa legge-provvedimento. Va notato, per inciso, che lo scrutinio così impostato sulla legge-

[31] Si pensi, solo per fare un esempio, agli aspetti storico-sociali che dovrebbero fondare la "peculiarità distintiva" di una parte della popolazione rispetto alla restante e alle possibili interpretazioni divergenti (ma comunque storicamente argomentate) che si possono dare agli eventi della storia locale.

[32] Ciò pare si possa dire, in particolare, per la valutazione complessiva degli elementi idonei a fondare un interesse alla consultazione: non è difficile immaginare situazioni in cui taluni elementi sembrano giustificare il coinvolgimento di una specifica parte della popolazione (ad es., l'utilizzo di particolari infrastrutture nella porzione di territorio oggetto di variazione) mentre altri facciano propendere per l'esclusione della stessa parte di popolazione (ad es. motivi storico-sociali). In casi simili è evidente come la perimetrazione finale debba essere anche il frutto di un bilanciamento dei vari elementi considerati; un bilanciamento in rapporto al quale pare arduo riconoscere un controllo approfondito da parte del giudice amministrativo.

[33] Oppure, in ipotesi, anche la mancata considerazione di taluni elementi; v. *infra* par. 5.

provvedimento avrà una duplice conseguenza: da un lato, una spiccata concretezza del giudizio di costituzionalità, legata al controllo sulle motivazioni caso per caso[34]; dall'altro, la sostanziale risoluzione del giudizio *a quo* da parte della Corte costituzionale, quando oggetto del giudizio incidentale sia esclusivamente la legge-provvedimento[35].

5. Conclusioni e questioni aperte

La sentenza n. 214 del 2019 ha senz'altro il merito di aver messo ordine nella giurisprudenza costituzionale pregressa, anche al costo di alcune smentite e riletture di precedenti discordanti talora un po' forzate nel senso di una complessiva armonizzazione[36]. La nozione di "popolazioni interessate" ai sensi dell'art. 133, comma 2, Cost. ne esce comunque meglio definita, pur nella sua natura variabile e polimorfa.

La pronuncia apre tuttavia anche alcune questioni.

In primo luogo, a fronte della chiara preferenza mostrata dalla Corte per una perimetrazione che si attagli al caso specifico di variazione territoriale, si impone una revisione della legislazione regionale in materia, che vede molte leggi regionali generali assai poco attente all'esigenza di una valutazione caso per caso. Se si guarda, ad esempio, alle sole ipotesi di modifica delle circoscrizioni comunali nelle regioni ordinarie (ossia scorporo con aggregazione ad altro comune), si può rilevare che le leggi di Toscana, Umbria, Lazio, Abruzzo, Campania e Basilicata prevedono in ogni caso il coinvolgimento di tutti i residenti, tanto del comune

[34] Concretezza che emerge con nettezza anche nel caso in commento. Cfr. sul punto M. CECCHETTI, *Istituzione di nuovi comuni e modificazioni delle circoscrizioni comunali: la Corte reinterpreta il concetto di "popolazioni interessate" e rilegge le affermazioni della sentenza n. 453 del 1989*, cit., 345-346.

[35] Tale profilo è segnalato problematicamente da A. CHIAPPETTA, *I limiti al sindacato giurisdizionale amministrativo in tema di variazioni territoriali comunali,* cit., 14; e ripreso da C. TUBERTINI, *Il procedimento di variazione del territorio comunale tra giudice amministrativo e giudice costituzionale,* cit., 531. Non sembra però che ciò comporti il venir meno dell'incidentalità della questione di costituzionalità, rappresentando semmai un'inevitabile conseguenza dell'orientamento consolidato della Corte volto a trasferire integralmente il controllo sulle leggi-provvedimento nel giudizio costituzionale (con ampiezza e modalità di sindacato quanto più prossime a quelle del giudice amministrativo). Sul tema in generale, *ex pluribus*, cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino 2015; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano 2013, spec. 249 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano 2007.

[36] Non è peraltro la prima volta che la Corte, nel pronunciarsi proprio sul tema in questione, opera una rilettura "accomodante" della propria giurisprudenza pregressa; sul punto si v. la critica serrata di M. CECCHETTI, *op. cit.,* 344 ss.

cedente quanto di quello che acquisisce la frazione di territorio oggetto di trasferimento[37]. Altre Regioni, invece, individuano criteri palesemente incostituzionali (perché già oggetto di declaratoria di illegittimità della Corte)[38] oppure poco adattabili alla molteplicità dei casi concreti (anche per una scrittura a tratti oscura)[39]. Non è difficile prevedere che, in mancanza di un'opportuna

[37] Si v. art. 61, comma 5, l.r. Toscana 23 novembre 2007, n. 62, "Disciplina dei referendum regionali previsti dalla Costituzione e dallo Statuto"; art. 43, comma 5, l.r. Umbria 6 febbraio 2010, n. 14, "Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (Iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)"; art. 25, comma 5, l.r. Abruzzo 19 dicembre 2007, n. 44, "Disciplina del referendum abrogativo, consultivo e dell'iniziativa legislativa"; art. 25, comma 2, l.r. Campania 30 aprile 1975, n. 25, "Referendum popolare"; art. 1, l.r. Lazio 8 Aprile 1980, n. 19, "Norme sul referendum consultivo per l'istituzione di nuovi comuni, e modificazione delle circoscrizioni e denominazioni comunali, in attuazione dell'art. 133, secondo comma, della Costituzione"; l.r. Basilicata 26 luglio 1993, n. 42, "Norme in materia di modificazione territoriale, fusione ed istituzione di nuovi comuni".

[38] È il caso della legge pugliese, che prevede la consultazione dei soli residenti nella zona interessata al distacco (art. 21, l.r. Puglia 20 dicembre 1973, n. 27, "Norme sul referendum abrogativo e consultivo"), ipotesi già censurata nella sent. n. 433 del 1995 (e respinta anche dalla pronuncia in esame); oppure della l.r. Emilia-Romagna 8 luglio 1996, n. 24, "Norme in materia di riordino territoriale e di sostegno alle unioni e alle fusioni di comuni" (art. 11, comma 2, *lett. b)* e *c)*), che – in modo analogo alla legge veneta bocciata nella sent. n. 94/2000 – dispone il coinvolgimento di tutti gli elettori del Comune di origine nel caso di distacco, finalizzato alla istituzione di un nuovo Comune o all'aggregazione ad altro Comune, di una porzione di territorio che rappresenti almeno il trenta per cento della popolazione o il dieci per cento del territorio del Comune di origine; mentre consente la partecipazione dei soli elettori residenti nel territorio oggetto di modificazione negli altri casi.

[39] Si v. art. 44, comma 4, l.r. Piemonte 16 gennaio 1973, n. 4, "Iniziativa popolare e degli enti locali e referendum abrogativo e consultivo" che consente una perimetrazione delle popolazioni interessate ridotta rispetto al coinvolgimento di tutti i residenti «qualora tale parte di territorio abbia una caratterizzazione distintiva, nonché manchi di infrastrutture o di funzioni territoriali di particolare rilievo». In termini analoghi anche l'art. 6, comma 1, l.r. Veneto 24 dicembre 1992, n. 25, "Norme in materia di variazioni provinciali e comunali": «La consultazione referendaria deve riguardare l'intera popolazione del comune di origine e di quello di destinazione, salvo casi particolari da individuarsi anche con riferimento alla caratterizzazione distintiva dell'area interessata al mutamento territoriale, nonché alla mancanza di infrastrutture o di funzioni territoriali di particolare rilievo per l'insieme dell'ente locale». Particolarmente complessa la previsione di cui all'art. 38, commi 5 e 6, l.r. Liguria 28 novembre 1977, n. 44, "Norme di attuazione dello Statuto sull'iniziativa e sui referendum popolari": «Il referendum consultivo per la costituzione in Comune o in Comuni autonomi di una o più frazioni, borgate o parte di territorio di uno stesso Comune o di Comuni distinti ovvero per le modificazioni delle circoscrizioni

riforma da parte dei legislatori regionali nel senso indicato nella pronuncia, le leggi in questione arriveranno presto dinanzi alla Corte.

Una seconda questione riguarda più precisamente i criteri individuati *ex ante* dalle Regioni nelle rispettive leggi generali per indirizzare, nei casi concreti, l'individuazione delle popolazioni interessate da parte dell'autorità regionale competente. Alla luce delle conclusioni della sentenza in esame, sembra ineludibile una progressiva uniformazione degli stessi – peraltro già da tempo auspicata dalla dottrina[40] – sulla scia della casistica offerta dalla giurisprudenza costituzionale (v. *supra* par. 3). La legge generale che pretendesse di escludere taluno dei summenzionati elementi, preferendone altri, si esporrebbe infatti ad una censura di costituzionalità in termini di ragionevolezza, perché non consentirebbe all'autorità regionale competente di valutare, in misura quanto più aderente alle peculiarità del caso concreto, la sussistenza o meno di un interesse qualificato alla partecipazione referendaria in capo a determinati residenti.

Un esempio può essere utile a comprendere il problema: se l'esistenza di infrastrutture di riferimento sul territorio oggetto di distacco è un elemento utile al fine di perimetrare le popolazioni interessate (come è avvenuto nel caso di specie con riguardo ad una farmacia e ad un istituto scolastico), non si vede perché questo elemento possa e debba essere valutato in Lombardia per riconoscere un interesse alla consultazione referendaria e invece possa essere del tutto tralasciato in Emilia-Romagna.

Tale prospettazione entra chiaramente in problematico conflitto con la facoltà delle Regioni di determinare in autonomia i contenuti delle leggi generali, facoltà riconosciuta in più occasioni dalla Corte[41] e logica conseguenza – almeno in via di principio – della competenza esclusiva regionale in materia di circoscrizioni comunali e variazioni delle stesse (art. 117, comma 4, e 133, comma 2, Cost.). D'altra parte, concludere per l'opposta soluzione significherebbe lasciare la nozione di popolazioni interessate ad un'arbitraria selezione dei criteri condotta dalla legge regionale di turno, che si tradurrebbe in valutazioni caso per caso

comunali può riguardare la sola popolazione del territorio oggetto del trasferimento qualora il Consiglio regionale rilevi la sussistenza di entrambe le seguenti condizioni: a) la popolazione o il territorio che è oggetto di trasferimento risulti inferiore rispettivamente al 30 per cento della popolazione o al 10 per cento del territorio del Comune di origine o di quello di destinazione; b) l'area non abbia un'incidenza rilevante sugli interessi del Comune cedente e della relativa popolazione complessiva./Le norme di cui al precedente comma non operano per i Comuni con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti».

[40] Cfr. ad es. V. DE SANTIS, *La individuazione delle popolazioni interessate alla modifica delle circoscrizioni comunali crea ancora incertezza*, cit., 1574-1575.

[41] Vedi ad es. Corte cost. n. 94 del 2000.

inidonee a certificare – stante l'odierna pronuncia – la sussistenza o meno di un interesse qualificato al *referendum* territoriale.

Anche in questo frangente, resta comunque auspicabile una revisione delle discipline in materia da parte delle Regioni, capace di far tesoro delle indicazioni fornite sul punto dalla giurisprudenza costituzionale[42]. In mancanza, sarà ancora la Corte ad essere chiamata a correggere il legislatore regionale.

Un'ultima considerazione concerne invece, più in generale, il tema dei procedimenti di variazione territoriale dei comuni, il cui numero negli ultimi anni sta progressivamente crescendo, anche (ma non solo) in ragione delle molte leggi statali e regionali volte ad incentivare le fusioni tra comuni. La pronuncia odierna, rimettendo l'individuazione delle popolazioni interessate ex art. 133, comma 2, Cost. ad una valutazione compiuta caso per caso (sia essa guidata o meno da criteri predeterminati *ex lege*), non mancherà di generare qualche incertezza, soprattutto

[42] In tal senso può rappresentare un valido modello di riferimento – avendo tenuto nella dovuta considerazione le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale – la legge lombarda (art. 9-*ter*, comma 4, l.r. Lombardia 15 dicembre 2006, n. 29, "Testo unico delle leggi regionali in materia di circoscrizioni comunali e provinciali"), la quale dispone che «la consultazione referendaria deve riguardare l'intera popolazione dei comuni interessati da modifiche territoriali salvo che, per le caratteristiche dei gruppi presenti sul territorio degli stessi, dei luoghi, delle infrastrutture e delle funzioni territoriali, nonché per la limitata entità della popolazione o del territorio, rispetto al totale, si possano escludere dalla consultazione le popolazioni che non presentino un interesse diretto e qualificato alla variazione territoriale»; in senso analogo anche la legge calabrese (l.r. 5 aprile 1983, n. 13, recante "Norme di attuazione dello statuto per l'iniziativa legislativa popolare e per i referendum"), che dispone all'art. 40, comma 4, *lett. d)* che «il Consiglio regionale (…) può, con decisione motivata, escludere dalla consultazione referendaria le popolazioni che non presentano un interesse qualificato alla variazione territoriale: per le caratteristiche dei gruppi residenti sul territorio dei Comuni interessati, della dotazione infrastrutturale e delle funzioni territoriali, nonché per i casi di eccentricità dei luoghi rispetto al capoluogo e, quindi, di caratterizzazione distintiva dei relativi gruppi»; da ultimo, si veda anche la legge molisana 12 maggio 1975, n. 35, "Norme generali sulle circoscrizioni comunali e disciplina dei referendum consultivi previsti dallo Statuto" modificata nel 2016: «La consultazione referendaria deve riguardare l'intera popolazione dei comuni interessati da modifiche territoriali salvo che, per le caratteristiche dei gruppi presenti sul territorio degli stessi, dei luoghi, delle infrastrutture e delle funzioni territoriali, nonché per la limitata entità della popolazione o del territorio rispetto al totale, si possano escludere dalla consultazione le popolazioni che non presentino un interesse diretto e qualificato alla variazione territoriale. La limitata ammissione alla consultazione referendaria è motivata, caso per caso».

in termini di prevedibilità *ex ante* della perimetrazione delle "popolazioni interessate"[43].

Questa perdita sul fronte della certezza del diritto pare tuttavia controbilanciata da una complessiva maggiore democraticità del processo di variazione territoriale[44], che dovrebbe finalmente vedere coinvolti solo e soltanto i residenti che hanno *in concreto* un interesse qualificato alla modifica in questione. Il che, di converso, non era affatto assicurato né attraverso il coinvolgimento a priori dell'intera popolazione né attraverso la previsione di criteri fissati *ex ante* inidonei a distinguere i casi di sussistenza e insussistenza del menzionato interesse qualificato. Soluzioni quest'ultime che garantiscono una maggiore certezza del diritto, ma al contempo implicano il coinvolgimento (spesso decisivo) di residenti che, rispetto alla specifica variazione territoriale, non possono vantare un interesse qualificato.

[43] La problematica era già stata messa in luce, seppur in diversa prospettiva, da M. LUCIANI, *op. cit.*, 1396-1397.

[44] Cfr. F. GUELLA, *La discrezionalità "tecnica" della Politica (e la motivazione* per relationem *della legge) nell'individuazione delle "popolazioni interessate" al referendum consultivo ex art. 133 Cost.,* cit., 280-281.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La garanzia del diritto ad un luogo di culto: un interminabile percorso ad ostacoli*

ANDREA AMBROSI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 254 del 5 dicembre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0254s-19.html

Sommario

1. Art. 19 Cost. e diritto ad un luogo di culto: conferme e novità dalla sentenza n. 254 del 2019 della Corte costituzionale. – 2. La disciplina regionale delle attrezzature religiose: finalità e limiti. – 3. La pianificazione delle attrezzature religiose in Lombardia dopo la sentenza n. 254 del 2019. – 4. I limiti alla discrezionalità nella pianificazione urbanistica generale e nella programmazione delle attrezzature religiose. – 5. Il diritto ad un luogo di culto tra Corte, legislatori e amministrazioni pubbliche.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

A. AMBROSI, *La garanzia del diritto ad un luogo di culto: un interminabile percorso ad ostacoli*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*

** Ricercatore in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Padova. Indirizzo mail: andrea.ambrosi@unipd.it.

1. Art. 19 Cost. e diritto ad un luogo di culto: conferme e novità dalla sentenza n. 254 del 2019 della Corte costituzionale

La sentenza n. 254 del 2019 della Corte costituzionale porta un contributo rilevante alla configurazione della libertà di religione protetta dall'art. 19 Cost., con indicazioni valevoli, più in generale, per intendere il modo di essere dei diritti costituzionali. Inserendosi nel filone recentemente arricchito dalle sentenze n. 63 del 2016 e n. 67 del 2017, la Corte ribadisce anzitutto che la Costituzione, stabilendo che tutti hanno diritto di esercitare in privato o in pubblico il culto, garantisce pure il diritto al mezzo, ossia alla disponibilità di un luogo nel quale la libertà possa essere esercitata, anche in forma associata[1].

L'art. 19 Cost. viene così a condizionare le leggi regionali sul "governo del territorio", che si occupano degli edifici religiosi per i profili urbanistici ed edilizi[2]. Rispetto alle pronunce immediatamente precedenti, con la sentenza n. 254 la Corte pone l'accento su altre implicazioni peculiari derivanti dall'art. 19 Cost. Invero, nelle sentenze del 2016 e del 2017, dopo avere affermato il principio per cui la disponibilità di spazi adeguati ove rendere concretamente possibile, o comunque facilitare, le attività di culto rientra nella tutela di cui all'art. 19 Cost., la Corte si è

[1] Giova ricordare, per quanto il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., non fosse stato invocato dalle ordinanze di rinvio, che nello stesso senso dispongono fonti internazionali vincolanti per l'Italia. V. ad es. l'art. 9, comma 1, Cedu (su cui A. GUAZZAROTTI, *Commento all'art. 9*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2012, 370 ss., e, specificamente sul rapporto tra libertà di culto e disciplina urbanistica, Corte EDU, II, sent. 24 maggio 2016, ric. n. 36915/10 e n. 8606/13, *Association de solidarieté avec les Temoins de Jehovah* e altri c. Turchia, partic. par. 89 s.). In tema v. ora A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale*, in *Gruppo di Pisa* 2020, 57 ss.

[2] Che le Regioni siano titolate a dettare una disciplina urbanistico-edilizia per le strutture religiose è pacifico da tempo: v., anche per ulteriori indicazioni, V. TOZZI, *La disciplina regionale dell'edilizia di culto*, in R. BOTTA (a cura di), *Interessi religiosi e legislazione regionale*, Giuffrè, Milano 1994, 41 ss.; A. ROCCELLA, *Esigenze religiose e piani urbanistici*, in C. MINELLI (a cura di), *L'edilizia di culto. Profili giuridici*, Vita e Pensiero, Milano 1995, 47 ss.; A. ROCCELLA, *La legislazione regionale,* in D. PERSANO (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Vita e Pensiero, Milano 2008, 79 ss.; N. MARCHEI, *Il diritto alla disponibilità dei luoghi di culto,* in S. DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna 2012, 171 ss.; S. BERLINGÒ, *A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama: edifici di culto e legislazione civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)* n. 1/2015.

occupata in prevalenza di questioni incentrate sulla esorbitanza della disciplina posta dalla Regione dalle attribuzioni ad essa spettanti per Costituzione[3], oppure su discriminazioni tra confessioni religiose, risultanti esplicitamente o rese possibili dalle norme regionali che il Governo aveva impugnato[4]; e le dichiarazioni di incostituzionalità, o le interpretazioni correttive della Corte, sono state dirette per lo più dirette a ristabilire l'assetto delle competenze, o ad affermare la eguaglianza tra confessioni[5]. La sent. 254/2019, invece, non solo ribadisce l'imperativo "che non si discriminino le confessioni nell'accesso agli spazi pubblici", ma aggiunge anche che la libertà di culto, "in positivo", "implica che le amministrazioni competenti prevedano e mettano a disposizione spazi pubblici per le attività religiose […]"[6].

La previsione di spazi per i luoghi di culto non è dunque una facoltà per Regioni e comuni, ma il contenuto di un dovere derivante immediatamente dall'art. 19 Cost.[7]. Ed è conclusione inevitabile, posto che la disciplina e la pianificazione

[3] Sent. 63/2016, punto 8; sent. 67/2017, punti 3.2 - 3.3.

[4] Sent. 63/2016, punto 5.2; sent. 67/2017, punto 2.2.

[5] V. i punti citati alle note che precedono. Sulle differenze, quanto ai parametri utilizzati, tra la sent. 254/2019 e le due del 2016 e del 2017, v. N. MARCHEI, *La Corte costituzionale chiude il cerchio e "smantella" la legge della regione Lombardia sugli edifici di culto*, in *Quad. dir. pol. eccl.* 2019, 689 ss.; G. MARCACCIO, *La libertà di culto nell'Italia plurireligiosa: una Corte costituzionale più coraggiosa torna a censurare la legge "anti-moschee" della Regione Lombardia. (Note a margine della sentenza Corte Cost. n. 254 del 5 dicembre 2019)* (24 febbraio 2020), in *diritti-cedu.unipg.it*, 8 ss., 11 ss.; A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto*, cit., 40 ss. (con considerazioni relative ai diversi contesti storici e sociali lungo i quali si snoda la giurisprudenza della Corte).

[6] Punto 6.

[7] G. CASUSCELLI, *La condizione giuridica dell'edificio di culto*, in C. MINELLI (a cura di), *L'edilizia di culto*, cit., 37 s., individua un obbligo del legislatore di apprestare i mezzi necessari a dare effettività alla libertà di culto; analogamente D. MONEGO, *Libertà religiosa, luoghi di culto e governo del territorio*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Luoghi dell'anima, anime in cammino. Riflessioni su eredità culturale e turismo religioso*, Franco Angeli, Milano 2017, 67 s.; A. AMBROSI, *Edilizia di culto e potestà legislativa regionale*, in *Diritto e Religioni* 2017, 223 ss.; A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto*, cit., 37 ss. (con la precisazione che dell'art. 19 Cost. occorre fare una "lettura combinata con i principi fondamentali, in particolare con gli artt. 2, 3 e 8 Cost."); nello stesso senso, per quanto in modo non espresso, Cons. St., IV, sent. 27 novembre 2010, n. 8298. N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il* diritto costituzionale *ad un edificio di culto*, in *www.federalismi.it* n. 24/2015, 1 ss., parla di "un diritto costituzionale *presupposto* dalla stessa libertà religiosa": "[i]n sintesi, tale diritto costituzionale *necessita* dell'esercizio di poteri pubblici, assumendo la consistenza giuridica dell'*interesse legittimo costituzionale*, da intendersi quindi quale interesse pretensivo ad uno specifico bene della vita, ossia ad un edificio destinabile al culto, conseguibile attraverso l'esercizio di poteri istruttori, valutativi, urbanistico-

urbanistiche hanno ad oggetto l'intero territorio comunale: a ritenere il contrario, si lascerebbe alla piena libertà regionale o comunale la possibilità di avere un luogo di culto.

Fondato il dovere direttamente sull'art. 19 Cost., diviene meno grave il problema, enfatizzato da una parte della letteratura, della mancanza sul punto di una legge cornice o di un espresso principio fondamentale nella materia "governo del territorio"[8], che in effetti sembrano mancare, per quanto la Corte scriva che la normativa statale "garantisce la previsione di adeguati spazi per i luoghi di culto per l'esercizio della libertà religiosa"[9], richiamando in proposito l'art. 16, comma 8, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, secondo cui gli oneri di urbanizzazione secondaria riguardano anche «chiese e altri edifici religiosi», e l'art. 3 d.m. 2 aprile 1968, n. 1444[10], per il quale i luoghi di culto rientrano tra le «attrezzature di interesse comune», che devono essere previste dagli strumenti urbanistici al fine di soddisfare gli standard fissati dallo stesso decreto. Ma la prima norma presuppone esistenza e disciplina urbanistica degli spazi per il culto, mentre non sembra imporne la regolamentazione alle Regioni; dalla seconda è quanto meno dubbio

pianificatori, edilizio-attuativi o concessori. Questo diritto costituzionale fondamentale, nella sua forma di interesse legittimo, sembra assumere nella concretezza dell'ordinamento un contenuto essenziale di carattere *collettivizzato*" (ivi, 11). La giurisprudenza comune, quando afferma il dovere della amministrazione locale di valutare, nella pianificazione urbanistica, il fabbisogno di attrezzature religiose, fa per lo più discendere il vincolo dalla legislazione posta dalla Regione: v. TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 28 dicembre 2013, n. 1176; TAR Lombardia, Milano, II, sent. 8 novembre 2013, n. 2485.

[8] S. BERLINGÒ, *A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama,* cit., 10, parla della ""terra di nessuno" di una legislazione concorrente non assistita dalla indispensabile individuazione di norme di principio da parte di una legge cornice tuttora non emanata". N. MARCHEI, *Le nuove leggi regionali 'antimoschee'*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica (www.statoechiese.it)* n. 25/2017, 4, nota in generale la assenza di principi fondamentali della materia, assenza alla quale supplisce la giurisprudenza costituzionale. A. ROCCELLA, *Problemi attuali dell'edilizia di culto*, in *Riv. giur. urban.* 2018, 30, sottolinea che "stride la mancanza di una disciplina di legge statale che renda effettivo il diritto di tutte le confessioni religiose di realizzare propri luoghi di culto in corrispondenza dei bisogni dei rispettivi fedeli". Naturalmente, la circostanza che Regioni e comuni siano tenuti in via immediata a rispettare e ad attuare l'art. 19 Cost. non esclude la utilità di una legislazione statale sui luoghi di culto, fondata sui titoli di intervento dell'art. 117 Cost. che possono rilevare in materia (v. oltre, par. 5).

[9] Punto 6.1.

[10] Che reca "[l]imiti 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".

che sia possibile derivare un vincolo a carico della legge regionale, contenuta come è in atto di natura non legislativa[11]. La riconduzione del dovere di prevedere spazi e luoghi per il culto direttamente all'art. 19 Cost., e non a previsioni statali di rango legislativo, ha come apprezzabili conseguenze di rilievo che il vincolo vale senz'altro, in via immediata, pure per le Regioni speciali e le Province autonome di Trento e di Bolzano, che in materia di urbanistica hanno competenza primaria, non soggetta al limite dei principi fondamentali, tipico della potestà concorrente[12]; e che esso si impone allo Stato e alla Regione, in sede di sottoscrizione e approvazione dell'intesa, diretta a definire le "[u]lteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui all'art. 116, comma 3, Cost.[13].

Compaiono poi, nella sentenza n. 254, alcuni riferimenti alle attrezzature religiose di "carattere […] privato", accanto a quelle di "carattere pubblico"[14]. La distinzione non è teorizzata, ma dal contesto della decisione si intende che per la Corte hanno carattere privato i luoghi ad accesso limitato a un numero chiuso di persone determinate, nei quali l'attività di culto può essere anche solo occasionale. In relazione a questo tipo di strutture, il vincolo derivante dall'art. 19 Cost. a carico del legislatore e della amministrazione non è ovviamente quello positivo di prevederne la realizzazione, ma quello, "negativo", di non frapporre "ostacoli ingiustificati all'esercizio del culto". Si tratta di una precisazione che può fornire sostegno a quella parte della giurisprudenza comune, che interpreta in senso restrittivo disposizioni limitative della libertà di culto, escludendo dal campo di applicazione di esse gli edifici nei quali l'attività religiosa ha carattere occasionale e 'chiuso'[15]. Si può forse aggiungere che, nel definire gli spazi di intervento della

[11] V. *amplius* A. AMBROSI, *Edilizia di culto e potestà legislativa regionale*, cit., 225 ss., anche per il peso che in argomento può avere l'art. 2-*bis* d.P.R. 380/2001, il quale, "nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali", consente alle Regioni di derogare a talune previsioni del d.m. 1444/1968.

[12] V. art. 14, lett. *f)*, St. Sicilia; art. 3, lett. *f)*, St. Sardegna; art. 2, lett. *g)*, St. Valle d'Aosta; art. 8, n. 5, St. Trentino - Alto Adige; art. 4, n. 12, St. Friuli - Venezia Giulia.

[13] Una adeguata considerazione del vincolo derivante dall'art. 19 Cost. dà una risposta alle preoccupazioni giustamente manifestate da C. B. CEFFFA, *Quali garanzie a presidio della libertà religiosa nelle regioni italiane? Alcune riflessioni a partire dalla sentenza n. 254/2019 della Corte costituzionale*, in *Diritti regionali* n. 1/2020, 211 ss., per la quale la concretizzazione della autonomia differenziata "su materie come governo del territorio e dunque, urbanistica ed edilizia di culto, espone fatalmente le garanzie di cui agli articoli 8 e 19 Cost. ad un incremento del rischio di una gestione non in linea con il rispetto del pluralismo religioso che connota il nostro ordinamento".

[14] Punto 6.3.

[15] V., con riferimento alla necessità o meno di conseguire uno specifico titolo edilizio per il mutamento di destinazione d'uso, TAR Lombardia, Milano, II, sent. 25 ottobre 2010,

legge regionale, occorre tenere conto che l'uso di un bene a fini di religione, e più specificamente di culto, ristretto a un numero predefinito di persone, che non determini un mutamento necessario degli standard urbanistici, sta sotto la soglia dell''urbanisticamente rilevante', e rientra nella libera utilizzazione del bene (tanto più se l'uso non è continuativo); le facoltà di godimento sono certo limitabili, ma - trattandosi prevalentemente di conformare il diritto di proprietà, oppure diritti reali o personali di godimento - le attribuzioni in proposito spettano allo Stato, *ex* art. 117, comma 2, lett. *l*), Cost.

Da sottolineare ancora, nella pronuncia n. 254, la riaffermazione del tipo di scrutinio che la Corte opera nel sindacare leggi sul governo del territorio potenzialmente limitative del "diritto al luogo": le disposizioni devono essere strettamente necessarie alla tutela di interessi urbanistici (uso del territorio, etc.), tenendo conto "del *peculiare rango costituzionale* della libertà di culto", e della esigenza che alla installazione di attrezzature religiose, "in ragione della loro strumentalità alla garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato", deve "essere riservato un *trattamento di speciale considerazione*"[16]. La Corte certo non disegna una scala rigida di principi costituzionali, ponendovi ai gradini più alti la libertà di culto[17]; ed è pur vero che il "diritto" di ottenere la disponibilità di aree per la realizzazione di un edificio per il culto pubblico è diverso dal "diritto" di usare come luogo di culto un edificio di cui già si abbia la disponibilità, e che entrambe queste posizioni soggettive sono cosa diversa dal "diritto" di usare di un bene proprio per il culto "privato": sono situazioni che, se si vuole, si possono collocare a maggiore o minore distanza rispetto al nucleo duro della libertà di culto, più o meno lontane dalla testa di chi impugna l'ombrello protettivo dell'art. 19 Cost.[18].

---

n. 7050 (peraltro riformata da Cons. St., IV, sent. 27 ottobre 2011, n. 5778); TAR Veneto, II, sent. 27 gennaio 2015, n. 91 (confermata da Cons. St., V, sent. 3 maggio 2016, n. 1684); TAR Lombardia, Brescia, I, ord. 31 luglio 2015, n. 1506 (riformata da Cons. St., VI, ord. 21 novembre 2015, n. 5254); TAR Lombardia, Milano, II, sent. 30 settembre 2019, n. 2053. TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 23 giugno 2010, n. 2378, ha escluso dalla programmazione relativa ai luoghi di culto gli spazi aperti, per quanto più persone vi si possano ritrovare per finalità religiose. V. anche oltre, nota 40.

[16] V. punti 6.3 e 8 (corsivi aggiunti).

[17] Sulla questione fondamentale della pesatura degli interessi nelle operazioni di bilanciamento, con posizioni non convergenti, ed anche per ulteriori indicazioni, v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, il Mulino, Bologna 2018, 129 ss., 220 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano 2018, 38 ss., 52 ss.; M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, il Mulino, Bologna 2017, 86.

[18] Per usare l'immagine che usa R. BIN, *Critica*, cit., 40 ss., spec. 43: "[c]ome l'ombrello garantisce la massima protezione al capo di chi lo impugna, così la norma costituzionale protegge in massima misura il "bene" pensando al quale è stata scritta. Man mano ci si

Però una significativa e apprezzabile indicazione viene da questa decisione: ed è nel senso che le attribuzioni regionali sulla materia "governo del territorio" abilitano alla cura di interessi, i quali nel loro insieme ed 'in partenza' (ovvero: al momento della rilevazione degli interessi in gioco, e di una prima loro ponderazione) non possono essere posti sullo stesso piano della libertà di religione, avendo questa un peso particolare[19].

La esigenza che nella disciplina urbanistica la libertà di culto sia tenuta in primaria considerazione può essere argomentata anche considerando che le elencazioni delle materie di competenza regionale o statale contenute nell'art. 117 Cost., se sono o possono essere un indice di 'meritevolezza costituzionale' di determinati interessi, sono dettate ai fini del riparto della competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni, e quindi nulla dicono, di per sé stesse, sul rapporto tra questi interessi e i diritti riconosciuti dalla Costituzione in modo espresso.

Del medesimo orientamento interpretativo sembrano espressive altre decisioni della Corte. Si può ricordare la sent. 13/2004, che ha ritenuto lesiva delle attribuzioni della Regione in materia di "istruzione" la norma nazionale che affidava ad un organo dello Stato il compito di distribuire il personale docente fra le varie istituzioni scolastiche del territorio; l'accertamento della violazione non ha determinato un annullamento secco della legge, quanto piuttosto una dichiarazione di incostituzionalità accompagnata dalla previsione che essa continui "ad operare fino a quando le singole Regioni si saranno dotate di una disciplina e di un apparato istituzionale idoneo a svolgere la funzione di distribuire gli insegnanti": spiega la Corte che la "caducazione immediata" della norma censurata avrebbe provocato "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione. Alla erogazione del servizio scolastico sono collegati diritti fondamentali della persona, che fanno capo in primo luogo agli studenti ed alle loro famiglie […]"; e aggiunge che occorre "soddisfare l'esigenza della continuità non più normativa ma istituzionale, giacché soprattutto nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti

allontani da quel centro, la protezione si indebolisce e subisce i compromessi che derivano dalla necessità di proteggere altre situazioni […]".

[19] Per una esemplare applicazione del criterio di giudizio v. TAR Lombardia, Milano, II, sent. 9 marzo 2018, n. 686, confermata da Cons. St., IV, sent. 5 dicembre 2019, n. 8328, con riferimento alle condizioni che devono sussistere per revocare una convenzione urbanistica concernente la realizzazione di una struttura religiosa. Ma non si può dire che l'impostazione sia patrimonio comune: v. Cons. St., IV, sent. 5778/2011, cit., per un esempio di decisione priva di qualsivoglia scrutinio di adeguatezza-proporzionalità della limitazione portata da norma urbanistica alla libertà di culto garantita dall'art. 19 Cost.; sulla lunghezza d'onda di quest'ultima decisione sembra porsi L. SPALLINO, *Edifici di culto: la disciplina urbanistica lombarda dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Urb. app.* 2016, 769, 774-775.

fondamentali". Il tipo di dispositivo è stato quindi suggerito "dall'esigenza di tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico"[20]. Venendo ad una decisione più recente, nella sent. 195/2019 (sul c.d. "daspo urbano") la Corte ritiene che le esigenze di decoro di certe aree, e di contrasto di determinate condotte, se giustificano l'adozione, da parte dello Stato, di discipline rientranti nelle proprie attribuzioni costituzionali (come l'ordine di allontanamento o di divieto di accedere in determinate zone), non possono "[i]n ogni caso" impedire ad una persona di ricorrere ad un presidio sanitario, perché le siano erogate cure mediche (o prestazioni terapeutiche o di analisi e diagnostica), "essendo il diritto alla salute prevalente" su quelle esigenze[21].

La sentenza n. 254 tocca una delle leggi con le quali alcune Regioni hanno ritenuto di governare il fenomeno migratorio, con discipline tendenti a limitare od ostacolare il godimento di diritti costituzionali, in condizioni di eguaglianza, discipline le quali colpiscono anche cittadini italiani e della Unione europea, professanti una religione diversa da quella maggioritaria nel Paese[22]. Alla radice della legislazione in discorso c'è pure l'opinione tanto diffusa quanto indimostrata che vi sia oggi una correlazione inescapabile tra una religione e una cultura (quelle islamiche, compattamente considerate un monolite, e ritenute violente) e vari episodi di terrorismo anche recentemente verificatisi[23]. I profili relativi all'immigrazione o alla sicurezza pubblica, ben presenti nelle vicende della vita che

[20] Punto 4.

[21] Punto 5.

[22] Sulle caratteristiche della più recente legislazione regionale in materia v. S. BERLINGÒ, *A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama,* cit., 12; G. CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)* n. 14/2015, 4; A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa* (13 giugno 2015), in *www.forumcostituzionale.it*, 8 s.; M. PARISI, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in *Diritto e Religioni* 2016, 215; G. TUCCI, *La Corte costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in *Giur. it.* 2016, 1070 ss.; N. MARCHEI, *Il diritto al tempio. Dai vincoli urbanistici alla prevenzione securitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, *passim*; N. MARCHEI, *La Corte costituzionale chiude il cerchio*, cit., 681 ss.; G. MARCACCIO, *La libertà di culto nell'Italia plurireligiosa*, cit., 1 ss., 6 ss. Sulla pluralità delle confessioni religiose colpite dalla legislazione restrittiva v. A. TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri: l'edilizia di culto oggi*, in *Riv. giur. urban.* 2018, 18; conferma si ha guardando alle appartenenze religiose dei diversi ricorrenti nei giudizi amministrativi citati nel presente lavoro.

[23] Tra i molti in questo senso, v. alcuni interventi di consiglieri di maggioranza, nel corso dei lavori preparatori della l. reg. Lombardia 2/2015 (cfr. REGIONE LOMBARDIA - X LEGISLATURA - ATTI CONSILIARI, *Resoconto* della seduta n. 77 del 27 gennaio 2015, 36 ss.); v. pure i progetti di legge, e le rispettive relazioni introduttive, menzionati alla nota 75.

hanno dato luogo ai giudizi *a quibus*, non venivano direttamente messi a tema nelle *quaesiones* sollevate, e la Corte conseguentemente non se ne è occupata; ma forse la sentenza n. 254 ricorda egualmente, in modo efficace, che quei profili vanno eventualmente affrontati in altri luoghi e con altri strumenti[24], e che una disciplina generale sui luoghi di culto non può essere il mezzo indiretto per colpire intere comunità di persone.

2. La disciplina regionale delle attrezzature religiose: finalità e limiti

La decisione si inserisce in due giudizi pendenti innanzi al TAR per la Lombardia. Nel primo, è impugnato un provvedimento comunale di annullamento in autotutela di un permesso di costruire, ottenuto da una associazione culturale-religiosa islamica, riguardante il mutamento di destinazione di uso di taluni immobili (edifici ad uso residenziale, di deposito, e di autorimessa sarebbero stati destinati ad un uso sostanzialmente religioso). La invalidità del titolo edilizio - che è il presupposto dell'annullamento d'ufficio - è argomentata dal Comune su due differenti livelli: la mancanza dell'apposito "piano per le attrezzature religiose" (PAR), necessario per la realizzazione della struttura, ai sensi dell'art. 72 l. reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 ("Legge per il governo del territorio")[25]; e l'eccessivo carico urbanistico che la apertura del luogo di culto avrebbe generato nella zona di insediamento. I motivi del ricorso innanzi al TAR riprendono le linee del provvedimento in autotutela, e per quanto qui interessa mirano a contestare che, per una articolata serie di motivi, la struttura assentita ricadesse nel campo di applicazione dell'art. 72 l. reg.; e a negare che, comunque, la realizzazione del luogo di culto incidesse sul territorio in modo tale da sacrificare altri interessi pubblici, come quello alla viabilità sostenibile. Il ricorso prospetta inoltre la incostituzionalità del comma 5 dell'art. 72[26], letto dalla associazione ricorrente nel senso che la approvazione del PAR (ammesso che fosse necessaria per il rilascio del permesso) sarebbe stata per il Comune meramente facoltativa[27]. Nel processo così avviato, il Tribunale amministrativo per la Lombardia (sede di Milano, sez. II), con sentenza non definitiva del 3 agosto 2018, n. 1939[28], solleva la questione di

[24] Già la sent. 59/1958, nel dichiarare incostituzionale la norma che richiedeva la autorizzazione governativa per l'apertura di templi od oratori, avvertiva che la libertà di culto "non può escludere che sui comportamenti [dei cittadini] effettivamente verificatisi cadano, nelle fattispecie previste, le sanzioni della legge; e su quelli in atto si eserciti, anche ai fini dell'ordine pubblico, il potere della polizia, entro i limiti giuridicamente consentiti".

[25] Nel testo sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. *c*), l. reg. 3 febbraio 2015, n. 2.

[26] Sul quale v. oltre, par. 4.

[27] Interpreta così la disposizione L. SPALLINO, *Edifici di culto*, cit., 773.

[28] In *Gazz. Uff.*, *1 s.s.*, 14 novembre 2018, n. 45.

legittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 72, ritenendo che il permesso di costruire sia stato rilasciato appunto in violazione di queste previsioni.

La censura della Corte colpisce il comma 2, per il quale "[l]'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano" apposito, e "senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa […]". Il comma è inteso nel senso che ogni singola installazione religiosa, di qualunque tipo e di qualunque dimensione, deve essere necessariamente preveduta nello specifico atto di pianificazione, non essendo sufficiente che la attrezzatura ricada nella zona urbanistica destinata dal piano agli edifici religiosi[29]. Nella assolutezza della previsione la Corte ravvisa - del tutto condivisibilmente - un ostacolo irragionevole all'esercizio della libertà di culto[30]; e la circostanza che il vincolo della necessaria preventiva pianificazione, per un verso riguardi anche attrezzature religiose del tutto prive di rilevanza urbanistica, e per un altro verso non riguardi né strutture di associazioni non religiose, né "altre opere di urbanizzazione secondaria, quali per esempio scuole, ospedali, palestre, centri culturali […] che, in maniera non diversa dalle attrezzature religiose, possono presentare maggiore o minore impatto urbanistico", dimostra per la Consulta che "la finalità perseguita è solo apparentemente di tipo urbanistico-edilizio, e che l'obiettivo della disciplina è invece in realtà quello di limitare e controllare l'insediamento di (nuovi) luoghi di culto"[31]. Di qui la accertata violazione degli artt. 2, 3, 19 Cost.[32].

[29] Per tale interpretazione rigorosa dell'art. 72 v. Cons. St., VI, ord. 5254/2015, cit.; Cons. St., VI, ord. 4 agosto 2017, n. 3334; TAR Lombardia, Milano, IV, sent. 5 settembre 2017, n. 1783 (che ha pure dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità identica a quella ora in parte accolta dalla Corte). Altra giurisprudenza ha ritenuto che la speciale pianificazione di cui all'art. 72 l. reg. 12/2005 sia necessaria solo per la localizzazione dei grandi luoghi di culto (TAR Lombardia, Brescia, I, ord. 16 dicembre 2015, n. 2228; TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 28 novembre 2016, n. 1615).

[30] Assolutezza e irragionevolezza derivanti anche dalla disposizione del comma 5, pure dichiarata incostituzionale (v. oltre, par. 4).

[31] L. SPALLINO, *Edifici di culto*, cit., 774, riconosce che la scelta della Regione Lombardia è stata quella, "comune ad altre regioni, di ricorrere alla leva urbanistica per limitare, o comunque gestire, gli insediamenti religiosi che una rinnovazione della popolazione, tramite apporti di altri paesi di diversa confessione, inevitabilmente porta con sé".

[32] La sentenza n. 254 accenna al fatto che la disciplina ostacolante vale solo per le attrezzature religiose nuove: in pratica, riguarda quasi solo i fedeli di confessioni diverse dalla cattolica; è solo un accenno, ma evoca il profilo della discriminazione indiretta derivante dalla legislazione lombarda, e dalla legislazione analoga di altre Regioni, ricordata nel presente lavoro (v. anche oltre, nota 54).

3. La pianificazione delle attrezzature religiose in Lombardia dopo la sentenza n. 254 del 2019

Inammissibile, per irrilevanza, viene invece dichiarata la questione sollevata sul primo comma dell'art. 72, ovvero sulla norma alla quale si deve la introduzione, tra gli strumenti della pianificazione urbanistica in Lombardia, del "piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi", nel quale "[l]e aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate", e dove esse "vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose […]". I due commi, osserva la Corte, hanno un oggetto diverso: il secondo subordina i singoli luoghi di culto alla previa approvazione del PAR, mentre il primo impone di rispettare la zonizzazione operata dal PAR stesso; senonché, aggiunge, "nel caso oggetto del giudizio a quo, il PAR non risulta adottato, con la conseguenza che al giudizio stesso è estraneo il tema - anche logicamente, oltre che fattualmente, subordinato al tema della previa esistenza del PAR - della necessaria conformità alla zonizzazione del piano e dunque in esso non viene in rilievo la questione di costituzionalità della norma che la prescrive (art. 72, comma 1)"[33].

La differente valutazione dei due commi, per quanto riguarda la rilevanza della censura, lascia qualche perplessità. È vero che le disposizioni, lette pianamente, hanno un contenuto diverso, come spiega la sentenza. Ma è pur vero che, nella specifica vicenda, l'annullamento in autotutela (che ha importato il diniego di realizzazione del luogo di culto) è basato anche sulla mancanza del PAR[34], su una ragione quindi in qualche modo preliminare e assorbente rispetto alla circostanza che la struttura non fosse specificamente presa in considerazione nel PAR; e il Tribunale amministrativo, esclusa la fondatezza del ricorso nella parte in cui si contestava che l'annullamento del permesso potesse basarsi sull'eccessivo carico urbanistico dell'opera, e riconosciuto che la stessa ricadeva nel campo di applicazione dell'art. 72 l. reg. 12/2005, solleva questione di legittimità sul combinato disposto dei commi 1 e 2, "in quanto preordinano una completa e assoluta programmazione pubblica della realizzazione di «attrezzature religiose», […] introducendo così un controllo pubblico totale, esorbitante rispetto alle

[33] Punti 5 e 5.1.

[34] Scrive il TAR Lombardia che secondo il provvedimento comunale in autotutela "la realizzazione di un tale intervento edilizio, diretto allo svolgimento non occasionale anche di attività di culto, ricade nella categoria urbanistica prevista dall'articolo 71, comma 1, lett. b) e c -bis) della legge regionale n. 12 del 2005; categoria per la cui attuazione è richiesta la preventiva approvazione del Piano delle attrezzature religiose di cui all'articolo 72, comma 1, della medesima legge regionale" (punto 3; v. anche punto 20).

esigenze proprie della disciplina urbanistica […]"[35]. Il giudice amministrativo pare in sostanza dolersi della globalità e pervasività della pianificazione, e chiede la ablazione integrale dei due commi, perché è da essi che ricava la norma che impone la pianificazione onnicomprensiva, ed è su entrambi che è basato il provvedimento. La fondatezza del dubbio di costituzionalità, per come era stato prospettato dal TAR, avrebbe probabilmente dovuto portare all'annullamento pure del comma 1 dell'art. 72[36]. Del resto, i motivi di contrasto con la Costituzione argomentati dalla Corte con riferimento al comma 2 sembrano valere anche per la prima disposizione: per quale ragione, ad esempio, si dovrebbe imporre che "una piccola sala di preghiera privata di una comunità religiosa", come altre strutture di "potenziale irrilevanza urbanistica"[37], possano sorgere solo nelle zone a ciò specificamente destinate dal PAR?

Ci si può chiedere se, in alternativa, fosse possibile una dichiarazione di incostituzionalità di tipo additivo, che escludesse dalla necessità della preventiva zonizzazione nel PAR i luoghi di culto che non generino carico urbanistico, o un carico urbanistico maggiore rispetto a quello già previsto per altre utilizzazioni, oltre che i luoghi "privati", di cui parla la sentenza. Ma tale strada avrebbe allora forse richiesto di esaminare se la questione, così ridefinita, fosse o meno "prematura". In effetti, nell'atto di rinvio, il giudice non aveva argomentato che nel caso specifico la attrezzatura religiosa, per le caratteristiche in concreto presentate, sarebbe potuta rientrare nel campo di applicazione della norma 'esonerativa', in ipotesi aggiunta dalla decisione della Corte; e la omissione avrebbe probabilmente importato la dichiarazione di inammissibilità della questione, per mancata motivazione sulla rilevanza[38].

[35] V. punti 22.2-22.3. I termini della questione sono gli stessi che il TAR aveva prefigurato in un provvedimento cautelare intervenuto nel medesimo processo: v. TAR Lombardia, Milano, sez. II, ord. 20 giugno 2017, n. 780.

[36] Non si può trascurare, però, che il TAR non ha sollevato questione sulle disposizioni dell'art. 72 che stabiliscono contenuti e procedimento di approvazione del PAR; così che si sarebbe dovuti arrivare o a una dichiarazione di incostituzionalità conseguenziale, o a ritenere inoperanti le norme stesse.

[37] Per riprendere gli esempi che la Corte porta in motivazione al punto 6.3.

[38] Per la inammissibilità di questioni 'premature' nel senso detto v. esplicitamente sent. 254/1985, punto 3; sent. 199/1994; sent. 322/2007, punto 4.2; ord. 34/2016; v. anche, implicitamente, sent. 325/2005, punto 1; sent. 115/2011, punto 1.4 del "fatto". Altra giurisprudenza, che sembra minoritaria, non esige che la motivazione sulla rilevanza si spinga fino a dare conto della futura applicabilità al caso oggetto del giudizio della decisione della Corte (v. sent. 97/1987, punto 2; ord. 409/1991; sent. 362/1995, punto 2); ma appellarsi a tale orientamento, per arrivare nel merito ad una sentenza additiva, sarebbe stato difficile, perché il giudice *a quo*, in un passo dell'articolato provvedimento, parrebbe piuttosto escludere che la realizzazione dell'opera fosse priva di rilievo urbanistico.

La permanente vigenza del comma 1 dell'art. 72 l. reg. ha evidentemente riflessi sul modo di ricostruire la disciplina della pianificazione della edilizia di culto in Lombardia, dopo la sentenza n. 254 del 2019. Sono ipotizzabili due soluzioni alternative.

La prima fa leva sull'argomento che la Corte, pur non entrando nel merito del comma 1, ha comunque ritenuto contrarie a Costituzione le due proposizioni che subordinavano le attrezzature religiose alla esistenza del PAR, e alla specifica loro individuazione in esso[39]; alla eliminazione del vincolo si accompagna, in positivo, una norma implicita per cui, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, gli edifici di culto possono essere programmati e realizzati anche in assenza dello specifico PAR, nell'ambito e secondo la disciplina generale del piano dei servizi; in particolare, è possibile, in Lombardia, che la specifica individuazione delle "aree che accolgono attrezzature religiose" avvenga di volta in volta, attraverso valutazioni operate in concreto con deliberazione del consiglio comunale, secondo quanto la legge regionale n. 12 del 2005 prevede per "[l]a realizzazione di attrezzature pubbliche e di interesse pubblico o generale, diverse da quelle specificamente previste dal piano dei servizi […]" (art. 9, comma 15). È una lettura delle norme sul PAR che in passato già è stata seguita da una parte della giurisprudenza amministrativa, per la quale la circostanza che sia "previsto un apposito piano delle attrezzature religiose ("*atto separato facente parte del piano dei servizi*") è in realtà un'innovazione nominalistica, essendo parimenti utile allo scopo una qualsiasi previsione del PGT o dei suoi allegati, comunque denominata. Sarebbe certamente legittima, e normalmente preferibile, la trattazione dell'edilizia di carattere religioso all'interno del piano dei servizi, in coordinamento con il restante fabbisogno di infrastrutture e di servizi per la collettività"[40]; senonché, mentre prima della sentenza n. 254 tale interpretazione poteva costituire una sorta di *interpretatio abrogans* della riforma voluta nel 2015, dopo la dichiarazione di incostituzionalità essa diventa plausibile, perché mette a valore la ragione per la quale è stato tolto dall'ordinamento il vincolo del comma 2.

Vicina a questa lettura vi è quella avanzata recentissimamente dal giudice amministrativo, per cui oggi, "[e]ssendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima la norma che prevedeva il piano delle attrezzature religiose come

[39] Giova rileggere l'art. 72, comma 2, l. reg. 12/2005: "[l]'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all'articolo 70".

[40] TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 1615/2016, cit., la quale, con riferimento ai contenuti che secondo la l. reg. 12/2005 deve avere il PAR, precisa che dovranno "i singoli comuni elaborare interinalmente una specifica disciplina, o applicare quella generale in vigore per edificazioni di analogo impatto".

componente necessaria del piano dei servizi (v. art. 72 comma 2 della LR 12/2005), il rilascio del permesso di costruire [per un edificio di culto] non presuppone più una previsione nel PGT che localizzi le singole attrezzature religiose. È invece sufficiente una valutazione caso per caso della compatibilità urbanistica, allo scopo di accertare l'equivalenza tra il luogo di culto e le destinazioni di zona esplicitamente ammesse o equivalenti"[41]. Nella parte in cui ragiona di una incostituzionalità della norma "che prevedeva il piano delle attrezzature religiose come componente necessaria del piano dei servizi" la decisione del giudice comune è evidentemente creativa, perché la Corte ha al contrario confermato che la introduzione "di uno speciale piano dedicato alle attrezzature religiose, riconducibile al modello della pianificazione urbanistica di settore, non è di per sé illegittima"[42]; ciononostante, essa coglie nel segno nel valorizzare il venir meno del vincolo alla preventiva programmazione e individuazione delle singole strutture.

Nella prospettiva appena delineata come prima alternativa che si pone all'interprete, il PAR diventa per i comuni facoltativo. La seconda alternativa consiste nel ritenere che invece la preventiva zonizzazione attraverso lo specifico PAR rimanga comunque necessaria[43]: la conclusione deriva dalla lettura della disciplina di risulta contenuta nell'art.72, considerata in sé stessa, senza ricavare alcuna norma implicita dalla dichiarazione di incostituzionalità del comma 2.

Nel secondo scenario si porrà la questione, se la zonizzazione vincoli ogni e qualsiasi attrezzatura religiosa, questione per la cui impostazione sono senz'altro rilevanti le considerazioni della sentenza n. 254. In ordine ad essa sono ipotizzabili sia interpretazioni restrittive della legge regionale (che conducano, ad esempio, a ritenere necessaria la zonizzazione solo per strutture di rilevante impatto sul territorio), sia rinvii alla Corte, per violazione delle norme costituzionali e sovranazionali che garantiscono la libertà di culto in condizioni di eguaglianza, nel

[41] TAR Lombardia, Brescia, II, sent. 7 aprile 2020, n. 265; TAR Lombardia, Brescia, II, ord. 14 febbraio 2020, n. 48.

[42] Punto 6.3.

[43] Prima della sentenza n. 254, molto netto in tal senso TAR Lombardia, Milano, IV, sent. 1783/2017, cit., secondo cui la realizzabilità di attrezzature religiose presuppone la esistenza del PAR, approvato secondo il procedimento e con i contenuti risultanti dall'art. 72 l. reg. 12/2005, così come è necessaria la emanazione degli atti regolamentari ai quali rinvia il medesimo art. 72. Per TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 15 ottobre 2018, n. 977, l'ostacolo alla individuazione di aree per le attrezzature religiose "costituito dalla zonizzazione non aggiornata è superabile […] contestando in via giudiziaria l'atteggiamento omissivo o dilatorio dell'amministrazione […], eventualmente chiedendo la fissazione di un termine per l'esame dei progetti di modifica degli strumenti urbanistici".

caso in cui si ritenga che la legge regionale obblighi ad una rigida zonizzazione, necessariamente riguardante qualsiasi struttura[44].

4. I limiti alla discrezionalità nella pianificazione urbanistica generale e nella programmazione delle attrezzature religiose

La sent. 254/2019 dichiara incostituzionale anche il secondo periodo del comma 5 dell'art. 72 l. reg. Lombardia 12/2005, oggetto della questione sollevata mediante la sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sez. II, 8 ottobre 2018, n. 2227[45]. Il giudizio *a quo* è l'anello di una lunga catena che ha inizio al più tardi nel 2011, quando una associazione islamica chiede che il Comune nel quale è insediata preveda una area per la realizzazione di un luogo di culto. A quella lontana istanza sono seguiti rigetti della amministrazione locale, impugnative vittoriose dinanzi al TAR, appelli al Consiglio di Stato, un giudizio di ottemperanza, la sopravvenienza di disposizioni regionali immediatamente incidenti sulla vicenda (se non dichiaratamente dirette ad incidervi), il blocco conseguente dell'azione in ottemperanza, una decisione di parziale incostituzionalità, ad iniziativa del Governo, di talune delle sopraggiunte norme della Regione, ancora rigetti e ricorsi, e - finalmente - la rimessione alla Corte operata dal TAR[46].

[44] Diversa la situazione nel giudizio *a quo*. In esso è arduo ipotizzare una interpretazione della legge regionale che riduca il campo di applicazione dell'art. 72, comma 1, escludendovi i luoghi di culto la cui apertura non aggrava il carico urbanistico, o i luoghi 'privati': il giudice ha già escluso che la legge possa essere interpretata restrittivamente, e ha riconosciuto che il permesso di costruire era illegittimo, per la mancanza della zonizzazione, da operarsi necessariamente mediante il PAR (v. punti 14.1-14.3 dell'atto di rinvio); inoltre, nel verificare la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico concreto e attuale, poste dal Comune a fondamento della autotutela, il TAR sembra avere in qualche modo escluso che l'intervento non aggravasse il carico urbanistico (v. punto 16.2). Difficile è pure un nuovo rinvio alla Corte: a seguire l'impianto motivazionale della sentenza n. 254, una nuova questione di legittimità sul vincolo al rispetto della zonizzazione è inammissibile, fino a quando il PAR non sia approvato. Nel giudizio *a quo*, l'accoglimento del ricorso sembra quindi presupporre la prima ricostruzione del quadro normativo, sopra prospettata nel testo.

[45] In *Gazz. Uff.*, 1 *s.s.*, 5 dicembre 2018, n. 48.

[46] Per una più dettagliata ricostruzione della vicenda v. sent. 254/2019, punti 4 e 6 del "ritenuto in fatto", e A. TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri*, cit., 14 ss. A sei anni dalla impugnazione, Cons. St., IV, ord. 24 febbraio 2020, n. 518, chiede ora alle parti di manifestare la permanenza dell'interesse alla definizione del giudizio di appello proposto contro TAR Lombardia, Milano, II, sent. 2485/2013, cit., che aveva obbligato il Comune ad esaminare l'istanza avanzata dalla Associazione islamica per la individuazione dell'area da destinare ad attrezzature religiose.

Tribunale amministrativo il quale - di fronte al provvedimento del Comune che rinvia al futuro piano di governo del territorio (comprendente il PAR, come elemento del piano dei servizi) la decisione sulla individuazione di una area idonea all'insediamento dell'edificio di culto - dubita della legittimità costituzionale della disposizione che quel rinvio consente: è l'art. 72, comma 5, a stabilire in effetti che «[i] comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale» n. 2 del 2015, e che «[d]ecorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT»[47].

La Corte muove dalla considerazione che la formazione di un nuovo piano di governo del territorio (o di una sua variante generale) "ha per sua natura carattere assolutamente discrezionale per quanto riguarda l'an e il quando dell'intervento", e ne ricava che di conseguenza anche la adozione del PAR - cui sono condizionate le attrezzature religiose - è dalla norma rimessa alla sostanziale libertà del comune. La disposizione determina quindi una compressione della libertà di culto, incostituzionale perché consente di giungere alla sua totale soppressione, per l'aspetto che attiene alla disponibilità di un edificio idoneo, senza che a fronte via sia la protezione di un qualunque interesse di rilievo urbanistico. Ulteriore ragione di incostituzionalità sta nella violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza: invero, per la realizzazione di impianti di interesse pubblico di tipo diverso, che non siano già previsti dal piano dei servizi, la stessa legge urbanistica della Lombardia non esige, come si è ricordato, la variante generale del PGT, ed anzi in alcuni casi consente che l'opera o la struttura siano autorizzate con deliberazione motivata del consiglio comunale, senza nemmeno richiedere la procedura di variante parziale (art. 9, comma 15, l. reg. 12/2005).

Nella prospettiva di una maggiormente efficace garanzia della libertà di culto, apprezzabile che la Corte sia giunta ad una dichiarazione di incostituzionalità, e non si sia attardata in considerazioni attinenti alla possibilità di ricorrere innanzi al giudice amministrativo contro omissioni o ritardi nell'avviare il procedimento di variante generale del PGT[48].

[47] In punto di rilevanza v. le obiezioni della parte costituita (punto 8 del "ritenuto in fatto").

[48] Diversamente, questioni mediante le quali si lamentava che la legge regionale lasciasse ai comuni una eccessiva discrezionalità nella programmazione e nella realizzazione delle attrezzature religiose sono state dichiarate inammissibili, o non fondate "nei sensi di cui in motivazione", talora specificando che "il cattivo o il mancato esercizio del potere da parte delle autorità urbanistiche potrà essere censurato nelle sedi competenti", da sent. 63/2016, punti 6, 10, 11.

5. Il diritto ad un luogo di culto tra Corte, legislatori e amministrazioni pubbliche

Si è già detto delle ricadute della sentenza n. 254 nel primo dei giudizi *a quibus*. Nel secondo, è probabile che il TAR accolga il ricorso[49]: dopo di che, non è escluso che alla amministrazione comunale spetti comunque uno spazio discrezionale in ordine alla valutazione delle esigenze fatte presenti dalla Associazione culturale-religiosa, nella comparazione con altri interessi pubblici; né sono da escludere ulteriori strascichi giudiziari.

Ciò conduce ad un ordine diverso di considerazioni. La decisione della Corte, molto importante per quanto afferma in punto di diritto circa le garanzie che l'art. 19 Cost. appresta per la libertà di culto, rappresenta purtroppo solo una tappa di quello che risulta essere un vero percorso ad ostacoli, da superare ai fini del concreto riconoscimento della libertà a tutti, anche e soprattutto a coloro che praticano religioni in Italia minoritarie.

Per la Corte non è illegittima la pianificazione delle aree per le attrezzature religiose (difficile pensare diversamente), anche se si tratta di una pianificazione separata da quella generale valevole per tutti gli altri servizi[50]; illegittima è invece una pianificazione urbanistica che impedisca od ostacoli irragionevolmente la possibilità di realizzare luoghi pubblici di culto, o di esercitare il culto in luoghi "privati" (nel senso sopra accennato), anche in forma collettiva. Ma, in disparte le norme riconosciute fin qui contrarie alla Costituzione, è tutta una serie di disposizioni regionali sul "governo del territorio" a porre ostacoli alla libertà dell'art. 19 Cost. Alcune di tali norme sono oggetto di forti dubbi di costituzionalità, che - già prospettati in letteratura - appaiono rafforzati alla luce della sentenza n. 254 del 2019.

[49] Ma sono da tenere presenti i problemi posti dalla permanenza in vigore del comma 1 dell'art. 72 l. reg., per il quale le aree dedicate alle attrezzature religiose sono specificamente individuate nel PAR, e delle disposizioni sul contenuto e sul procedimento di approvazione del piano (v. sopra, par. 3); il TAR dubitava anche della legittimità dei commi 1 e 2 dell'art. 72, in quanto tali norme "avuto riguardo alla tutela costituzionale riservata alla libertà religiosa, non detta[no] alcun limite alla discrezionalità del comune nel decidere […] in che senso […] determinarsi a fronte della richiesta di individuazione di edifici o aree da destinare al culto"; ma ha ritenuto di non comprendere nel rinvio alla Corte i primi due commi dell'art. 72, limitandosi in proposito a "sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 79 c.p.a. in attesa della decisione della Corte costituzionale" sulle questioni da esso stesso sollevate con la precedente sent. 1939/2018 (v. punto 3.1 della sent. 2227/2018).

[50] Critico sulle norme che separano la pianificazione delle attrezzature religiose dalla comune pianificazione dei servizi, e la assoggettano a procedure peculiari e aggravate, è A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in questa *Rivista* 2016, 599.

Qualche esemplificazione. Certamente non sono finalizzate alla tutela di interessi urbanistici le norme per le quali nei piani delle attrezzature religiose devono essere previste "distanze adeguate tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose", da definire nel minimo con deliberazione della giunta regionale[51]: il vincolo della "distanza adeguata" parrebbe piuttosto volere puntellare una soggettiva tranquillità psicologica dei praticanti una certa religione, che si ritiene messa a repentaglio dalla possibilità di incrociare fisicamente, nei pressi del proprio edificio di culto, seguaci di religioni diverse[52].

Altre norme, pur poste a tutela di interessi urbanistici, possono risultare non proporzionate e non strettamente necessarie rispetto allo scopo, tenuto conto della compressione della libertà di culto che esse comportano, o possono comportare, in certi contesti territoriali. Si rifletta sul vincolo per cui gli strumenti di pianificazione devono prevedere tra l'altro "la presenza di strade di collegamento adeguatamente dimensionate" e "di adeguate opere di urbanizzazione primaria" (strade e opere che, se assenti o inadeguate, devono essere realizzate con onere a carico degli interessati), "uno spazio da destinare a parcheggio pubblico in misura non inferiore al 200 per cento della superficie lorda di pavimento dell'edificio da destinare a luogo di culto" (con possibilità di aggiungere "un minimo di posteggi determinati su coefficienti di superficie convenzionali"), cui si uniscono "la realizzazione di adeguati servizi igienici" e "l'accessibilità alle strutture anche da parte di disabili"[53]. Le prescrizioni sono poste a tutela di interessi pubblici affidati alla cura delle Regioni, e sono in sé ragionevoli[54]; ma può ben accadere che, per la

[51] Art. 72, comma 7, lett. *c)*, l. reg. Lombardia 12/2005 (nel testo della l. reg. 2/2015). Per il Veneto v. l'art 31-*ter*, comma 1, lett. *c)*, l. reg. 23 aprile 2004, n. 11, aggiunto dalla l. reg. 12 aprile 2016, n. 12. Per la Liguria v. l'art. 3, comma 4-*bis*, lett. *b)*, l. reg. 24 gennaio 1985, n. 4, nel testo sostituito dalla l. reg. 4 ottobre 2016, n. 23.

[52] Diversamente, in un *obiter* di TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 1615/2016, cit., si legge che i vincoli di distanza tra luoghi di culto "corrispondono a una ragionevole finalità di omogeneizzazione"; ma non si comprende che cosa e perché dovrebbe essere omogeneizzato.

[53] Per la Lombardia v. l'art. 72, comma 7, lett. *a)*, lett. *b)*, lett. *d)*, lett. *f)*, l. reg. 12/2005 (nel testo della l. reg. 2/2015); per il Veneto l'art 31-*ter*, comma 1, lett. *a)*, lett. *b)*, lett. *d)*, lett. *e)*, l. reg. 11/2004, aggiunto dalla l. reg. 12/2016; per la Liguria l'art. 3, comma 4-*bis*, lett. *a)*, lett. *c)*, lett. *d)*, l. reg. 4/1985, nel testo sostituito dalla l. reg. 23/2016.

[54] Non applicandosi alle attrezzature già esistenti, le nuove restrittive regolamentazioni finiscono tuttavia per ostacolare quasi esclusivamente solo la libertà di culto dei fedeli di religioni minoritarie o di recente diffusione in Italia, e rappresentano una forma di discriminazione indiretta, da scrutinare alla luce dell'art. 3 Cost. Per decisioni che hanno valutato la costituzionalità di disposizioni regionali che obbligano alla dotazione di determinati impianti e attrezzature solo i nuovi operatori economici, istituendo un regime differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e

loro assolutezza, in certe situazioni una o più di esse si rivelino eccessive, fino a tradursi nella impossibilità pratica di realizzare il luogo: ad esempio, ad un gruppo ristretto di fedeli, che disponesse di una struttura di dimensioni relativamente ampie, potrebbe essere impedito il mutamento di destinazione d'uso, per farne un luogo di culto, per la mancanza di un ampio spazio per parcheggio, nel caso non necessario[55].

In violazione palese del principio di eguaglianza[56] sono le norme che unicamente per gli enti appartenenti a confessioni diverse dalla cattolica prevedono la stipula di una "convenzione urbanistica" come condizione indispensabile per la realizzazione di attrezzature per servizi religiosi[57]. Vi sono poi

condizioni analoghi, v. la sent. 298/2013, punti 16 ss., la sent. 125/2014, punto 3.1, la sent. 105/2016.

[55] Ancora: la legge ligure citata alla nota 53 vuole che le strade di collegamento siano dimensionate in modo "da non congestionare il traffico pedonale e motorizzato nel momento di maggior affluenza di fruitori alla struttura": con tale norma, un picco di presenze (misurato come?), che si verifichi una volta all'anno in occasione di una particolare ricorrenza religiosa, viene assunto a metro per la misurazione del fabbisogno ordinario di dotazione (e si ricordi che i picchi di presenze in occasione di festività della religione maggioritaria in Italia sono invece - e a ragione, dal punto di vista costituzionale - gestiti in via amministrativa, mediante temporanee limitazioni della circolazione, come del resto avviene spesso in occasione del compimento di molti riti liturgici, quali processioni o funerali). Interessante notare che Corte EDU, II, sent. 24 maggio 2016, ric. n. 36915/10 e n. 8606/13, cit., ha ritenuto in violazione dell'art. 9 Cedu l'impedimento ad aprire un luogo di culto, derivante (anche) dalla previsione urbanistica che per esso richiedeva come requisito la superficie minima di 2500 mq.

[56] A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 600 s.

[57] V. art. 70, comma 2-*ter*, l. reg. Lombardia 12/2005 (aggiunto dalla l. reg. 2/2015); art. 31-*ter*, comma 3, l. reg. Veneto 23 aprile 2004, n. 11 (aggiunto dalla l. reg. 12 aprile 2016, n. 12). Secondo TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 1176/2013, cit., la stipula di una convenzione deve ritenersi richiesta per realizzare opere con "contributi e provvidenze" pubblici; per la Corte (sent. 63/2016, punto 6; sent. 67/2017, punti 3.2-3.3) la convenzione "deve essere ispirata alla finalità, tipicamente urbanistica, di assicurare lo sviluppo equilibrato e armonico dei centri abitati". Acute critiche alla necessità della convenzione, vista comunque come una forma di controllo amministrativo sull'esercizio del culto, sono argomentate da A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., 13 ss. Merita di essere segnalato che una parte della giurisprudenza amministrativa vede nella convenzione, come nel permesso di costruire di cui subito nel testo, strumenti utili a rendere meno rigida la disciplina sulla pianificazione delle attrezzature religiose: per esemplificare, a parcheggi e viabilità insufficienti (secondo regole generali), si può supplire mediante limitazioni al numero dei fedeli che possono accedere al luogo di culto, definite nell'ambito della convenzione e del permesso di costruire (v. TAR Lombardia, Brescia, I, ord. 2228/2015, cit.; TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 8 marzo 2016, n. 344).

le disposizioni edilizie che, in deroga a regole generali, assoggettano a permesso di costruire, in luogo di altri più agilmente conseguibili titoli edilizi, ogni mutamento di destinazione di uso, il quale sia volto a realizzare un luogo di culto; sono norme la cui costituzionalità è dubbia, nella parte in cui si applicano anche al caso in cui la nuova destinazione non determina alcun aggravio del c.d. carico urbanistico[58].

Si possono ricordare ancora - ma non da ultimo per rilevanza - le ampie definizioni di "attrezzature per servizi religiosi", per effetto delle quali sono assoggettate a rigida disciplina vincolistica pure edifici, il cui collegamento con la religione è del tutto ininfluente rispetto agli interessi urbanistici affidati alla cura della Regione[59]. Ad esempio, se può essere ragionevole considerare le esigenze abitative dei ministri di culto ai fini del dimensionamento degli spazi per servizi religiosi nella pianificazione urbanistica, è arduo dare fondamento ragionevole alla previsione per cui la abitazione di un ministro di culto si possa avere unicamente nelle zone destinate dalla pianificazione alle attrezzature religiose, o alla norma che

[58] Questioni di legittimità su norme del genere sono state sbrigativamente ritenute infondate da Cons. St., IV, sent. 5778/2011, cit., ma i dubbi continuano a riproporsi, e la Corte potrebbe essere presto chiamata ad occuparsene (cfr. TAR Milano, II, decreto 11 marzo 2020, n. 298, con riferimento all'art. 52, comma 3-*bis*, e all'art. 71, n. 1, lett. *c-bis)*, l. reg. Lombardia 12/2005). Sui numerosi parametri, costituzionali e interposti, che vengono in rilievo nella valutazione delle disposizioni regionali sul mutamento di destinazione d'uso, v. A. AMBROSI, *Edilizia di culto e potestà legislativa regionale*, cit., 241 ss.

[59] Cfr. art. 71 l. reg. Lombardia 12/2005 (nel tempo più volte modificato); art. 31-*bis* l. reg. Veneto 11/2004, introdotto dalla l. reg. 12/2016 (l'art 31-*ter*, comma 2, aggiunge che "[l]o strumento urbanistico comunale sottopone alla disciplina di cui al comma 1 [che per gli edifici religiosi vuole strade adeguate, parcheggi, distanze, etc.] anche le aree scoperte destinate o utilizzate per il culto, ancorché saltuario"); art. 2 l. reg. Liguria 4/1985, come modificato dalla l. reg. 23/2016. Per riferimenti sul problema della nozione di "luogo di culto" v. ora A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto*, cit., 34 ss. Non tutte le considerazioni svolte in precedenza, e imperniate sull'art. 19 Cost., valgono evidentemente per ogni 'luogo' che le disposizioni regionali equiparano, ai più diversi fini, ai 'luoghi di culto' (con la avvertenza che la nozione di 'luogo di culto' rilevante ai fini delle norme costituzionali dovrebbe essere pensata anche tenendo conto di ciò che le varie religioni considerano tale: A. BETTETINI, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quad. dir. pol. eccl.* 2010, 15 ss.). Della costituzionalità di alcune delle disposizioni regionali che accomunano nella medesima disciplina 'luoghi di culto' ed altri spazi si può comunque dubitare alla stregua di differenti parametri, quali il principio di ragionevolezza, l'art. 20 Cost., i principi fondamentali della materia "governo del territorio" (e un esempio è subito nel testo).

esige il permesso di costruire quando si voglia mutare l'uso di un appartamento da abitazione di una persona qualsiasi ad abitazione di un ministro di culto[60].

Ulteriori ostacoli alla libertà di culto derivano dalle incertezze normative concernenti i soggetti che possono concorrere alla distribuzione delle aree destinate alle attrezzature religiose, e i criteri di riparto da applicare.

Emblematica, per entrambi i profili, è la vicenda nella quale si inserisce, mediante il rinvio alla Corte, il TAR per la Lombardia con la citata sentenza n. 2227 dell'8 ottobre 2018. La legge regionale n. 12 del 2005, nell'individuare i destinatari della disciplina, in più punti si riferisce agli "enti delle confessioni religiose"[61]. Su tale base, il Comune varesino ad un certo punto rigetta l'istanza, che era stata presentata per ottenere la individuazione di una area per un edificio di culto, con l'argomento che la Associazione richiedente non può in senso proprio essere considerata ente di una confessione religiosa, non avendo tra l'altro ottenuto il riconoscimento giuridico ai sensi della l. 24 giugno 1929, n. 1159 ("Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato […]"); e a superare provvisoriamente il diniego si è resa necessaria una ordinanza cautelare dello stesso TAR, confermata dal Consiglio di Stato su appello del Comune[62].

Quanto ai criteri per la distribuzione di spazi tra i fedeli delle diverse religioni, la sentenza della Corte costituzionale n. 254 ritiene necessario ricordare, ancora una volta[63], che "[n]aturalmente, nel destinare spazi pubblici alle sedi di attività di culto delle diverse confessioni, regioni e comuni devono tener conto della loro presenza nel territorio di riferimento, dal momento che, in questo contesto, il divieto di discriminazione «non vuol dire […] che a tutte le confessioni debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione» (sentenza n. 63 del 2016)"[64].

[60] Come parrebbe prevedere il combinato disposto dell'art. 71, comma 2, lett. *b)*, dell'art. 72 e dell'art. 52 l. reg. Lombardia 12/2005, nella lettura risultante da Cons. Stato, IV, sent. 5778/2011, cit.

[61] Art. 70, commi 2, 2-*bis*, 2-*ter*; art. 71, comma 3; art. 72, comma 1; art. 73, comma 2.

[62] TAR Lombardia, Milano, II, ord. 20 gennaio 2017, n. 112, e Cons. St., IV, ord. 5 maggio 2017, n. 1885. Sul tema dei soggetti che possono concorrere al riparto degli spazi v. anche TAR Lombardia, Brescia, I, sent. 1176/2013, cit.

[63] Come già avevano fatto, negli stessi termini, la sent. 63/2016, punto 4.2, e la sent. 67/2017, punto 2.2.

[64] Punto 6.

Il rischio è quello di dare forza - con la applicazione di tali criteri[65] - al principio maggioritario, in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., il quale vuole piuttosto che si sostengano le religioni più deboli economicamente e socialmente[66].

Si tratta poi di criteri che implicano una troppo ampia discrezionalità nella individuazione dei dati da assumere per il loro impiego, discrezionalità che talora degenera in arbitrio. Ad esempio, in dichiarato svolgimento delle indicazioni date dalla Corte nella sentenza n. 63 del 2016[67], il provvedimento del Comune varesino,

[65] Che - presi singolarmente - non sono una invenzione della Corte, ma sono da attribuire alla prima legislazione regionale sulla edilizia di culto. Così, il criterio della "presenza organizzata [della confessione] nell'ambito" del comune, da impiegare al fine di selezionare chi può chiedere la disponibilità di spazi, e quello della distribuzione delle aree "proporzionalmente alla [rispettiva] consistenza" delle confessioni, sono stati previsti dagli artt. 1 e 3 l. reg. Abruzzo 16 marzo 1988, n. 29; il successivo art. 5 introduceva il criterio della rispettiva "incidenza sociale", in aggiunta ai primi, solo ai fini del riparto del finanziamento pubblico derivante da una quota degli oneri di urbanizzazione (la sent. 195/1993, annullando altra disposizione della stessa legge regionale, utilizza queste previsioni nella propria argomentazione, senza pronunciarsi su di esse). Anche la l. reg. Lombardia 9 maggio 1992, n. 20, distingueva: ai fini dell'accesso alle aree richiedeva solo che le confessioni (con intesa: limitazione dichiarata incostituzionale dalla sent. 346/2002) avessero una "presenza organizzata nell'ambito dei comuni"; per quanto invece concerneva il riparto dei contributi, si prevedeva che fosse data "priorità alle opere di restauro e di risanamento conservativo del patrimonio artistico-architettonico esistente" (art. 4). Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, è solo a partire dalla sent. 63/2016 che si ha la valorizzazione congiunta dei criteri riportati nel testo, utilizzabili insieme "allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo"; con tali indicazioni, la Corte tacitamente fa propri i criteri di riparto tanto delle aree quanto dei contributi, previsti in modo sostanzialmente identico per entrambe le evenienze dal testo originario della l. reg. Lombardia 12/2005 (v., rispettivamente, art. 72, comma 4, e art. 73, comma 3), mentre la dichiarazione di incostituzionalità pronunciata dalla stessa sentenza n. 63, per quanto ora interessa, riguarda solo i requisiti preliminari che occorre possedere per poter aspirare ad ottenere le aree, introdotti dalla novella di cui alla l. reg. 2/2015. La scelta politica di una Regione è stata trasformata dalla Corte in indirizzo rivolto a tutte le autonomie.

[66] Su tale rischio v. F. RIMOLI, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*, in *Giur. cost.* 2016, 641. Il collegamento tra misure agevolative ed effettività della libertà di religione, nella prospettiva indicata dal secondo comma dell'art. 3 Cost., è presente da tempo nella stessa giurisprudenza costituzionale (v. sent. 195/1993, punto 7). Una valutazione non negativa dei criteri indicati dalla Corte è in A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto*, cit., 49 ss.

[67] Richiamata da TAR Lombardia, Milano, II, ord. 112/2017, cit., nel definire i termini, secondo i quali il Comune avrebbe dovuto riesaminare la istanza della Associazione diretta alla individuazione di una area da destinare ad attrezzatura religiosa.

impugnato nel giudizio di cui alla sentenza del TAR n. 2227[68], misura la presenza e la consistenza del gruppo che chiede il luogo di culto attraverso il numero degli appartenenti alla Associazione (fotografato in diversi momenti temporali, per coglierne la variazione), la percentuale di essi rispetto agli abitanti del comune, il conseguente confronto con la presenza percentuale di fedeli di quella confessione nel resto del Paese; e allo scopo opera pure penetranti controlli e valutazioni sul libro degli associati, sulle modalità di tenuta del medesimo, sulla residenza effettiva dei componenti il gruppo, e così via[69]. Quanto alla "incidenza sociale", per la amministrazione comunale si deve avere riguardo a "richieste per manifestazioni o riunioni in luoghi pubblici" presentate in anni precedenti dai richiedenti, con la conseguenza di negare che vi sia "una presenza "attiva" (e, quindi, un "radicamento") degli aderenti all'Associazione in ambito locale" nel caso in cui manifestazioni non vi siano state.

La ripulitura della disciplina regionale ad opera di pronunce della Corte costituzionale è impresa ardua e defatigante, talora frustrante, per le strettoie del giudizio di costituzionalità, e per un certo atteggiamento della stessa Corte, la quale non sembra disponibile a dare rilievo al quadro complessivo nel quale si inseriscono le singole questioni sottoposte al suo giudizio[70]. A proposito della

[68] Delib. Cons. com. Sesto Calende 20 settembre 2017, n. 39, reperibile nel sito internet dell'ente locale.

[69] Non va taciuto, peraltro, che la definizione dei criteri di misurazione della consistenza dei diversi gruppi religiosi rappresenta realmente un problema, nessuno essendo tenuto a manifestare se abbia una fede religiosa, quale essa eventualmente sia, a quale confessione in ipotesi appartenga. Le indicazioni che vengono dalla prassi, anche quando non pregiudizialmente ostili alle religioni di minoranza, lasciano fortemente perplessi. A esempio, agli effetti del riparto dei contributi per l'edilizia di culto, il Comune di Milano, "in assenza di dati ufficiali sull'appartenenza religiosa", ricorre "a indicatori indiretti, quali il numero degli edifici adibiti al culto delle diverse confessioni, l'incidenza dei funerali religiosi cattolici sul totale, la ripartizione dell'8 per mille in sede di dichiarazione dei redditi, un'indagine statistica condotta dall'Area Gestione ed Integrazione Dati - Unità Statistica sull'appartenenza religiosa della popolazione residente a Milano", indagine che - condotta annualmente "sui dati dell'anagrafe comunale" - porterebbe a definire percentuali di "cittadini residenti a Milano che hanno dichiarato un'appartenenza religiosa", distinguendo tra "Chiesa Cattolica" e "altre confessioni" (cfr. Delib. Giunta com. Milano 22 novembre 2019, n. 2028; questa, e le numerose altre deliberazioni precedenti in materia, dello stesso tenore, e tutte reperibili nel sito internet dell'ente, lasciano nel mistero da quali dati dell'anagrafe si possa risalire ad una appartenenza religiosa).

[70] Indicativa è la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata sull'art. 72, comma 4, ultimo periodo, l. reg. Lombardia 12/2005 (nel testo introdotto con la l. reg. 2/2015), il quale, nel disciplinare il procedimento di formazione del PAR, stabilisce che "[r]esta ferma la facoltà per i comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni

giurisprudenza che si sta formando sul rapporto tra libertà di culto e legislazione regionale nella materia del "governo del territorio", può forse ripetersi quanto si è osservato circa il controllo operato dalla Corte sulla legislazione relativa alla emigrazione da paesi extracomunitari: che "[l]a Corte non si è opposta frontalmente a questa legislazione, ma ha operato, per così dire, per vie interne, correggendo, eliminando o aggiungendo, interpretando", con giurisprudenza che è esempio "di come i principi costituzionali possano trasformare una normativa fondata su premesse culturali in contrasto con la Costituzione, senza smantellarla ma plasmandola, *per quanto possibile*, nel segno della civiltà giuridica"[71]. E lo stesso vale per l'opera di adeguamento delle varie discipline ai principi costituzionali talora svolta dalla giurisprudenza amministrativa[72].

Ai fini dell'adeguamento sarebbe senz'altro utile una disciplina statale[73], riconducibile almeno alla materia del "governo del territorio"[74], la quale potrebbe talora determinare la abrogazione diretta delle norme regionali preesistenti in contrasto con essa, e renderebbe più sicure impugnative in via principale e ordinanze di rinvio alla Corte da parte dei giudici comuni.

Non sembra che il Parlamento si stia muovendo in tal senso. Limitando la ricerca alle legislature XVII e XVIII (dal 2013 ad oggi)[75], anche le iniziative

statutarie e dell'ordinamento statale". La previsione era stata censurata perché consentirebbe che la destinazione di determinate aree a edilizia di culto risulti «subordinata a decisioni espressione di maggioranze politiche o culturali o altro»; per la sent. 63/2016, punto 9, invece, la disposizione è "meramente ricognitiva, priva di «autonoma forza precettiva»". La pronuncia non tiene in alcun conto né i lavori preparatori (v. REGIONE LOMBARDIA - X LEGISLATURA - ATTI CONSILIARI, *Resoconto* della seduta n. 77 del 27 gennaio 2015, pp. 27, 41, 58, 60, 63, 78), né la circostanza che, in fatto, la disposizione ha consentito e consente comunque ai comuni di rinviare le determinazioni sui luoghi di culto, lasciando agli interessati l'onere del ricorso giurisdizionale. Si è poi già ricordato, alla nota 48, come la Corte abbia salvato disposizioni regionali, le quali possono prestarsi ad applicazioni che discriminano tra le diverse fedi religiose, o che ostacolano la libertà di culto, rinviando ai comuni rimedi giurisdizionali nei confronti dei singoli atti applicativi.

[71] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I*, cit., 228 (corsivo aggiunto).

[72] Indicazioni alle note 15 e 40, e testo corrispondente.

[73] La necessità di norme statali capaci di indirizzare le discipline regionali e locali è diffusamente avvertita: A. LO CALZO, *Il diritto ad un luogo di culto*, cit., 64 s.

[74] Quanto alle competenze sulla urbanistica spettanti a Regioni e Provincie autonome, occorrerebbe poi argomentare che le norme statali esprimenti il principio fondamentale della materia concretizzano, per le autonomie differenziate, il limite delle norme di riforma economico-sociale, o dell'interesse nazionale.

[75] E trascurando i numerosi disegni e progetti di legge, rimasti alla fase della iniziativa, diretti a comprimere pesantemente, distinguendo anche tra confessioni con e senza intesa, la possibilità di aprire luoghi di culto, e a sottoporre a controllo pubblico l'attività svolta al

legislative più attente alla libertà di religione prevedono interventi scarsamente incisivi, con riferimento al quadro problematico della edilizia di culto, cui si è fatto cenno[76]. E lo stesso si può osservare, sotto certi profili, per ipotesi di regolamentazione elaborate in sede scientifica. Il riferimento d'obbligo è alla *Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, recentemente avanzata da un gruppo di lavoro della Fondazione ASTRID[77]. L'"accesso" al luogo di culto è qui normato dall'art. 10. Le disposizioni si limitano però in parte alla riformulazione di principi costituzionali, come modellati dalla giurisprudenza della Corte: ciò è da dire per il comma 1, per il quale "[c]ondizione essenziale della libertà di culto garantita a tutti dalla Costituzione è la disponibilità di luoghi per l'esercizio del culto", e per il comma 2, là dove vincola "gli enti territoriali competenti, attraverso gli strumenti urbanistici", e "[n]el rispetto del pluralismo e del dovere d'imparzialità", ad assicurare "la previsione di spazi idonei" alla realizzazione di luoghi di culto". Tali disposizioni possono essere considerate innovative solo enfatizzando il ruolo che la legislazione ordinaria comune può avere nel diffondere la conoscenza di norme costituzionali[78].

---

loro interno: v. ad es., tra i tanti, *Atto Camera* n. 486 del 22 marzo 2013, *Atto Camera* n. 1570 dell'11 settembre 2013, *Atto Senato* n. 2142 del 19 novembre 2015, e *Atto Senato* n. 668 del 17 luglio 2018, nei quali - nel contesto di disposizioni sui "culti ammessi" - non si ha ritegno di ipotizzare una autorizzazione regionale alla costruzione o ristrutturazione di un edificio di culto (anche quando risultante dal mero mutamento di destinazione d'uso), "previa approvazione da parte della popolazione del comune interessato espressa mediante *referendum*". Sulla stessa linea si pone la proposta di legge *Atto Camera n. 2976-A*, arrivata al voto in Aula (abbinata ad altre), ma respinta con la approvazione di una pregiudiziale di costituzionalità nella seduta del 28 novembre 2017: si voleva tra l'altro istituire un "registro pubblico delle moschee", l'iscrizione nel quale era soggetta ad una serie di stringenti condizioni, ed implicava pure che "[i]l prefetto, mediante gli organi di pubblica sicurezza, vigila[sse] sullo svolgimento delle attività compiute all'interno della moschea […]". Da segnalare che numerose previsioni di questi progetti statali precedono o seguono identiche o analoghe disposizioni contenute nelle leggi delle Regioni Lombardia, Veneto e Liguria, alle quali si è fatto sopra riferimento.

[76] Salvo errori, per il periodo considerato gli atti rilevanti in tal senso sono il d.d.l. *Atto Senato* n. 1631 del 23 settembre 2014 (poi ritirato dal proponente), il p.d.l. *Atto Camera* n. 2939 del 6 marzo 2015, il p.d.l. *Atto Camera* n. 4650 del 20 settembre 2017, il p.d.l. *Atto Camera* n. 4667 del 28 settembre 2017. Complessivamente, e in sintesi, queste iniziative (rimaste tali pure esse) si prestano agli stessi rilievi subito svolti nel testo sulla proposta ASTRID.

[77] Cfr. R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS, R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Quaderni Astrid, il Mulino, Bologna 2019.

[78] Per la valorizzazione di tutto l'art. 10 v. invece N. MARCHEI, *La legge «cornice» sul diritto alla disponibilità di un luogo destinato al culto pubblico*, in R. ZACCARIA, S.

Nuovo sarebbe forse il vincolo, posto sempre dal comma 2 dell'art. 10, a tenere conto, nel dimensionamento delle attrezzature religiose, delle "specifiche esigenze cultuali della popolazione fatte presenti dalle competenti autorità religiose". È stato invero notato che la previsione metterebbe fuori gioco i criteri quantitativi, risultanti dalle normative regionali ai fini dell'accesso e della distribuzione delle risorse, e come si è visto avallati dalla Consulta[79].

Senz'altro più incisivo sarebbe invece il comma 3, stando al quale "[i]l perseguimento del fine di religione o di culto non può costituire motivo di discriminazione in relazione al mutamento della destinazione d'uso di edifici già esistenti, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti e della normativa in tema di igiene e di sicurezza": tale previsione, alla quale sarebbe senz'altro da riconoscere la natura di principio fondamentale della materia, importerebbe la abrogazione di norme regionali precedenti, e la incostituzionalità di norme regionali successive, che con essa contrastassero[80]. Ma questo sarebbe tutto.

Nel marzo 1848, l'art. 24 dello Statuto Albertino stabiliva solennemente che «[t]utti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi». Appena tre mesi dopo, fu necessario farvi seguire la l. 19 giugno 1848, n. 735: la quale, "al fine di vincere le tenaci resistenze degli apparati pubblici ad applicare il principio d'uguaglianza a israeliti e valdesi, «volendo [come recita il preambolo] togliere ogni dubbio sulla capacità civile e politica dei cittadini che non professano la religione cattolica», nel suo articolo unico - d'interpretazione autentica dell'art. 24 surricordato - sanciva in forma espressa che le discriminazioni vietate non erano soltanto quelle connesse al titolo o al grado della persona: anche «la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari»"[81]. Da allora, nemmeno in Italia il percorso per una piena eguaglianza nel godimento della libertà di coscienza e di religione si è mai definitivamente e per tutti compiuto.

DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS, R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c'è*, cit., 325 ss.

[79] N. MARCHEI, *La legge «cornice»*, cit., 320 ss. Il risultato è conseguibile solo intendendo il criterio delle "specifiche esigenze cultuali" come l'unico ed esclusivo principio vincolante; ma il testo proposto non depone univocamente in tal senso.

[80] V. pure N. MARCHEI, *La legge «cornice»*, cit., 320 ss.

[81] È il richiamo storico con il quale si inizia G. CASUSCELLI, *«Volendo togliere ogni dubbio…»*, in R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS, R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c'è*, cit., 261.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*

ALESSIA-OTTAVIA COZZI**

Sommario

1. Premesse. – 2. L'avvio: *Beethoven v. Mozart*. – 3. Le principali novità sul seguito della 269/2017: l'iter argomentativo. – 4. I parametri. – 4.1. I parametri come espressione di una tecnica di risoluzione delle antinomie: sindacato esclusivo e sindacato complementare. – 4.2. I parametri come espressione di una diversa consistenza ordinamentale. – 4.3. I parametri come espressione del limite all'ingresso di norme esterne: inadeguatezza per eccesso e per difetto. – 5. Sul potere/dovere del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale: cenni ai criteri enunciati dalla Corte. – 5.1. il rango costituzionale della questione e la singolare connessione. – 5.2. Il criterio del grado di armonizzazione.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

A.O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in A. MORRONE, C. CARUSO, F. MEDICO, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020. Vorrei ringraziare Giorgio Repetto per i preziosi commenti. Ogni affermazione nel testo resta nella mia responsabilità.

** Ricercatrice t.d. in Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Udine. Indirizzo mail: alessiaottavia.cozzi@uniud.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premesse

Il *fil rouge* del presente contributo è rappresentato dal confronto tra il nuovo cammino europeo intrapreso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017 e il cammino convenzionale inaugurato con le sentenze gemelle del 2007. Attraverso questo filo rosso, la giurisprudenza costituzionale relativa al parametro europeo e al parametro convenzionale viene analizzata sotto tre profili: lo sviluppo del *modus decidendi* della Corte costituzionale; la tenuta della distinzione tra parametri costituzionali utilizzati per dare ingresso al diritto convenzionale e al diritto europeo; infine, alcune considerazioni sui criteri individuati per indirizzare il potere/dovere del giudice comune di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Prima di entrare nel merito, sono opportune a mio avviso alcune premesse, nella convinzione che conoscere l'orientamento di fondo di chi scrive può essere utile a misurarne le singole posizioni. Personalmente vedo con favore il ritorno del sindacato accentrato su questioni che chiamano in causa diritti e interessi costituzionali e diritti e interessi protetti dalla Carta europea dei diritti fondamentali (di seguito Carta europea o CDFUE). Non credo aprioristicamente ad una affinità generalizzata tra tutti i diritti e interessi tutelati dalla Costituzione e tutti i diritti e interessi protetti dalla Carta europea, poiché ogni carta fondamentale risponde a propri valori ordinamentali. Credo, tuttavia, che la messa in opera congiunta di quei diritti e interessi, anche evidenziandone le distanze, faccia crescere un patrimonio comune europeo improntato a un pluralismo valoriale. E alla luce delle sue attribuzioni, la Corte costituzionale è, a mio avviso, in grado di avere una visione sistemica dei beni e interessi costituzionali, che per il giudice comune è meno agevole. Infine, nelle vicende che si commentano è opportuno tenere sempre a mente che la Corte costituzionale italiana ha interesse ad interpretare innanzitutto la Costituzione e non la Carta europea (così sent. n. 20/2019, p. 2.3 *Cons. dir.* «…la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni…»[1]), poiché, come la Corte ha più volte indicato, è dando voce alla Costituzione che si alimentano le tradizioni costituzionali e si dà un contributo alla costruzione di quel patrimonio comune. D'altra parte, l'espunzione definitiva dall'ordinamento, per effetto di una sentenza che dichiari l'incostituzionalità *erga omnes*, di una norma interna contraria alla Costituzione e

[1] Non leggerei in queste affermazioni una priorità logica e assiologica del parametro interno sul parametro europeo, riconducile ad un disegno sovranista, quanto il tentativo di costruzione di un parametro comune che preservi le caratteristiche di ciascun ordinamento. Sul fatto che la tutela multilivello dei diritti non consiste in un abbandono della prospettiva formale a favore di una assiologico-sostanziale volta a liberare il giudice da vincoli statuali, Pinelli 2007.

anche alle norme primarie europee appare un vantaggio per la stessa omogeneità e uniforme applicazione del diritto europeo.

2. L'avvio: *Beethoven* v. *Mozart*

Una nitida differenza tra il cammino convenzionale intrapreso nel 2007, con le sentenze nn. 348 e 349, e il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale emerge già dall'avvio del nuovo corso giurisprudenziale. Le sentenze gemelle sono state in qualche modo sentenze "manifesto", perché hanno dettagliatamente ripercorso i parametri che consentivano l'ingresso della Convenzione europea nell'ordinamento interno e, nell'affermare il sindacato accentrato di costituzionalità, hanno dettato ai giudici comuni un puntuale schema di giudizio per far valere l'incompatibilità convenzionale. L'importanza assegnata dalla Corte a quella nuova fase del sindacato di convenzionalità fu testimoniata, al di là di ogni dubbio, dalla scelta di far redigere due sentenze su fattispecie analoghe a due giudici di sensibilità diversa, l'una di diritto costituzionale, l'altra di diritto europeo, utilizzando così due dottrine per conformare il rapporto tra ordinamento interno e CEDU, la dottrina della norma interposta e la dottrina del rinvio. Per usare una metafora musicale, dunque, il cammino convenzionale esordisce nel 2007 con le prime note, nitide e perentorie, della Sinfonia n. 5 di Beethoven.

Il nuovo cammino europeo, invece, nel 2017 inizia in punta di piedi – come il suono dei campanelli nel flauto magico di Mozart. Benché probabilmente il tema fosse in discussione da tempo (cfr. TEGA 2019), la Corte ha optato per un *obiter dictum*, creando dubbi sia nella dottrina, che in parte della giurisprudenza di legittimità sulla sua portata precettiva (MASSA 2019). All'*obiter* hanno fatto seguito successive specificazioni e modulazioni. A mio avviso, le sentenze n. 20, n. 63, n. 112 e l'ordinanza n. 117/2019 confermano sostanzialmente *l'obiter* della n. 269/2017. Nell'ordinanza n. 117/2019, di rimessione di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sul diritto a non rendere dichiarazioni di natura confessoria, è la stessa Corte costituzionale a rileggere in un quadro unitario coerente, benché di progressivi chiarimenti, i propri precedenti (p. 2 *Cons. dir.*).

I tratti caratterizzanti del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale possono, dunque, essere così riassunti: nei casi in cui una norma interna contrasti sia con norme della Costituzione, sia con norme della Carta europea, eventualmente collegate a norme di diritto europeo derivato, il giudice rimettente può, nella sua libera valutazione sull'ordine delle pregiudiziali, sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale e, prima o dopo l'incidente di costituzionalità, effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per analoghi o diversi profili; deve, inoltre, anche successivamente all'incidente di costituzionalità, non applicare la norma interna, evidentemente non dichiarata

incostituzionale, in contrasto con il diritto europeo[2]. È ribadita e confermata, inoltre, la finalità del «concorso di rimedi» che caratterizza questo nuovo cammino europeo: rendere effettiva la possibilità, assicurata dall'art. 6 TUE, che i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla Carta, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni, richiamate anche dall'art. 52, par. 4, Carta, «in un quadro di costruttiva e leale collaborazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia…affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico», ai sensi dell'art. 53 Carta europea (sent. n. 269/2017, p. 2.3 *Cons. dir.*, ripreso in ord. n. 117/2019, p. 2 *Cons. dir.*).

3. Le principali novità sul seguito della 269/2017: l'iter argomentativo

La principale novità delle sentenze successive alla n. 269 consiste, a mio avviso, nell'aver reso evidente l'iter argomentativo adottato dalla Corte costituzionale investita di una questione di legittimità costituzionale riferita al parametro europeo. La Corte procede ad un esame in parallelo dei parametri di matrice interna, internazionale ed europea alla luce delle rispettive giurisprudenze. Questa analisi mette in luce i principi elaborati dalle Corti sovranazionali, che la Corte costituzionale successivamente pone a confronto con il parametro costituzionale interno. Sono frequenti, in queste sentenze, affermazioni per cui la pluralità delle fonti normative esaminate converge verso unitari principi, o ancora che i principi emersi nella giurisprudenza di Strasburgo e della Corte di giustizia hanno una comune *ratio*, o evidenziano comuni limiti. La Corte costituzionale aveva utilizzato una simile struttura dell'argomentazione per il parametro convenzionale. Anche nelle sentenze relative al diritto europeo, diventa abituale l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, alla ricerca di casi e significati che siano comparabili con gli esiti ricavati dal parametro interno. Le giurisprudenze, in sostanza, entrano in gioco in una visione d'insieme. Questo modo di procedere ha il merito di mettere in chiaro cosa dicono le Corti e rispetto a quali casi si sono formati i rispettivi orientamenti, ma contestualmente di tenere distinte le rispettive fonti. Nella sentenza n. 63/2019, per esempio, in tema di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative, emerge nitidamente il tentativo di inquadramento e discussione delle giurisprudenze sovranazionali anche quando nella giurisprudenza di Strasburgo non vi siano precedenti in termini e manchi un orientamento consolidato. Nella ordinanza n. 117/2019, allo stesso modo, la Corte costituzionale analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla audizione

[2] Sulla doverosità della non applicazione: «e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (sent. n. 63/2019, p. 4.3 *Cons. dir.*, ripreso in ord. n. 117/2019, p. 2 *Cons. dir.*).

dell'interessato in procedimenti relativi a illeciti anticoncorrenziali, ma la definisce risalente e si interroga sulla sua persistente attualità. Si tratta, dunque, di una comparazione tra parametri e rispettive interpretazioni che non procede in maniera magmatica, per brani e frazioni la cui origine sia diventata irriconoscibile, ma che ha il merito di tenere distinte le rispettive fonti e la relativa interpretazione per "farle parlare" (BIN 2011). Si consente in questo modo un maggiore controllo sull'iter argomentativo da parte degli altri referenti giurisdizionali, della dottrina e, più in generale, dall'opinione pubblica[3]. Come prima conclusione, dunque, nel nuovo cammino europeo la giurisprudenza costituzionale relativa al diritto convenzionale e quella relativa al diritto europeo finiscono per assomigliarsi. Resta ferma, tuttavia, la distinzione dei parametri costituzionali cui fanno capo l'uno e l'altro diritto, e su questo conviene soffermarsi.

4. I parametri

Il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale non ha messo in discussione i parametri costituzionali relativi all'uno e all'altro sistema di tutela. Il parametro costituzionale che governa i rapporti con il diritto convenzionale è costituito principalmente dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte relativa al rispetto dei vincoli derivanti «dagli obblighi internazionali», mentre per il diritto europeo operano tuttora gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte relativa ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Si è detto "principalmente" per il diritto convenzionale, perché a volte la Corte costituzionale ha applicato, ove il giudice rimettente abbia così formulato la questione, l'art. 10, comma 1, Cost. È accaduto, inoltre, che la Corte costituzionale abbia esaminato la norma interna alla luce del diritto convenzionale direttamente entro i parametri costituzionali sostanziali, per esempio l'art. 2 Cost. (COZZI 2018a). A parte queste precisazioni, la ripartizione di massima dei parametri resta ferma: art. 117, comma 1, Cost. per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, Cost. per il diritto europeo[4]. Ci si chiede se, con il nuovo cammino europeo della Corte, questa netta distinzione abbia ancora ragion d'essere. Il tema può essere articolato in tre distinti profili: a) la diversità dei parametri riflette differenti tecniche e sedi processuali di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali; b) la diversità dei parametri è riferita a una diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela; c) la diversità dei parametri implica un diverso limite di resistenza delle norme

[3] Ipotizza, invece, che parametro possa un giorno essere il diritto fondamentale leso, al di là della fonte nazionale e sovranazionale che lo proclama, VIGANÒ 2019.

[4] A titolo di esempio, nella sent. n. 63/2019, il principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative trova fondamento nell'art. 3 Cost., nel diritto internazionale e nell'art. 49, par. 1, CDFUE, e solo quest'ultimo è definito «rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.», p. 6.1 *Cons. dir.*, terzultimo periodo.

costituzionali alle norme esterne. Ognuna di queste articolazioni del concetto di parametro merita di essere discussa.

4.1 I parametri come espressione di una tecnica di risoluzione delle antinomie: sindacato esclusivo e sindacato complementare

Con il nuovo cammino europeo, al pari del diritto convenzionale, la sede di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma sovranazionale europea è diventata il giudizio incidentale di costituzionalità, con due importanti precisazioni. La prima è che resta fermo l'obbligo di interpretazione conforme, che attribuisce un intenso potere di coordinamento tra norme al giudice *a quo* (sulle analogie e differenze tra interpretazione costituzionalmente conforme e interpretazione conforme al diritto europeo, LAMARQUE 2015; sul rapporto tra affievolimento del requisito dell'interpretazione conforme, riaccentramento del sindacato e ritrovata astrattezza, REPETTO 2017a). La seconda è che l'incompatibilità convenzionale ha nel sindacato accentrato una sede *esclusiva* di risoluzione delle antinomie non rimediabili attraverso l'interpretazione conforme, mentre l'incompatibilità europea no.

Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 hanno escluso in radice la possibilità di risolvere l'incompatibilità convenzionale attraverso la non applicazione della norma interna in conflitto con la CEDU. Questo esito è stato determinato proprio dalla volontà di arginare un sindacato diffuso di convenzionalità che stava emergendo nella giurisdizione ordinaria, affidando interamente l'incompatibilità convenzionale alla Corte costituzionale. Le medesime ragioni di argine al dilagare di un sindacato diffuso sono state invocate per sostenere l'esigenza di un ritorno al sindacato accentrato anche nei confronti del diritto europeo relativo a diritti fondamentali (BARBERA 2017). Per vero, nei dieci anni dalla sua entrata in vigore come fonte primaria, non consta a chi scrive una massiccia opera di non applicazione di norme interne per diretto contrasto con la Carta europea (si vedano, però, i recenti sviluppi in materia di *ne bis in idem* in Viganò 2019). In ogni caso, la volontà di circoscrivere il sindacato diffuso ha prodotto un esito differente rispetto al diritto convenzionale: nel nuovo cammino europeo inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017, sindacato accentrato e sindacato diffuso convivono. Il potere/dovere del giudice comune di non applicare la norma interna incompatibile con il diritto europeo può in alcuni casi essere *assorbente*, esaurendo il giudizio sul conflitto tra norme ed impedendo in radice, attraverso la non applicazione, un successivo incidente di costituzionalità, oppure può essere *complementare*. Vi sono casi, in altre parole, in cui la sede esclusiva di risoluzione del conflitto tra norme si consuma nel giudizio ordinario, eventualmente arricchita da un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Vi sono altri casi in cui il giudice comune condivide con la Corte costituzionale il potere/dovere di sciogliere il

conflitto con la norma europea, potendo sollevare questione di costituzionalità e conservando, nel caso in cui non vi sia stata dichiarazione di incostituzionalità, il potere di non applicazione. Ebbene, proprio la coesistenza di un sindacato esclusivamente rimesso al giudice comune e di un sindacato condiviso tra questi e la Corte costituzionale avrebbe dovuto indurre ad una più precisa definizione dei rispettivi ambiti, ma su questo si tornerà in seguito.

Per ciò che qui rileva, merita mettere in evidenza che la scelta della tecnica di risoluzione delle antinomie (non applicazione *inter partes* o incostituzionalità *erga omnes*) e della connessa sede (giudizio comune o giudizio costituzionale) *non dipende dal parametro*.

Un'impressione diversa, ossia l'esistenza di una necessaria consequenzialità tra parametro e tecnica di risoluzione delle antinomie, poteva trarsi dai precedenti costituzionali relativi alla CEDU. In venticinque anni di giurisprudenza *Granital* si è diventati avvezzi ad associare all'art. 11 Cost. il rimedio della non applicazione e questa impressione si è acuita dopo il 2007. Dalle sentenze gemelle, la Corte costituzionale si è sempre sforzata di non estendere alla CEDU alcune caratteristiche del diritto europeo, in particolare la primazia e l'effetto diretto. Nel fare questo, la Corte costituzionale ha riservato, come si è visto, al solo diritto europeo la copertura dell'art. 11 Cost. e ha collegato a questo parametro lo strumento della non applicazione, dipendente dalle particolari caratteristiche dei Trattati europei. Tanto che la dottrina che sosteneva l'opportunità di ammettere la non applicazione anche nei confronti del diritto convenzionale si è sforzata di dimostrare che la copertura dell'art. 11 Cost. poteva essere estesa al sistema del Consiglio d'Europa. Il ragionamento implicito era, dunque, che l'art. 11 Cost. legittimasse la non applicazione come carattere fisiologico del rapporto tra norme interne ed esterne attratte nella sfera di quel parametro, mentre questa soluzione non sarebbe stata ammessa dagli altri parametri costituzionali, *in primis* l'art. 117, comma 1, Cost., ma anche le altre norme costituzionali sostanziali, come l'art. 2 Cost. Solo l'art. 11 Cost., in sostanza, avrebbe autorizzato la non applicazione e non altre norme costituzionali (così nella dottrina internazionalistica SALERNO 2018).

In realtà, l'art. 11 Cost. è sempre rimasto la norma di apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento europeo indipendentemente dal mutare delle tecniche di risoluzione delle antinomie[5]. Se si ripensa alle diverse fasi del cammino europeo della Corte costituzionale, l'art. 11 Cost. ha consentito inizialmente l'utilizzo del

[5] Sulla separazione fra ordinamento interno e ordinamento europeo, concepiti come «sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dai trattati istitutivi della Comunità», già sent. nn. 98/1965, 183/1973, 232/1975, da cui il divieto di sindacare i regolamenti comunitari, essendo consentito solo un eventuale giudizio sulle leggi di esecuzione dei Trattati.

criterio cronologico (sent. n. 4/1964); in una seconda fase, del criterio gerarchico (sent. nn. 232/1975, 163/1977); nella terza fase inaugurata con *Granital*, del criterio della competenza, declinato nella forma della non applicazione derivante dall'arretramento del diritto interno negli spazi definiti dai Trattati europei sulla base del principio di attribuzione, nel tempo ampiamente estesi dalla Corte di giustizia. Né bisogna dimenticare che, già prima della sentenza n. 269/2017, l'art. 11 Cost. consentiva un sindacato accentrato nel giudizio di costituzionalità in via principale e nel giudizio incidentale relativo a norme europee prive di effetto diretto. L'art. 11 Cost, in breve, ha retto tutte le varianti delle tecniche e sedi di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma europea. La Corte ha mutato queste tecniche nel tempo senza contestualmente esplicitare una diversa interpretazione del parametro, né un cambio di paradigma sostanziale nel rapporto tra ordinamenti, benché al variare delle tecniche il principio di separazione tra ordinamenti risultasse inciso (SORRENTINO 1999). Questa constatazione rivela che l'art. 11 Cost. è stato inteso dalla giurisprudenza costituzionale come una norma dalla flebile consistenza sostanziale, certamente volta all'apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento sovranazionale, ma molto malleabile e flessibile per ciò che attiene ai modi e alle condizioni di questa apertura. Questo deriva, come noto, dall'origine storica dell'art. 11 Cost, pensato per le Nazioni Unite ed esteso in via pretoria all'ordinamento europeo. Tuttavia, deriva anche da un affievolimento, evidentemente voluto, della prescrittività delle condizioni che pure l'art. 11 Cost. contiene, come la condizione di parità con gli altri Stati, il fine della pace e sicurezza tra le Nazioni come obiettivo per consentire le limitazioni di sovranità; lo stesso concetto di limitazione; i verbi «promuovere» e «favorire». L'interpretazione in senso debole del suo contenuto sostanziale – adottata dalla Corte costituzionale e avallata dal legislatore, che non è intervenuto – ha reso l'art. 11 Cost. una norma buona a *tout faire*, capace di tollerare diverse conformazioni del rapporto tra ordinamenti (BARTOLE 2004, 297, 304-305, che richiama la definizione dell'art. 11 come disposizione *chewing-gum* di Monaco 1975). Ai nostri fini, resta che la non applicabilità *non* è un carattere necessario imposto dall'art. 11 Cost. Essa, piuttosto, dipende dalle caratteristiche dell'ordinamento delle cui norme si chiede l'ingresso. La domanda che residua è, dunque, lasciata da parte la non applicazione, se esistono ancora ragioni per ritenere che l'art. 11 Cost. non possa essere esteso al sistema convenzionale.

4.2 I parametri come espressione di una diversa consistenza ordinamentale

Certamente il sistema convenzionale è nato per perseguire le finalità inscritte nell'art. 11 Cost., ossia la pace e la giustizia tra le nazioni. Ed anzi, nel sistema convenzionale queste finalità sono spinte al punto tale da non tollerare il principio di reciprocità (cfr. art. 1 CEDU). Le stesse finalità paiono essere state alla base

dell'ascrizione all'art. 11 della Carta ONU (sent. n. 238/2014, su cui SALERNO 2018, *infra*). Si potrebbe dire, perciò, che gli scopi dell'art. 11 Cost. si attagliano al sistema convenzionale più che all'ordinamento europeo. Tuttavia, a mio avviso l'art. 11 Cost. conserva nei confronti del diritto europeo una valenza particolare che al sistema convenzionale manca, la legittimazione ad una integrazione tra ordinamenti parimenti politici. L'ordinamento europeo è un ordinamento politico, mentre il sistema di tutela introdotto dal Consiglio d'Europa ha caratteristiche prevalentemente improntate al diritto internazionale, in cui difettano organi propriamente politici sotto il profilo della composizione e delle funzioni. Questa distinzione è stata affermata con forza dalla Corte costituzionale contestualmente alla qualificazione della CEDU come parametro interposto, per distinguerla dal diritto europeo. Nella sent. n. 349/2007 si argomentava che i diritti fondamentali non costituiscono una "materia" rispetto alla quale sia ipotizzabile una cessione di sovranità. Nella sent. n. 348/2007 si ragionava della assenza, nel sistema convenzionale, di organi di produzione di norme giuridiche direttamente applicabili negli Stati contraenti, a differenza dell'ordinamento europeo, che comprende *organi deliberativi* da cui promanano norme vincolanti per tutte le autorità nazionali[6]. La "politicità" era intesa, dunque, nel senso essenzialmente

[6] In sent. n. 348/2007, p. 3.3 *Cons. dir.*: «L'art. 117, primo comma, Cost., … distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, *cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo*, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma *non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri*» (corsivo nostro). Nella sent. n. 349/2007, invece, l'art. 11 Cost. non è ritenuto applicabile al sistema convenzionale perché i diritti fondamentali non configurano una materia rispetto alla quale sia ipotizzabile una cessione di sovranità e perché «nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente» (p. 6.1 *Cons. dir.*). La dottrina internazionalistica ha valorizzato l'argomento della sent. n. 349/2007 relativo al contatto tra ordinamento internazionale e singolo e, a partire dalla sent. n. 238/2014, ha fatto dipendere la copertura dell'art. 11, richiamando Santi Romano, «dal

kelseniano di capacità di produrre norme giuridiche, cosicché vi è trasferimento di sovranità quando vi è cessione di poteri normativi. Questo accade per l'ordinamento europeo e non può accadere per il sistema convenzionale. La presenza di poteri normativi, d'altra parte, si attaglia a giustificare anche i caratteri tipici delle norme prodotte, quali l'effetto diretto, mentre non contribuisce a delineare la natura delle norme convenzionali, né delle sentenze del loro giudice, la Corte di Strasburgo.

Oggi alcuni tratti tipici delle norme europee, in particolare l'effetto diretto, sono in via di ridefinizione (GALLO 2019). Tuttavia, la distinzione tra sistema convenzionale e ordinamento europeo fondata sull'esercizio di poteri legislativi conserva, a mio avviso, fondamento. Questo anche nel momento in cui incompatibilità convenzionale e incompatibilità europea sono almeno in parte accomunate nel sindacato accentrato. La diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela, infatti, ha puntuali riflessi pratici sia in termini verticali, nel rapporto tra ordinamenti europeo e interno, sia in termini orizzontali, nel rapporto tra discrezionalità politica e funzione giurisdizionale. In termini verticali, l'art. 11 Cost. conserva significato come radice della costruzione europea nell'ordinamento interno per esprimere il fatto che il diritto europeo ruota ancora oggi intorno al principio di attribuzione, principio che ne determina l'estensione e i limiti; che, inoltre, il diritto europeo contempla nella cessione di sovranità vari gradi di armonizzazione, cui corrispondono diverse modalità di attuazione. È lo stesso art. 11 Cost., infine, che legittima una costruzione europea plurale fondata sulla garanzia dei diritti che tragga linfa dalle tradizioni costituzionali comuni, valorizzando il contributo dell'esperienza nazionale nella formazione di un patrimonio comune europeo (CARTABIA 2007, 64-65).

Sul piano orizzontale inoltre, nel rapporto tra legislatore e funzione giurisdizionale, le norme europee derivate sono il frutto di un compromesso politico tra istituzioni europee in cui si riflette, ogniqualvolta è coinvolto il Consiglio, un compromesso tra Stati, o meglio tra governi. Il giudice che si confronti con l'interpretazione di quelle norme incontra il limite della discrezionalità politica. Lo si è visto bene nel caso *Melloni*, sul mandato di arresto europeo, rispetto al quale condivido le posizioni di coloro che hanno valorizzato il fatto che quella disciplina fosse il frutto di un compromesso negoziato a livello europeo che non era possibile rompere invocando la più alta tutela offerta da uno Stato membro (SARMIENTO 2013). Successive sentenze della Corte di giustizia, sempre in tema di mandato di arresto europeo, sono state più aperte ad ammettere rimedi nazionali adottati in virtù del diritto costituzionale interno che intervenissero su profili non toccati dalla

modo in cui una determinata realtà "ordinatoria" auspicata dall'art. 11 si storicizzi in un'organizzazione internazionale coerente per le sue finalità con i parametri indicati dalla Costituzione» (Salerno 2018).

decisione quadro, dunque su cui un compromesso tra Stati non vi era stato (BARTOLONI 2019). L'ordinamento europeo, come sistema politico/normativo, continua perciò a differenziarsi dal sistema convenzionale. Questa diversa consistenza ordinamentale, sommariamente descritta, giustifica l'esistenza di specifici strumenti politici, e non solo giurisdizionali, di collegamento tra i sistemi di tutela. In conclusione, se si guardasse innanzitutto alle sue finalità, si potrebbe estendere l'art. 11 Cost. al diritto convenzionale. Tuttavia, allo stato attuale, la differenza tra parametri di riferimento – art. 117, comma 1, per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, per il diritto europeo – può ancora trovare una ragion d'essere se con essa si intende mettere in luce una diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela.

4.3 I parametri come espressione del limite all'ingresso di norme esterne: inadeguatezza per eccesso e per difetto

Occorre, ora, analizzare l'ultimo aspetto relativo ai parametri, ossia la tenuta del diverso limite costituzionale cui sono esposte le norme convenzionali e le norme europee. Allo stato attuale il parametro convenzionale, come norma interposta, incontra formalmente il limite di tutte le disposizioni costituzionali, mentre il parametro europeo, con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., incontra il limite dei soli principi supremi dell'ordinamento. L'attuale giurisprudenza costituzionale mi pare metta in discussione questa secca bipartizione, che pecca da un lato per eccesso e dall'altro per difetto.

Pecca per eccesso nei confronti del diritto convenzionale, in quanto l'analisi della giurisprudenza costituzionale mostra come, di fatto, le norme costituzionali "respirino" alla luce del diritto convenzionale, siano intese come porose e aperte a quel diritto, che finisce per integrare il parametro interno. La resistenza delle norme costituzionali rispetto al parametro convenzionale non si è sistematicamente impuntata su singoli profili di dettaglio e rari sono i casi in cui i principi costituzionali ne hanno rappresentato un limite. Si trae, dunque, dalla giurisprudenza costituzionale un'impressione complessiva di ampia integrazione tra sistemi di tutela, o almeno di intenso coordinamento.

Sul versante del diritto europeo, già prima di *Granital* (sent. n. 183/1983) la Corte costituzionale aveva esteso al diritto europeo il limite dei principi supremi dell'ordinamento come unico limite all'ingresso di norme europee, che per il resto sono in grado di derogare alle stesse norme costituzionali. Ma il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale rivela che questa impostazione pecca per difetto. Nel precedente indirizzo, l'occasione in cui le norme europee entravano in contatto con norme costituzionali nei giudizi in via incidentale era limitata alle norme prive di efficacia diretta e ai rari casi in cui il giudice rimettente dubitava della violazione di un principio supremo. Con il nuovo cammino, le norme europee

primarie attivate in funzione di parametro interposto "toccano" molto più di frequente le norme costituzionali, le conformano e sono destinate ad essere, almeno in parte, conformate da esse attraverso l'interpretazione, allo scopo di contribuire a definirne il contenuto a livello europeo attraverso le tradizioni costituzionali comuni. Le sentenze commentate, dunque, introducono una nuova dialettica tra parametro costituzionale interno e parametro europeo. I singoli diritti e interessi sostanziali di volta in volta in gioco comunicano, si confrontano nel significato, si distanziano oppure si integrano (v. per es. sent. n. 20/2019, p. 3.1, in cui la Corte applica l'art. 3 Cost. «come integrato dai principi di derivazione europea»). Questo "parlarsi" non chiama in causa soltanto i principi supremi, ma tutte le norme costituzionali. In questo rinnovato contesto, pertanto, i controlimiti non paiono costituire l'unico caso in cui la Corte costituzionale sia tenuta ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, come è avvenuto nella vicenda Taricco[7]. Il rinvio può essere utile per l'interpretazione o la validità del diritto europeo in fattispecie correlate a qualsivoglia principio costituzionale. Anche in fattispecie in cui, quindi, non viene in gioco il nucleo duro della Costituzione, le norme europee sono chiamate a interagire con norme costituzionali. È quanto già avvenuto, in realtà – a conferma della verosimiglianza di questo scenario – nel rinvio pregiudiziale in materia di precari della scuola, ord. n. 207/2013, in cui la fattispecie chiamava in causa principi costituzionali relativi al diritto all'istruzione, all'organizzazione del sistema scolastico e al concorso pubblico[8]. In definitiva, il mutare della sede processuale di confronto tra diritto

[7] Anche l'ord. n. 117/2019, in un inciso, definisce il diritto al silenzio dell'imputato come corollario implicito essenziale del diritto di difesa, appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana «che caratterizzano l'identità costituzionale italiana», correlando la fattispecie a principi supremi (p. 7.1 *Cons. dir.*); insiste sul punto SCACCIA 2019.

[8] In sede di commento all'ord. n. 207/2013 si disse: «è legittimo allora chiedersi se sia ragionevole che questo strumento di interazione (n.d.r. il rinvio pregiudiziale) resti confinato al solo caso in cui vengano in discussione norme prive di efficacia diretta e non debba operare anche in quei casi, che sembrerebbero restare esclusi dalla ordinanza in questione, dove si verte intorno a norme comunitarie dotate di effetto diretto. E se ciò si dovesse ritenere inevitabile in base alla stessa impossibilità, in casi del genere, di instaurare il giudizio davanti alla Corte (in osservanza ai dettami posti con la sent. n. 170 del 1984), non può non osservarsi come il presupposto su cui quell'indirizzo si fonda – cioè l'autonomia del circuito giudici nazionali-Corte di giustizia rispetto alla Corte costituzionale – troverebbe una ulteriore, significativa, smentita proprio in questa ordinanza, che ha dimostrato come il coinvolgimento di principi costituzionali rappresenta una ragione sufficiente per far rientrare la Corte costituzionale in quel circuito (senza, per questo, arrivare all'ipotesi estrema e sempre più depotenziata dei controlimiti)» (REPETTO 2013).

interno e diritto sovranazionale porta le norme costituzionali a confrontarsi con il diritto europeo e a "tenere", ciascuna nel suo significato, come delineato dalla Corte costituzionale, ben al di là dei principi supremi. Anche sotto questo profilo, pertanto, la giurisprudenza sul diritto convenzionale e la giurisprudenza sul diritto europeo finiscono per assomigliarsi: il modificarsi delle sedi di risoluzione delle antinomie, entrambe riportate al sindacato accentrato, finisce per avvicinare anche i limiti all'ingresso delle norme sovranazionali. In conclusione, la rigida identificazione del limite consistente in tutte le disposizioni costituzionali per la CEDU e soltanto nei principi supremi per il diritto europeo, a mio avviso, non tiene più. Guardando alla prassi, si afferma probabilmente un meno definito e più morbido limite, in cui le norme costituzionali si confrontano una per una, nella loro sostanza, sia con il parametro convenzionale che con il parametro europeo.

Volendo trarre le file delle considerazioni svolte, può dirsi che, per effetto del parziale ritorno del giudizio di compatibilità europea al sindacato accentrato:

1. la struttura dell'argomentazione in fattispecie in cui entrino in gioco il parametro convenzionale e il parametro europeo si è fatta simile;
2. trova ancora giustificazione una distinzione tra i parametri di riferimento, art. 117, comma 1, Cost. per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, Cost. per il diritto europeo, se essa si ritiene fondata sul carattere politico/normativo dell'ordinamento europeo, poiché comporta riflessi sul rapporto verticale tra ordinamenti e sul rapporto orizzontale tra funzione giurisdizionale e discrezionalità politica;
3. non è più nitida, invece, la distinzione tra i limiti che le norme costituzionali oppongono alle norme convenzionali e i limiti che frappongono al diritto europeo; il diritto europeo primario, per effetto delle occasioni di maggiore "contatto" con il parametro costituzionale, finirà per influenzare ed essere influenzato da questo al di là delle sole occasioni relative ai controlimiti.

Per completare il confronto con il cammino convenzionale, mancano alcune considerazioni sulle condizioni in presenza delle quali il giudice comune è tenuto ad aprire l'incidente di costituzionalità.

5. Sul potere/dovere del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale: cenni ai criteri enunciati dalla Corte

Si è osservato che, alla luce del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale, convivono fattispecie di sindacato *assorbente ed esclusivo* del giudice comune e fattispecie di sindacato *complementare*: nelle prime, il giudice comune deve risolvere da solo l'incompatibilità tra norma interna e norma europea attraverso la non applicazione; nelle seconde, il giudice conserva il potere di non applicare la

norma interna, ma può sospendere il giudizio per aprire l'incidente di costituzionalità.

La dottrina si è interrogata in questo senso sull'esistenza di un potere o di un dovere del giudice rimettente. La doverosità è sembrata il corollario più naturale della ritrovata centralità del giudizio costituzionale ed è stata intesa da alcuni in senso temperato, nella consapevolezza che la Corte non possiede strumenti giuridici per imporre ai giudici la rimessione di questioni (MASSA 2019). Personalmente, ritengo preferibile ragionare in termini di potere del giudice comune. Non tanto perché la Corte costituzionale, nella giurisprudenza qui esaminata, utilizzi il verbo «potere», né – elemento da non sottovalutare – perché la libertà del giudice nella scelta dell'ordine delle pregiudiziali è condizione per la tollerabilità del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale rispetto ai requisiti richiesti dalla Corte di giustizia nei casi *Melki* e *A. c. B.* (MARTINICO in questo volume; MARTINICO, REPETTO 2019), ma per ragioni che attengono ai caratteri tipici del modello italiano di giustizia costituzionale. La libertà nella scelta dell'ordine delle pregiudiziali - riconosciuta dalla Corte costituzionale al giudice per far salva la possibilità, pretesa dalla Corte di giustizia, di sollevare rinvio pregiudiziale in ogni momento - è anche, in realtà, un attributo generalmente riconosciuto dalla Corte costituzionale al giudice comune in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Anche a prescindere dal diritto europeo, la Corte ha tradizionalmente affidato alla responsabilità del giudice rimettente la scelta dell'ordine logico delle questioni da risolvere per la soluzione del caso e, dunque, l'individuazione del "tempo logico" della rilevanza (ONIDA 1978, 1004 ss., in merito a questioni prive di effetti sul giudizio *a quo*, in cui la rilevanza atteneva alla scelta delle norme in base alle quali il processo doveva essere deciso; PIZZETTI, ZAGREBELSKY 1972, 21). Se mai, la Corte si è riservata in epoche diverse un sindacato più o meno intenso, interno o esterno, sulla motivazione del giudice rimettente, a pena di inammissibilità della questione di costituzionalità (REPETTO 2017a)[9].

Il punto, tuttavia, non è tanto qualificare in termini astratti la condotta del giudice comune, quanto definire *criteri sostanziali* che indirizzino nei casi concreti

[9] Si dice questo nella consapevolezza che nel precedente assetto *Granital* l'inammissibilità per irrilevanza era associata alla priorità logica della questione relativa all'applicazione del diritto europeo. Questa ricostruzione, pur messa in discussione dalla dottrina, era strumentale al funzionamento dello schema introdotto con la sent. n. 170 del 1984. Tuttavia, proprio la sua archiviazione con la sent. n. 269/2017 ne dimostra la stretta correlazione rispetto ai presupposti di *Granital*. Forse troppo velocemente questo bagaglio di costrutti logico-giuridici, rimasti a lungo operativi, è stato messo da parte dal nuovo cammino europeo della Corte, di cui pure si condivide l'esito, senza essere sostituito da un altrettanto dettagliato apparato logico-giuridico.

la sua discrezionalità nella scelta dell'ordine logico delle questioni. A mio avviso, la maggiore critica al nuovo corso europeo della Corte costituzionale attiene proprio a questo aspetto, al non aver chiarito i criteri sostanziali in presenza dei quali il giudice comune è tenuto a sollevare questione di costituzionalità. L'intensità di questa incertezza emerge, ancora una volta, da un confronto con il percorso convenzionale. Anche il cantiere convenzionale si è caratterizzato per affinamenti progressivi, ma essi hanno interessato soprattutto il grado di autonomia rivendicato dalla Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo, mentre il "modulo" del rapporto tra giudice rimettente e Corte costituzionale è stato definito da subito ed è rimasto invariato nel tempo. Ancora di recente, proprio in relazione al rapporto tra cantiere convenzionale e cantiere europeo, si è osservato che «le sentenze gemelle tracciano un preciso riparto di competenze tra giudici comuni e costituzionali, rispetto al compito di assicurare la garanzia dei diritti convenzionali nell'ordinamento italiano» (VIGANÒ 2019).

Nel nuovo cammino europeo, invece, questo riparto di competenze non è stato delineato: non è dato comprendere quando il giudice debba, sotto la sua responsabilità, adire la Corte costituzionale e quando debba porre rimedio direttamente all'incompatibilità europea. Questa incertezza è grave perché incide sulla certezza del diritto e sul principio di eguaglianza.

Dalle sentenze esaminate, per vero, in particolare dalla n. 20/2019, fanno timidamente capolino due criteri sostanziali che dovrebbero orientare i giudici rimettenti, il criterio del rango costituzionale della questione e il criterio della singolare connessione. L'ord. n. 117/2019 pare aver aggiunto un ulteriore criterio, anch'esso solo sussurrato, relativo al carattere vincolato o meno del diritto europeo derivato. A questi criteri è dedicata l'ultima parte del presente contributo.

5.1 Il rango costituzionale della questione e la singolare connessione

Il criterio del rango costituzionale della questione, già presente nella sentenza n. 269/2017, attiene al rapporto tra norma interna oggetto del giudizio di costituzionalità e norme parametro, in particolare norme costituzionali e norme della Carta che esprimono beni affini. Il criterio della singolare connessione riguarda invece, a mio avviso, un aspetto tutto interno al diritto europeo, ossia il rapporto tra norma primaria europea e diritto derivato. Entrambi hanno la funzione di delimitare le competenze del giudice comune e della Corte.

Più specificamente, il rango costituzionale della questione – attraverso un'espressione che evoca in qualche modo il "tono costituzionale" dei conflitti di attribuzione – richiede al giudice rimettente di leggere il conflitto tra norma interna e norma europea, anche di diritto derivato, alla luce dei beni costituzionali che vi si riflettono, dunque di far emergere, dietro l'incompatibilità tra norma interna e norma europea, i diritti e interessi costituzionali coinvolti, a loro volta affini a diritti

e interessi protetti dalla Carta europea. Nel caso della sentenza n. 20/2019, per esempio, è stato il TAR Lazio a impostare il rapporto tra norma interna e direttiva europea in termini di conflitto tra due contrapposte «esigenze costituzionali» presenti anche nel parametro europeo primario, l'esigenza di protezione dei dati personali, che rinvia alla intangibilità della sfera privata, e l'esigenza di pubblicità e trasparenza, corollario del buon andamento dell'amministrazione e dello stesso principio democratico, ex art. 1 Cost.

Il criterio della singolare connessione, invece, governa il rapporto interno al diritto europeo tra norma derivata e norma primaria della Carta, entrambe in funzione di parametro interposto. Con la sentenza n. 269/2017, era rimasto incerto se, ai fini del sindacato accentrato, l'incompatibilità europea dovesse riguardare solo norme della Carta o anche norme di diritto derivato dotate di effetto diretto (RUGGERI 2017, 2019; sia consentito COZZI 2018b; MEDICO 2019[10]). Il criterio della singolare connessione pare rispondere a questo dubbio. Sempre nella sentenza n. 20/2019, la norma europea era costituita da una direttiva ritenuta dalla Corte di giustizia direttamente applicabile, ma la cui interpretazione nel caso concreto era stata affidata al giudice rimettente attraverso una delega di bilanciamento. Il criterio della singolare connessione serve alla Corte costituzionale per descrivere il rapporto tra direttiva e Carta, osservando che, da un lato, le disposizioni di diritto derivato specificano e danno attuazione alle norme primarie della Carta, dall'altro ne rappresentano la stessa fonte di ispirazione, tanto che «partecipano all'evidenza della loro stessa natura»[11]. Questa giurisprudenza pare

[10] In un precedente contributo ho usato una diversa distinzione tra *criterio formale* e *criterio sostanziale*, non per delineare il rapporto tra Carta e diritto derivato (sul punto MEDICO 2019), ma in relazione al solo parametro Carta: si intendeva dire che non è richiesto al giudice rimettete qualificare la norma della Carta che tutela un bene o interesse come diritto o principio (criterio sostanziale), ossia chiedersi se la norma della Carta abbia o meno effetto diretto, poiché questo profilo non è più rilevante nel nuovo cammino europeo e vi è sindacato accentrato ogniqualvolta vi sia un diritto, bene o interesse protetto dalla Carta (criterio formale).

[11] Un criterio simile alla singolare connessione era stato enunciato anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon, rimaste, a quanto noto, senza seguito, nella sentenza *AMS* e volte a chiarire cosa sia un diritto e cosa un principio ai sensi dell'art. 52, par. 5, Carta. Il criterio era servito all'Avvocato Generale per sostenere che i principi, definiti come norme che contenevano un mandato al legislatore, diventavano applicabili ai casi di specie quando accompagnati da norme di attuazione di diritto derivato che ne definivano il contenuto essenziale. L'obiettivo dell'Avvocato Generale era evidentemente quello di evitare che norme di principio della Carta rimanessero inefficaci fino ad una successiva ed incerta attuazione normativa e potessero, invece, fungere da subito non solo da parametro di

indicare che, laddove il conflitto si instauri tra una norma interna e una norma derivata dotata di effetto diretto, si apre l'incidente di costituzionalità quando quella norma derivata è in «singolare connessione», ossia riflette, esprime, traduce, attua una norma primaria della Carta affine a una norma costituzionale. In questo senso, il criterio della singolare connessione diventa a ben guardare una specificazione, sul versante del parametro europeo, del primo criterio del rango costituzionale della questione, perché esige che vengano in gioco norme primarie della Carta. Se la norma derivata dotata di effetto diretto è in speciale contatto con la Carta, si apre la via dell'incidente di costituzionalità. Se, invece, la norma derivata dotata di effetto diretto non esprime diritti o interessi di rango primario, la soluzione dell'incompatibilità europea resta nelle mani del giudice comune attraverso la non applicazione. Questa soluzione parrebbe riecheggiare un'ipotesi già formulata dalla dottrina, che proponeva una coesistenza tra sindacato diffuso e sindacato accentrato, il primo in caso di conflitto tra legge e diritto europeo derivato e limitato alla non applicazione, il secondo in caso di conflitto tra legge e Carta europea, con diverse varianti sul potere/dovere dei giudici comuni o di ultima istanza di sollevare questione di legittimità costituzionale (ROMBOLI 2014, 30-31, definita ipotesi provocatoria e ripresa per cenni in ROMBOLI 2019[12]).

Il criterio della sostanziale connessione, se quanto descritto è corretto, si configurerebbe certamente come un criterio elastico. La storia del giudizio di costituzionalità in Italia ha mostrato come, per esempio attraverso il parametro della ragionevolezza, le più minute e insignificanti questioni possano svelare un contrasto tra beni costituzionali. Si tratterà, perciò, di comprendere nel tempo chi è il "padrone" del criterio, ossia a chi spetta definire l'esistenza o meno della

invalidità e di interpretazione, come l'art. 52, par. 5, Carta consente, ma anche da fonte della regola per il caso, per lo meno in presenza di una precisa normativa di attuazione.

[12] Per reinserire la Corte costituzionale nel circuito dei diritti, l'A. proponeva: «con riguardo al rapporto tra diritto nazionale e diritto eurounitario, si dovrebbe distinguere due casi, a seconda che: a) il contrasto tra le due fonti si ponga a livello di fonti primarie (legge *versus* diritto eurounitario derivato) oppure b) a livello costituzionale (legge *versus* Carta dei diritti fondamentali). Mentre nel caso sub a) il giudice svolgerebbe il controllo a livello diffuso, con possibile rinvio pregiudiziale e disapplicazione della legge nazionale, in quello sub b) dovrebbe necessariamente sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, ogni volta che si pone quindi un problema non di legalità europea, ma di incostituzionalità europea». Nel secondo caso, la reintroduzione del giudizio accentrato avrebbe trovato giustificazione dell'art. 134 Cost., in quanto carattere costituzionale strutturale dell'ordinamento, richiamando CARDONE 2012, 54 ss., 89 ss., secondo cui l'art. 134 Cost. costituisce un controlimite. Nella sent. n. 269/2017, p. 5.2 *Cons. dir.*, in effetti, la svolta è motivata anche «in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)».

singolare connessione: se al solo giudice rimettente, riservandosi la Corte costituzionale un mero controllo esterno sull'esistenza di una motivazione, o alla Corte stessa. Se si guarda all'attuale stagione di riaccentramento della giustizia costituzionale (REPETTO 2017a), è probabile che la Corte intenda il criterio in senso ampio, a maglie larghe, al fine di accogliere più questioni possibili, accontentandosi di svolgere un mero controllo esterno alla motivazione del giudice *a quo*[13].

5.2 Il criterio del grado di armonizzazione

Un ultimo criterio sembra emergere dall'ordinanza n. 117/2019 e attiene al carattere vincolato o meno della norma interna rispetto al diritto europeo secondario. Nelle parti conclusive dell'ordinanza, con cui si motiva il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la Corte introduce il concetto di «armonizzazione normativa» e valorizza gli incisi della normazione derivata rilevante nella fattispecie che fanno rinvio all'ordinamento o al diritto nazionale, «incisi che parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati di quelli riconosciuti a livello del diritto dell'Unione» (p. 10.1 *Cons. dir.*). Se, osserva la Corte formulando un primo quesito, questi incisi consentissero ad uno Stato di non sanzionare penalmente o in via amministrativa un soggetto che non renda dichiarazioni a lui sfavorevoli in materia di abusi di mercato, potrebbe essere pronunciata l'incostituzionalità della normativa interna senza pregiudicare il diritto europeo. In caso contrario – secondo quesito – la Corte interroga la Corte di giustizia sulla validità delle norme secondarie invocate rispetto agli artt. 47 e 48 Carta, interpretati anche alla luce dell'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri[14].

[13] Nella sent. n. 44/2020, in materia di requisiti di residenza per l'edilizia residenziale pubblica, la Corte non si è pronunciata sulle motivazioni addotte dal giudice *a quo* per ritenere le norme di una direttiva non direttamente applicabili; nel silenzio della Corte, la dottrina ha ragionato sulla possibile applicazione dei criteri del rango costituzionale e della connessione tra diritto derivato e principi della Carta europea (PADULA 2020).

[14] In tal modo, la Corte finisce per interrogarsi sulla conformità al diritto europeo dello stesso *risultato di una eventuale incostituzionalità*. Se le norme di diritto europeo derivato riconoscessero un margine discrezionale agli Stati, osserva la Corte, «*la dichiarazione di illegittimità incostituzionale* [della norma interna impugnata] … *non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione*». (corsivo nostro). Una verifica preventiva di compatibilità europea pare applicarsi, in questo modo, alla normativa "di risulta". Si tratta di un passaggio che andrebbe approfondito, ma che testimonia certamente la preoccupazione della Corte costituzionale di garantire il più possibile il rispetto del diritto europeo, fino al punto di chiedere alla Corte di giustizia se la normativa europea possa tollerare o meno un'incostituzionalità.

Il riferimento all'esistenza di una discrezionalità statale lascia intuire che la Corte abbia inteso far proprio il criterio del carattere vincolato o meno dell'atto interno di attuazione del diritto europeo, criterio suggerito dalla dottrina ancora una volta per tentare di definire il confine tra sindacato accentrato e sindacato diffuso di incompatibilità europea (REPETTO 2017b). Secondo questo orientamento, sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca, il sindacato accentrato troverebbe spazio ove vi è un margine di discrezionalità in capo agli Stati nell'attuazione del diritto europeo, mentre tale sindacato dovrebbe arrestarsi di fronte ad atti vincolati, in quanto il giudizio sulla norma interna finirebbe per tradursi in un giudizio diretto sulla norma europea di cui la norma interna costituisce puntuale attuazione. Anche in questo caso, tuttavia, il criterio è solo accennato dalla Corte costituzionale e non viene indicato come parte del protocollo di cui il giudice comune dovrebbe tenere conto per decidere se aprire o meno l'incidente di costituzionalità. Si tratta, a ben vedere, di un criterio per un verso ancorato ad un dato formale oggettivo, che ne rende agevole l'utilizzo – i rinvii presenti nella legislazione europea derivata al diritto nazionale –, ma in realtà di difficile interpretazione, perché richiede un'analisi del grado di armonizzazione raggiunto in un determinato settore materiale e l'identificazione di eventuali spazi rimessi agli Stati membri. È un criterio che chiama in causa con maggiore intensità l'esegesi della Corte di giustizia, giudice posto a più stretto contatto con il legislatore europeo e le sue dinamiche. A fronte di questi dati, il criterio ha, a mio avviso, il pregio di valorizzare la complementarietà dei sistemi di tutela e dei giudizi delle rispettive Corti, facendo coincidere il terreno del sindacato accentrato con lo spazio già affidato agli Stati membri dalla legislazione derivata. Esso rende coerente, dunque, l'innestarsi nella medesima vicenda sostanziale del giudizio delle diverse Corti in corrispondenza di una ripartizione degli ambiti occupati dal diritto europeo o lasciati agli ordinamenti nazionali. Proprio per il fatto di fare perno su un margine di discrezionalità normativamente previsto, il criterio può consentire di aumentare la tollerabilità di giudizi resi dalle Corti costituzionali nazionali su quel margine, tenendo basso il livello di competizione e potenziale conflittualità con la Corte di giustizia. In effetti, nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia la dottrina ha rinvenuto maggiore apertura verso soluzioni nazionali autonome in ambiti materiali non pienamente armonizzati (BARTOLONI 2019, che classifica la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali sulla base del grado di armonizzazione e dimostra che l'ambito di applicazione della Carta non coincide con l'ambito di applicazione del diritto europeo)[15]. Certamente, anche un criterio così complesso meriterebbe di essere specificato dalla futura giurisprudenza costituzionale.

[15] Si dice questo nella consapevolezza che non può esistere di fatto una netta e precisa separazione tra normazione europea e normazione interna.

In conclusione, riprendendo il filo rosso iniziale, può dirsi che, a differenza di quanto era accaduto per il diritto convenzionale, la Corte ha per ora rinunciato a definire un protocollo che delinei il riparto di competenze tra sé e il giudice comune. Si ribadisce che questa incertezza costituisce il tratto più debole del nuovo cantiere europeo, perché i giudici hanno bisogno, per poter guidare l'ordine delle pregiudiziali che emerge caso per caso, di conoscere le condizioni in presenza delle quali è chiesto loro di sollevare questione di legittimità. Come è stato detto, ogni giudice nazionale è garante al tempo stesso della Costituzione, della CEDU e del diritto europeo, compresa la Carta (VIGANÒ 2019, 494). Proprio per questo, occorre chiarire le rispettive responsabilità nell'interpretare e applicare i diversi cataloghi, per evitare che, attraverso una tutela a scacchi, a macchia di leopardo, risulti in definitiva sacrificato il principio di eguaglianza (SILVESTRI 2018, 6, ripensando alle sentenze gemelle).

Bibliografia

BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_BARBERA.pdf*, in "*Rivista AIC*" n. 4, 2017, in *http://www.osservatoriosullefonti.it*, e in "*Quaderni costituzionali*", n. 1, 2018, pp. 149 ss.

BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004.

BARTOLONI M.E., *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in "*Il Diritto dell'Unione europea*", n. 1, 2019, pp. 55-85.

BIN R., *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 363-383.

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in Cartabia M., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 13-66.

COZZI A.O., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in "*Diritti comparati*", n. 1, 2018, pp. 171-208, in *https://www.diritticomparati.it/*

COZZI A.O., *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in "*Forum costituzionale*", 1 febbraio 2018, in *http://www.forumcostituzionale.it/*

GALLO D., *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in "*Osservatorio sulle fonti*", n. 3, 2019, in *http://www.osservatoriosullefonti.it*

LAMARQUE E., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in BERNARDI A., (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Jovene editore, Napoli 2015, 91-108.

MARTINICO G., *La Corte costituzionale e il diritto dell'UE. Ultimi sviluppi*, in questo volume

MARTINICO G., REPETTO G., *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in "*European Constitutional Law Review*", n. 4, 2019, pp. 731-751.

MASSA M., *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in "*Osservatorio sulle fonti*", n. 2, 2019, in *http://www.osservatoriosullefonti.it*

MEDICO F., *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso* un doppio custode *del patrimonio costituzionale europeo?*, in "*Il Diritto dell'Unione europea*", n. 1, 2019, pp. 87-108.

ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in "*Giurisprudenza costituzionale*", 1978, spec. pp. 1004 ss.

PADULA C., *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in "*Forum costituzionale*", 11 aprile 2020, in *http://www.forumcostituzionale.it/*

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in "*Giurisprudenza costituzionale*", n. 5, 2007, pp. 3518 ss.

PIZZETTI F., ZAGREBELSKY G., "*Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1972.

REPETTO G*., Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in "*Giurisprudenza costituzionale*", n. 6, 2017, pp. 2955-2965.

REPETTO G., *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in "*Diritti comparati*", 28 ottobre 2013, in *https://www.diritticomparati.it/*

ROMBOLI R., *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraggo un po'). In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in "Consulta online", n. 3, 2019, pp. 644-656, in *http://www.giurcost.org/studi/romboli5.pdf,* e in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

ROMBOLI R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in "*Rivista AIC*", n. 3, 2014, in *https://www.rivistaaic.it/*, e in CIANCIO A., (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma 2014, pp. 431-471.

RUGGERI A., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in "*Consulta online*", Studi, n. 1, 2019, pp. 113-119, in *http://www.giurcost.org/studi/ruggeri88.pdf*

RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in "*Diritti comparati*", n. 3, 2017, in *https://www.diritticomparati.it/*

SALERNO F., *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in "*Osservatorio sulle fonti*", n. 1, 2018, in *http://www.osservatoriosullefonti.it*

SARMIENTO D., *Who's afraid of the charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in "*Common Market Law Review*", n. 5, 2013, pp. 1267-1304.

SCACCIA G., *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in "*Osservatorio costituzionale*", n. 6, 2019, pp. 166-178, in *https://www.osservatorioaic.it/*

SILVESTRI G., *Considerazioni conclusive*, in "*Osservatorio sulle fonti*" n. 1, 2019, in *http://www.osservatoriosullefonti.it*

SORRENTINO F., *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Giuffrè, Milano 1999, pp. 1635 ss.

TEGA D., *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in "*Quaderni costituzionali*", n. 3, 2019, pp. 615-643.

VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudizi nazionali*, in "*Quaderni costituzionali*", n. 2, 2019, pp. 481-499.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: *pars destruens* e *pars construens* delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della *ratio decidendi* del caso Cappato*

IRENE PELLIZZONE**

Abstract: La notevole portata innovativa delle decisioni nn. 207/2018 e 242/2019, sia sul piano della tecnica decisoria che del contenuto, che tanto hanno fatto discutere gli studiosi, non deve offuscare la complessità della questione sollevata sull'art. 580 c.p., che, accanto all'accertamento dell'incostituzionalità, ha richiesto alla Corte di farsi carico della tutela delle persone fragili da abusive istigazioni al suicidio medicalmente assistito. Il presente contributo intende pertanto mettere a nudo le eccezionali ragioni che, a partire dalle specificità del caso concreto, hanno spinto la Corte verso questa ardita soluzione e la perdurante importanza di un intervento del legislatore.
Keywords: Doppia pronuncia, costituzionalmente necessario, procedura scriminante, political question, Parlamento

Sommario

1. La tecnica della doppia pronuncia: le ragioni alla base della scelta della Corte costituzionale. – 2. La protezione del bene vita, la definitività della sua lesione e l'esigenza di controlli preventivi. – 3. *Pars destruens* e *pars construens*: struttura della doppia pronuncia e contenuti innovativi della sent. n. 242 del 2019 rispetto all'ord. n. 207 del 2018. – 4. Il merito della questione e la portata dell'intervento additivo-manipolativo della Corte, riflessa anche dall'emersione del parametro implicito dell'art. 32 Cost. – 5. Invasione nel campo delle *political question* o esercizio da parte dal giudice costituzionale delle competenze? Collocazione della sentenza nel filone giurisprudenziale che si svincola dalle "rime obbligate" in materia penale. – 6. Osservazioni conclusive: la perdurante urgenza di un intervento parlamentare.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione:
I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità:* pars destruens *e* pars construens *delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della* ratio decidendi *del caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*, Roma, 2020, in corso di pubblicazione.

** Professoressa Associata di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. Indirizzo mail: irene.pellizzone@unimi.it.

1. La tecnica della doppia pronuncia: le ragioni alla base della scelta della Corte costituzionale

Come noto, nel giudizio di legittimità costituzionale riguardante l'art. 580 c.p., la Corte costituzionale ha per la prima volta rinviato l'udienza a data fissa, trattenendo a sé la questione, per permettere al Parlamento di intervenire sulla materia «in via prioritaria» (ord. n. 207/2018) e per poi giungere, a seguito dell'inerzia parlamentare, all'accoglimento della questione (sent. n. 242 del 2019)[1].

In questo contributo, si intende offrire una analisi di questo percorso giurisprudenziale che, alla luce delle specificità del caso concreto da cui è stata sollevata la questione, possa offrire delle chiavi di lettura che saldino le ragioni alla base della tecnica decisoria utilizzata con i nodi sostanziali che la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare. Pur consapevoli delle criticità di alcuni elementi delle due pronunce, infatti, si ritiene che possa essere utile tornare, a distanza di tempo, sulle molteplici specificità di questo caso, non tanto nell'ottica di superare o giustificare eventuali passaggi problematici, ma di comprendere l'eccezionalità e lo specifico fondamento costituzionale del *decisum*, così da evidenziarne gli elementi processuali portanti, suscettibili di essere sistematizzati su un piano teorico e dunque riutilizzati, e il lascito sul piano sostanziale dei diritti coinvolti dalla questione. Si è infatti convinti che su questo "caso" convergano molteplici elementi caratterizzanti[2], relativi alla materia ed ai beni (il ruolo del bene vita; la materia penale e la posizione dell'imputato), che meritano di essere valorizzati per dare il giusto significato alla strada intrapresa dalla Corte su molteplici piani: processuali (accertamento dell'incostituzionalità non accompagnato dalla sua immediata dichiarazione e conseguente rinvio dell'udienza invitando il potere legislativo a intervenire in prima battuta; rimodulazione della questione sulla base di un parametro implicito, l'art. 32 Cost.) e sostanziali (re-interpretazione della *ratio* dell'art. 580 c.p.; modulazione di quattro condizioni di

[1] Sul ricorso a questa tecnica decisoria gli scritti sono copiosi. Ci si limita a rinviare, in questa sede, agli scritti raccolti in AA. VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, Firenze, 2019, ed E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019; C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019 e gli interventi del seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)? – Bologna, 27 maggio*, in *Rassegna 6 del 2019 del forum di Quaderni costituzionali*.

[2] Sul caso come miccia che fa deflagrare P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 49

non-punibilità; individuazione di una procedura di controllo preventivo per accedere al suicidio assistito).

Venuta meno la irresistibile tentazione di formulare previsioni su un caso così lacerante, ma ragionando «a bocce ferme», infatti, è forse più facile offrire una analisi dell'*iter* avviato dalla Corte con un'ordinanza di rinvio dell'udienza a data fissa così articolata su un piano motivazionale.

La tesi che si tenterà di sostenere è che la Corte abbia percorso la strada maggiormente «sostenibile» su un piano costituzionale, data la complessità e specificità della questione, di cui si dirà: ha dunque optato, dopo avere accertato che una porzione dell'art. 580 c.p. era in contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., per il coinvolgimento «in via prioritaria» del Parlamento, chiamato a procedere all'individuazione delle modalità di controllo preventivo delle condizioni di non punibilità dell'agevolatore (prima pronuncia). La inattività del legislatore, allo scadere del termine, ha imposto alla Corte di cristallizzare in un dispositivo di accoglimento il *vulnus* costituzionale già stigmatizzato dalla Corte nell'ord. n. 207 del 2018 e di canalizzare le sue energie sul pendio più ardito, facendo ricorso ai poteri suoi manipolativi anche in riferimento alla procedura di controllo preventivo al suicidio assistito.

2. La protezione del bene vita, la definitività della sua lesione e l'esigenza di controlli preventivi

Ciò posto, per comprendere le ragioni del rinvio dell'udienza a data fissa, sono necessarie innanzitutto tre premesse relative alla prima pronuncia del binomio.

In primo luogo, la Corte costituzionale, con un'operazione ad alto tasso di manipolatività[3], ha ricondotto alla *ratio* di tutela dell'art. 580 c.p. un altro bene, diverso da quello attribuito nel 1930 alla sfera di protezione di questa norma, così da inserirla coerentemente nella *Weltanschauung* del quadro costituzionale italiano sopravvenuto al codice fascista: al centro del divieto penale non vi è più il bene collettivo della forza lavoro italiana, che secondo la logica autoritaria pre-costituzionale sarebbe stata menomata dalla perdita dell'unità della persona suicida, bensì la vita individuale.

La piena consapevolezza, *rectius* il timore, che persone fragili e vulnerabili possano essere indotte al suicidio da altri, costituisce infatti per la Corte costituzionale un gravissimo pericolo per la persona umana, sia per la gravità del

[3] Come osserva M. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 289.

bene cui attenta, la vita, sia perché alla lesione di tale bene non è possibile porre rimedio *ex post*[4].

In secondo luogo, nella prima pronuncia la Corte costituzionale accerta una lesione costituzionale della libertà di scegliere come congedarsi dalla vita, permeata a livello costituzionale tramite la libertà di scegliere se e come curarsi, e la libertà del corpo, *ex* art. 13 Cost., nonché del principio della dignità umana: il sindacato di costituzionalità mette in luce che l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio stride dunque con il contenuto degli artt. 2, 3, 13 e 31 Cost. (sul punto si tornerà oltre).

In terzo luogo, e coerentemente con quanto sopra ricordato, la Corte nell'ordinanza n. 207 del 2018 ritiene costituzionalmente necessaria una verifica della presenza dei requisiti legittimanti che sia preventiva rispetto alla condotta di aiuto al suicidio e rispetto al suicidio stesso: una sanzione penale comminata *ex post* non è infatti un rimedio, per la intuitiva constatazione che la lesione della vita è irrimediabile.

Alla luce di queste premesse, si stagliano con netti contorni le varie ragioni, legate alla conformazione del caso sottoposto al giudizio *a quo* e ai suoi riflessi sui rapporti tra Corte e Parlamento, che hanno spinto i giudici costituzionali ad avventurarsi nel cammino processuale della doppia pronuncia, alcune delle quali possono dunque essere definite di tipo ordinamentale, in quanto riconducibili al principio di separazione dei poteri, altre legate alla necessità di un bilanciamento tra gli opposti diritti coinvolti dalla tematica dell'aiuto al suicidio.

Da un lato, vi è il principio di costituzionalità, che impone alla Corte di annullare la legge illegittima. Questo non solo in ossequio ai diritti costituzionali di libertà della persona malata enucleati con lo scrutinio di costituzionalità; in via sotterranea, deve infatti avere spinto in questa direzione un ulteriore elemento, necessario per comprendere appieno il senso di questo lavoro, ovvero la non sostenibilità del sacrificio dei diritti dell'imputato, a rischio di essere condannato sulla base di una legge incostituzionale, per espressa ammissione della Corte di non

[4] La Corte infatti sottolinea che «*l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio - in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere*» (punto 6 del considerato in diritto).

poter colmare il vuoto normativo in vece del legislatore inerte, con cui si sarebbero dovuti fare i conti in caso di inammissibilità con monito della questione[5].

Dall'altro lato, vi è la tutela della vita delle persone fragili, bene supremo protetto dalla sanzione penale dell'art. 580 c.p., che merita una attenzione specifica su un piano costituzionale, non potendo tollerare falle nel sistema di protezione, per la semplice ragione che non è possibile tornare indietro una volta che il suicidio medicalmente assistito è stato posto in essere.

In altre parole, la dichiarazione di incostituzionalità del divieto assoluto di assistenza al suicidio avrebbe aperto una breccia nella cintura di protezione del bene vita, che, usando le parole della Corte, mutuate dalla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo, è «costituzionalmente necessaria», aprendo un *vulnus* costituzionale potenzialmente ancora più grave della permanenza nell'ordinamento dell'art. 580 c.p. nella sua assolutezza. Una tutela preventiva deve certamente esserci, non se ne può fare a meno, anche se il *quomodo* della tutela non è «a contenuto costituzionalmente vincolato», volendo mantenere il parallelismo sulla terminologia coniata dalla Corte costituzionale a proposito dei requisiti impliciti di ammissibilità dell'istituto referendario.

Per la Corte è dunque indispensabile che sia introdotto, congiuntamente alla riperimetrazione dei confini dell'art. 580 c.p., incostituzionale in presenza delle condizioni capaci di assicurare che il suicidio assistito costituisce strumento necessario di tutela degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., un controllo preventivo sulla sussistenza di tali condizioni (libertà e autonomia della scelta di porre fine alla propria vita, gravità delle sofferenze, irreversibilità della malattia, presenza di trattamenti medici di sostegno vitale), che l'ordinanza n. 207 del 2018 chiaramente è già in grado di enucleare.

In tutto questo, si erge tra i principi da bilanciare la insindacabilità della discrezionalità politica spettante al Parlamento, che limita il potere della Corte, organo privo di legittimazione popolare e responsabilità politica: ecco perché l'introduzione del *quomodo* del controllo preventivo *in prima battuta* avrebbe certamente violato la sfera di potere politico dei rappresentanti democraticamente eletti di scegliere come regolare tale controllo, perché le soluzioni compatibili con la Costituzione avrebbero potuto essere le più varie, e indicarne una piuttosto che un'altra avrebbe significato sostituirsi al Parlamento.

[5] Anche se probabilmente la Corte nell'ordinanza n. 207 voleva evocare anche quelli, quando ha affermato che «*I* delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

Questo il coacervo dei molteplici fattori di complessità della vicenda che, in estrema sintesi, pare abbiano indotto la Corte a percorrere, sperimentandola, una nuova via, diversa dalla dichiarazione di inammissibilità con contestuale invocazione di intervento del legislatore, resa inservibile dalla inconcludente prassi precedente, connotata da troppi moniti dei giudici costituzionali, caduta nel vuoto dell'inerzia politica: trattenere a sé la questione di costituzionalità, dando tempo al Legislatore per intervenire (undici mesi in questo caso)[6].

Del resto, i motivi per cui nell'ordinanza si *accerta* l'incostituzionalità del divieto assoluto di agevolazione al suicidio, ma non la si *dichiara*, sono alla base della nota definizione usata dall'allora Presidente della Corte Lattanzi, nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, di «incostituzionalità prospettata».

3. *Pars destruens* e *pars construens*: struttura della doppia pronuncia e contenuti innovativi della sent. n. 242 del 2019 rispetto all'ord. n. 207 del 2018

Su queste basi, constatato dunque come il quadro legislativo fosse immutato, con la sent. n. 242 del 2019 la Corte costituzionale si è «fatta carico», oltre che di dichiarare l'annullamento parziale dell'art. 580 c.p. (*pars destruens*), di inserire nella motivazione e nel dispositivo della sua pronuncia una *pars construens*, con cui si è spinta, stante la perdurante necessità costituzionale della sua supplenza al legislatore, a introdurre una vera e propria procedura di controllo preventivo delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio[7].

[6] Per A. RUGGERI, fortemente critico, si tratta di una gestione impropria dei propri poteri processuali da parte della Corte, che la ha condotta, a partire dalla forza trainante del caso concreto, ad un esercizio del controllo di costituzionalità esorbitante il recinto costituzionale sino ad offuscare il suo ruolo di garante, a beneficio di una indebita sovrapposizione coi poteri spettanti al legislatore: in particolare, tra i diversi scritti dell'A., si v. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 27 novembre 2019, dove si sottolinea un uso "disinvolto" delle «tecniche decisione di cui la Corte dispone […] a mezzo di innaturali mescolamenti dei profili di inammissibilità con quelli di merito delle questioni»; analogamente si esprime R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo - Consulta online*, 24 aprile 2020, spec. 11 e 25, il quale contestualizza l'atteggiamento espansivo della Corte all'intero di ben noti filoni giurisprudenziali affermati danni e rinviene anche limitati alcuni pregi nella decisione.

[7] Definibile «scriminante procedurale», sul modello elaborato dal tribunale costituzionale tedesco in tema di aborto, per cui v. M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

Ci si riferisce, quanto alla *pars destruens*, alle già ricordate quattro condizioni di: libertà e autonomia della scelta di porre fine alla propria vita, gravità delle sofferenze, irreversibilità della malattia, presenza di trattamenti medici di sostegno vitale; quanto alla *pars construens,* (i) alla verifica della libertà della scelta di congedarsi dalla vita secondo le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), (ii) in una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, (iii) previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La differenza tra la *pars destruens* e la *pars construens* è dimostrata anche dalla modulazione degli effetti dell'incostituzionalità nel tempo. Infatti la Corte, ben consapevole di aver introdotto *ex novo* una procedura di garanzia, per la previa verifica delle condizioni che rendono la pena per l'aiuto al suicidio incostituzionale (*pars construens*), ne ha limitato gli effetti nel tempo, valevoli solo *pro futuro* e non nei casi pregressi, ovvero realizzati prima della pubblicazione della sentenza. In questi casi, ai fini della non punibilità dell'aiuto al suicidio, è necessaria una sostanziale – ma non puntuale – equivalenza delle condizioni in presenza delle quali la pena dell'art. 580 c.p. sarebbe incostituzionale (*pars destruens*): usando le parole della Corte, «riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata (…) al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti».

Nei casi pregressi dunque, in ossequio al principio di irretroattività in *malam partem*, l'agevolatore non può essere tenuto a rispettare, non essendone a conoscenza quando ha realizzato la condotta penalmente rilevante, i vincoli procedurali introdotti dalla Corte. La duplicità di effetti dell'annullamento, in parte retroattivo e in parte irretroattivo, è insomma specchio fedele delle ragioni sostanziali sui cui riposa la doppia pronuncia.

Questo inquadramento ha dei riflessi sul rapporto intercorrente tra ordinanza e sentenza.

Le riflessioni sopra proposte, in altre parole, portano ad affermare che le due pronunce fanno corpo, non solo e non tanto perché nella sentenza si richiama l'ordinanza, ma anche perché rappresentano due fasi dello stesso giudizio: la sentenza costituisce il completamento di quanto già deciso nell'ordinanza o, detto altrimenti, contiene la *pars construens*, per cui la Corte ha anzitutto richiesto l'intervento del Parlamento e che, nel suo silenzio, è stata elaborata necessariamente a partire dalla *pars destruens* contenuta nell'ordinanza.

In tema v. inoltre M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male,* in *Sistema penale*, 10 febbraio 2020.

È dunque da intendersi mantenuto il nucleo fondante dell'accertamento dell'incostituzionalità della prima pronuncia[8], che ruota attorno alla illegittimità dell'imposizione di «un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Secondo questa lettura, giocoforza, i parametri costituzionali posti alla base della *ratio decidendi* dell'ordinanza, che non compaiono nella *ratio decidendi* della sentenza, cioè l'art. 3 Cost. e il supremo principio della dignità umana, costituiscono comunque base fondante del dispositivo e, dunque, possono essere ritenuti sorpassati o superati dall'*iter* motivazionale più timido della sentenza[9].

La Corte costituzionale infatti, proprio perché la seconda pronuncia si impegna sulla *pars construens*, non aveva bisogno alcuno di ritornare, mettendolo per ciò stesso in discussione, su quanto già deciso in riferimento alla *pars destruens*.

È così spiegabile la ragione per cui i giudici costituzionali abbiano scelto, quanto agli aspetti sostanziali dei diritti violati dall'assolutezza dell'art. 580 c.p., di dare spazio solo ad alcune carenze che possono incidere negativamente sulla tutela delle persone fragili nella fase finale della vita, cogliendo l'occasione per lanciare un grido dall'allarme alle istituzioni coinvolte. Ci si riferisce agli ampi riferimenti alla rete, già disciplinata in modo organico e capillare, ma non attuata in modo uniforme sul territorio nazionale, per l'erogazione delle cure palliative e della sedazione profonda. Consapevole del carattere deficitario dell'erogazione di tali fondamentali cure, la Corte ha però ritenuto anche importante sottolineare la distinzione essenziale tra congedo dalla vita mediante rinuncia alle terapie e somministrazione delle cure palliative, tra cui la sedazione profonda, e suicidio medicalmente assistito, laddove afferma che «occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile».

[8] Si tratta dunque di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, come sottolinea, tra gli altri. R. PINARDI, *op. cit.*, 6.

[9] In senso contrario, v. M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Oss. cost. AIC*, 1/2020, 292 e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 7; nel senso del testo, v. invece G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio e i limiti del controllo di costituzionalità*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

4. Il merito della questione e la portata dell'intervento additivo-manipolativo della Corte, riflessa anche dall'emersione del parametro implicito dell'art. 32 Cost.

Giunti ora a esaminare il merito della pronuncia costituzionale, occorre ricordare che i giudici costituzionali hanno voluto annullare solo una frazione dell'area originariamente ricompresa nel perimetro dell'art. 580 c.p., tenendo questa norma in vita nel suo complesso, per garantire alle persone fragili una cintura di protezione. Per lo stesso motivo, hanno introdotto una procedura medicalizzata per l'aiuto al suicidio, consapevoli che l'incostituzionalità dell'intero art. 580 c.p. avrebbe determinato un vuoto di tutela del bene supremo della vita delle persone vulnerabili.

Questa preoccupazione ha influito sull'elaborazione delle condizioni, sostanziali e procedurali, che rendono l'aiuto al suicidio non punibile, ovvero che l'aiuto non può essere punito se la persona che ha maturato il proposito di suicidio, nella *fase detruens* delle due decisioni, ad opera dell'ord. n. 207 del 2018: a) è tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; b) è affetta da una patologia irreversibile; c) tale patologia è fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili; d) la persona è pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Si tratta di condizioni che, se prese tutte assieme, restringono l'accesso all'aiuto al suicidio a ipotesi perfettamente coincidenti con quelle che darebbero diritto a morire attraverso la rinuncia alle cure salvavita. Si tratta di una importante cautela per la Corte, che può averla aiutata a percepire il suo intervento come meno dirompente, in ragione del fatto che il congedo dalla vita per quanti, a seguito della sua pronuncia, potranno accedere al suicidio assistito, si sarebbe già potuto raggiungere, per effetto della l. n. 219 del 2017, con una strada diversa: la rinuncia alle cure circondata dai presidi delle cure palliative e della sedazione profonda.

Di queste condizioni, particolarmente problematica pare la necessità di un trattamento di sostegno vitale, ovvero un trattamento salvavita, nel senso medico del termine (cioè preordinato a sostenere le funzioni vitali). Come già posto in evidenza dal processo in corso a Massa, per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini da parte di Mina Welby e Marco Cappato[10], in cui non ricorre la condizione dei trattamenti di sostegno vitale, distinguere il trattamento dell'agevolatore in base a questa circostanza può rivelarsi discriminatorio, perché essa non incide né sull'autonomia, consapevolezza o libertà della decisione di porre fine alla propria

[10] La morte di Davide Trentini, malato di sclerosi multipla dal 1993, è avvenuta nel 2017, mentre nel settembre 2018 il pubblico ministero ha chiesto il rinvio a giudizio, che, su istanza accolta degli imputati, è immediato. Nel momento in cui si scrive, il giudizio è ancora pendente (l'udienza è stata fissata per l'8 luglio 2020).

vita, né sulla gravità delle sofferenze, né sulla urgenza di recuperare la propria dignità, liberandosi da un corpo divenuto prigione[11].

Quanto alla procedura scriminante, che, come già accennato, rende l'aiuto qualcosa di ontologicamente diverso dall'aiuto al suicidio, e dunque ne elide la punibilità, si richiede in primo luogo che siano rispettate le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

In base all'art. 1, in sintesi, la manifestazione di volontà deve essere acquisita «*nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente*» e documentata «*in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare*», per poi essere inserita nella cartella clinica; l'obbligo di accurata comunicazione da parte del medico e relativa annotazione in cartella clinica si trasmette alla condizione di irreversibilità della malattia e alla gravità delle sofferenze, accertata anch'essa dal medico; deve rimanere ferma, ovviamente, «*la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà*» (*comma 4). Ancora, il medico deve prospettare al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative*», promuovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica», nonché di azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore (comma 5).

In base all'art. 2, poi, il medico deve garantire «un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38».

Infine, tali condizioni e le modalità di esecuzione del suicidio devono essere verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale[12], previo parere del comitato etico territorialmente competente, «organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità» (disciplinato dall'art. 12, comma 10, lettera c, del d.l. n. 158 del 2012; art. 1 del decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013, recante *Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici*).

---

[11] In questo senso, v. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 19 luglio 2019, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*.

[12] Limite introdotto, come si è visto, sulla base di un precedente della Corte in tema di fecondazione medicalmente assistita, per cui cfr. la sent. n. 96 del 2015, sulla cui portata v. volendo I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (4 novembre 2015, § 4, cui si rinvia, volendo, per riflessioni sul possibile significato da attribuire al requisito procedurale della struttura pubblica operante nel servizio sanitario nazionale).

I comitati etici territorialmente competenti peraltro, come già accennato, nascono col compito di svolgere funzioni consultive rispetto a sperimentazioni cliniche o uso di medicinali e dispositivi medici al fine di tutelare i diritti e i valori della persona umana[13].

Ferma restando ulteriori elementi di incertezza applicativa di queste misure (ad es., il parere del comitato etico territorialmente competente sarà vincolante o meno?), su un piano generale preme sottolineare che la Corte preferisce inserire, stanti i rischi per la vita delle persone fragili, il suicidio assistito in una procedura fortemente medicalizzata, temendo i rischi di un'assistenza al suicidio in casa propria (suicidio «fai da te») e di una «prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere alle cure palliative», così da porlo «in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza».

È importante però ribadire che non si tratta dell'unica soluzione costituzionalmente obbligata, ma costituzionalmente necessaria e che l'impianto della fase *consturens* della doppia pronuncia, in cui la Corte ha dovuto sacrificare la discrezionalità legislativa a tutela delle libertà costituzionali violate dall'assolutezza del divieto dell'art. 580 c.p., ne conferma il carattere *cedevole* e la necessità di un intervento parlamentare, che, potendo modificare anche in modo profondo l'attuale normativa di risulta, dia alla materia una disciplina chiara e organica.

Può essere interessante a questo punto soffermarsi brevemente sui parametri costituzionali violati dall'art. 580 c.p. e, in particolare, sull'art. 32 Cost. e sulle molteplici ragioni che hanno portato la Corte a imperniare su di essa l'incostituzionalità, estendendo il ricorso disinvolto ai suoi poteri processuali anche alla conformazione del *thema decidendum*. Si deve infatti tenere a mente che questa norma costituzionale non era evocata come parametro dall'ordinanza di rimessione, esulando dalle norme costituzionali annoverate esplicitamente dal giudice *a quo* tra quelle eventualmente violate dalla norma oggetto, ma è stato nondimeno valorizzato in modo estremo dalla Corte costituzionale a partire dall'ord. n. 207 del 2018, tanto da divenire parametro centrale dell'accoglimento[14].

Si è consapevoli che possa sembrare paradossale che la norma costituzionale posta a presidio del diritto alla salute si presti a essere usata come base costituzionale della non punibilità dell'aiuto al suicidio.

---

[13] Perplessità riguardo al coinvolgimento dei comitati etici sono in particolare espresse da P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 19 e nota 70.

[14] Si tratta di un aspetto altamente manipolativo delle regole del processo, essendo pochi i casi in cui la Corte ha individuato un parametro implicito. Per osservazioni sul punto v. M. D'AMICO, *op. cit*., p. 289.

In realtà, come noto e messo in luce in maniera potenziata dai casi strategici che hanno condotto, a distanza di anni, all'approvazione di una legge che consenta di rifiutare cure di sostegno vitale e redigere disposizioni anticipate di trattamento[15], il secondo comma dell'art. 32 Cost. tutela una libertà negativa, giacché indica le condizioni legittimanti i trattamenti sanitari obbligatori; il tenore testuale e lo spirito della norma dimostrano quindi che la regola deve essere il consenso al trattamento sanitario e, dunque, la libertà di scelta sull'*an* e *quomodo* delle cure e della loro cessazione. L'eccezione è l'obbligo, ma il sacrificio di libertà di scelta delle cure deve comunque avere uno scopo nella salute collettiva e, comunque, non violare mai il «rispetto della persona umana».

Ma non si tratta "solo di questo": la ricollocazione dell'art. 32 Cost. al centro della scena, con un'operazione non scontata e non comune nella giurisprudenza costituzionale, è stata infatti funzionale ad abilitare i giudici costituzionali a porre più limiti e medicalizzare il suicidio assistito, puntellandolo dei requisiti procedurali di cui si è detto per garantire un controllo medico *ex ante* delle quattro condizioni.

5. Invasione nel campo delle *political question* o esercizio da parte dal giudice costituzionale delle competenze? Collocazione della sentenza nel filone giurisprudenziale che si svincola dalle "rime obbligate" in materia penale

Così collocata nel contesto delle esigenze di sostenibilità costituzionale dell'annullamento la tecnica decisoria elaborata nelle due pronunce in commento, è lecito domandarsi se, quanto alla *pars construens*, il giudice costituzionale si sia spinto troppo in là rispetto al limite della discrezionalità legislativa, di cui all'art. 28 della legge n. 87 del 1953[16].

Occorre al riguardo essere consapevoli della problematicità del filone giurisprudenziale[17], oramai piuttosto consolidato in ambito penale, che non ritiene

[15] Il significato di questa norma emerge infatti non solo nelle due decisioni costituzionali sul caso Cappato, ma anche in tutte le altre pronunce di corti di legittimità e merito che hanno riguardato la libertà di scelta nella fase finale della vita (casi Welby, Trib. Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, Englaro, Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, Piludu, decreto del Tribunale tutelare di Cagliari, in data 16 luglio 2016) e nelle pronunce costituzionali riguardanti il consenso informato (sent. n. 438 del 2008).

[16] Secondo la tesi sostenuta, ad esempio, da E. FURNO, *Il «caso Cappato» ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 303 ss.

[17] Per cui v. su tutte la sent. n. 236 del 2016, la sent. n. 222 del 2018, le sentt. nn. 40 e 112 del 2019. In tema v. tra i costituzionalisti M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4, 1 ss., A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 2019, 791 ss. e S. LEONE, *La Corte*

più necessarie per uno scrutinio nel merito le c.d. «rime obbligate», considerando sufficiente, per l'ammissibilità della questione, l'esistenza nell'ordinamento di «precisi punti di riferimento normativi» già vigenti nel sistema, «che fungono da coordinate dell'intervento di accoglimento», *rectius* del contenuto manipolativo della sentenza[18].

Nel caso che ci occupa, pienamente inseribile in questo filone, la l. n. 219 del 2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento è chiamata dalla Corte, proprio in quest'ottica, a puntellare il contenuto manipolativo della pronuncia; e fin qui – forse – *nulla quaestio*, perché, prendendo per buono questo filone, tale fonte normativa consiste in una norma previgente alla sentenza, dunque già in vigore, in un settore contiguo a quello del suicidio assistito; analogamente, è chiamata in causa la legge che regola i comitati etici, i quali dovranno rendere parere preventivo sulla richiesta del farmaco letale: tuttavia, l'analogia con la l. n. 219 del 2017 è solo apparente, perché tali comitati siano stati introdotti, regolati e tarati nella loro composizione al fine di dare pareri sulla sperimentazione dei farmaci, e non certo

costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili", in *Quaderni costituzionali*, 2019, 184 ss., e, tra i penalisti, V. MANES, *Proporzionalità senza geometria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 2106 e ss. e R. BARTOLI, *Dalle 'rime obbligate' alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2567. Riconduce autorevolmente le due pronunce in questione al citato filone, contestualizzando il fenomeno in modo ampio e articolato, R. PINARDI, *op. cit.*, 36 ss.

[18] In tema v. su tutti M. RUTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, che svolge alcune riflessioni sul tema proprio inserendo le due pronunce in commento in questo filone; cfr. inoltre, più in generale, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolativo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 3 febbraio 2020, p. 1 ss., che rinviene nel superamento delle rime obbligate quale ostacolo al sindacato nel merito un irrobustimento dell'attenzione della Corte alle esigenze di giustizia che rimarrebbero inevase senza il suo intervento.

Questo filone può suscitare perplessità, non solo un piano teorico, ma anche per le complesse ricadute di simili decisioni, giacché lo scarto tra ambito per cui i «precisi punti di riferimento normativi» sono stati elaborati e introdotti dal Parlamento, da una parte, e ambito in cui la Corte li estenderà, dall'altra parte, può essere foriero di non poche difficoltà applicative, con corredo di ricadute problematiche anche per il principio di determinatezza in materia penale.

al fine di vagliare la presenza delle condizioni del suicidio assistito[19]; infine, vengono richiamate le strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, sulla base di un precedente giurisprudenziale della Corte che le aveva richieste, in un'ottica precauzionale, nel dichiarare incostituzionale il – diverso – divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili o infertili (la sent. n. 95 del 2015), ritenendole evidentemente garanzia di maggiore indipendenza da logiche meramente economiche legate al profitto.

Volendo avventurarsi in brevi considerazioni sulla «sostenibilità costituzionale» di un allentamento così marcato dei vincoli costituzionali al potere della Corte, occorre notare che la lesione dell'area di discrezionalità del Parlamento può essere forse giustificata, perché l'incostituzionalità serve a caducare (come sempre avvenuto sinora, non solo nel caso Cappato) una norma penale troppo ampia, dunque a beneficio delle garanzie costituzionali del reo, grande assente nell'*iter* motivazionale delle pronunce, ma probabilmente ben tenuto a mente dai giudici, sia pure sullo sfondo[20].

Ricordando le parole del Presidente emerito della Corte costituzionale Lattanzi, pare di potersi affermare che le ragioni dell'interventismo della giurisprudenza costituzionale oggi prevalgono, quando «vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica». In questo caso, infatti, «è sembrato sempre più inconcepibile che la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»[21].

[19] In tema v., per una panoramica sui comitati etici oggi operativi e sugli scenari aperti dalla sentenza n. 242 del 2019 rispetto all'aggiunta del compito di dare il parere qui in esame, v. C. PERTINI, *Suicidio assistito. Dopo la sentenza della Consulta, quattro scenari per i comitati etici abilitati ad esprimersi su eventuali richieste*, in *www.quotidianosanita.it*, 18 febbraio 2020.

[20] Decisioni di questo tipo, ma dagli effetti peggiorativi per il destinatario della norma penale, o in *malam partem*, non sono ammissibili e paiono dunque da evitare in modo assoluto da parte della Corte, perché il sacrificio della sfera di libertà di scelta politica di rappresentanti democraticamente eletti non è bilanciato dal conseguimento di altri beni di rilievo costituzionale.

[21] Relazione del Presidente Lattanzi alla giurisprudenza costituzionale del 2018.

6. Osservazioni conclusive: la perdurante urgenza di un intervento parlamentare

In conclusione, può essere importante soffermarsi ancora un momento sulle forzature che la Corte costituzionale ha dovuto compiere per pronunciarsi su una questione così complessa a seguito dell'inerzia legislativa, percorrendo la strada più sostenibile su un piano costituzionale.

Una di queste, forse tra le meno eclatanti, deriva dalla centralità attribuita alla legge n. 219 del 2017. Questo atto normativo predispone infatti gli strumenti necessari ad assicurare «voce» al paziente che ha perso la capacità di intendere e di volere e di esprimere la sua volontà circa le cure da seguire.

Invece, il caso sottoposto all'attenzione della Corte richiede di confrontarsi con un malato capace di intendere e di volere, che riesce a far sentire la propria «voce», per porre fine alla propria sofferenza, ma non riesce a realizzare la sua volontà di congedarsi dalla vita in modo rapido e preservando la capacità di intendere e di volere fino alla fine, come enfatizza in modo particolare la sent. n. 242 del 2019[22].

Il malato si sente perciò prigioniero del proprio corpo ed è martoriato da sofferenze gravissime. Per motivi attinenti alla sua sfera personalissima, insondabili e insindacabili, non chiede però l'interruzione delle cure, accompagnata da terapia del dolore e sedazione profonda, che può portare a una agonia protratta per un tempo indefinito, ma l'assunzione di un farmaco che porta al congedo dalla vita e dai propri casi in pochi istanti e senza perdere coscienza e volontà.

Come si è detto, i plurimi riferimenti alla l. n. 219 del 2017 sono serviti a circondare l'agevolazione al suicidio di una cintura di protezione, traendovi punti di riferimento già vigenti nell'ordinamento.

Il risultato è una disciplina cedevole in caso di futuro intervento legislativo, la quale, sebbene consenta di attuare una tutela minima *costituzionalmente necessaria* della vita delle persone vulnerabili, non è a *contenuto costituzionalmente vincolato*: il Parlamento ben potrà infatti modificarla.

Fino ad allora, il diritto del malato a una morte dignitosa sarà garantito, al netto delle verosimili ritrosie culturali all'applicazione del *decisum* costituzionale nella parte relativa alla procedura da seguire, attraverso il dispositivo delineato dalla Corte costituzionale, coi problemi di cui si è detto. Ecco perché, stante il coacervo di diritti fondamentali riconosciuti a monte dai giudici costituzionali, l'intervento parlamentare è diventato – se possibile – ancora più urgente.

[22] Nell'unico punto in cui pare aggiungere qualcosa anche all'*iter* motivazionale della *pars destruens*, appannaggio, per le ragioni che si è cercato di spiegare nel § 3, dell'ordinanza di rinvio dell'udienza.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Come preservare la continuità dell'attività parlamentare ai tempi del COVID-19? Alcune riflessioni sul lavoro "a distanza" e le vie percorribili a normativa vigente

MICOL PIGNATARO*

Sommario

1. Il mondo che muta, le istituzioni che si adattano e l'esperienza del Parlamento europeo. – 2. Il Parlamento italiano tra ranghi e calendari ridotti: le nuove sfide di oggi e di domani. – 3. La Costituzione e i Regolamenti parlamentari: motivi per cui è possibile adottare forme di partecipazione "a distanza". – 4. Quando il voto e il lavoro "a distanza" si scontrano con la natura stessa dell'attività parlamentare. Alcune riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 30 maggio 2020

Suggerimento di citazione

M. PIGNATARO, *Come preservare la continuità dell'attività parlamentare ai tempi del COVID-19? Alcune riflessioni sul lavoro "a distanza" e le vie percorribili a normativa vigente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoressa in Giurisprudenza nell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. Indirizzo mail: micol.pignataro@gmail.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Il mondo che muta, le istituzioni che si adattano e l'esperienza del Parlamento europeo

Facendo riferimento a come le guerre, la povertà, le malattie e le pestilenze costringano a compiere delle innovazioni, Ateniese dice a Clinia che "mai nessun uomo stabilisce per nulla al mondo le leggi, ma sono la sorte ed ogni genere di eventi che, verificandosi in ogni modo, stabiliscono il complesso delle nostre leggi"[1]. Questo, più che mai, è vero oggi ed è oggi che siamo posti dinanzi alla domanda: che mondo vorremo abitare una volta che sarà passata la tempesta? L'emergenza sanitaria globale e transnazionale e le risposte che le vengono e che le verranno date rimoduleranno la società così come la conosciamo ora. D'altra parte, la natura delle emergenze è proprio questa: velocizzare in maniera straordinaria i processi storici, obbligare a prendere rapidamente decisioni che, in tempi ordinari, richiederebbero anni di dibattito e di deliberazione, impiegare tecnologie ancora premature per i loro tempi perché il rischio che comporterebbe la paralisi sarebbe ancora più devastante. Questo è il bivio dinanzi al quale si trova adesso il Parlamento italiano (così come molti altri Parlamenti al mondo): può o non può adottare misure straordinarie e alternative per garantire il suo funzionamento e l'operatività della democrazia rappresentativa?

Il Parlamento Europeo (PE) ha già fatto un passo avanti in questa direzione quando l'Ufficio di Presidenza ha deciso di adottare misure specifiche per garantire anche il voto a distanza per la sessione plenaria straordinaria del 26 marzo e per la tornata del 16 e 17 aprile[2]. Come ha avuto modo di specificare il Presidente Sassoli in più occasioni[3], sono state le condizioni di fatto che hanno obbligato il PE a riflettere sulle modalità da adottare per garantire il voto a tutti i parlamentari; infatti, poiché ci si confronta con un fenomeno epidemico transnazionale, ci si confronta anche con la varietà e la diversità delle misure adottate nei 27 Stati membri. Tra zone rosse, obblighi di quarantena, divieti di circolazione, aeroporti chiusi, e assenza di collegamenti e mezzi di trasporto, era necessario trovare il

[1] PLATONE, *Leggi*, Grandi Tascabili Economici Newton, 1997, Libro IV, p. 709a.

[2] Come emerge dai comunicati stampa disponibili sul sito del PE, la decisione dell'Ufficio di Presidenza di adottare il sistema di voto alternativo sarà efficace fino al 31 luglio, salvo estensioni.

[3] Si veda in particolar modo il comunicato del 19 marzo 2020, disponibile sul sito del Parlamento europeo: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20200319IPR75308/sessione-plenaria-straordinaria-il-26-marzo>. Si veda anche il suo intervento al dibattito organizzato il 27 marzo 2020 dal Presidente della I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, Giuseppe Brescia, disponibile su Radio Radicale, <https://www.radioradicale.it/scheda/601864/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza>.

modo per garantire il funzionamento del PE e la salute dei parlamentari e dei funzionari. Nel PE si era già manifestata in precedenza[4] l'esigenza di riflettere su come far fronte a emergenze riguardanti l'intero spazio europeo, maturando la consapevolezza che la democrazia non si possa arrestare e che il lavoro del Parlamento debba proseguire.

Sulla base del quadro giuridico di riferimento[5], l'Ufficio di Presidenza ha pertanto adottato una decisione definendo le modalità mediante le quali si sarebbero svolte le votazioni a distanza, lasciando impregiudicata la possibilità per i parlamentari di recarsi fisicamente in plenaria. Nell'intento di creare un luogo virtuale controllato e certificato dal Parlamento, nonché nel rispetto dei principi di personalità e individualità del voto, le votazioni si sono svolte con regole ben precise[6]. Ogni parlamentare ha ricevuto in allegato *e-mail* la propria scheda di voto, la quale andava stampata, compilata, firmata e ritrasmessa in allegato alla casella postale elettronica del Parlamento. Sia all'esperimento deliberativo del 26 marzo

[4] Nel 2010 in occasione dell'eruzione del vulcano islandese, Eyjafjallajökull, il PE aveva subito il disagio provocato dal blocco della circolazione, a causa del quale si era dovuto sospendere la plenaria.

[5] A partire dall'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto del 1976 e successive modifiche. L'art. 6, c. 1 dell'Atto prevede che "i membri del Parlamento europeo votano individualmente e personalmente. Non possono essere vincolati da istruzioni né ricevere mandato imperativo". Si fa riferimento anche al Regolamento del Parlamento europeo, in particolar modo all'art. 22 sulle "Attribuzioni del Presidente" (Il Presidente dirige l'insieme dei lavori del Parlamento e dei suoi organi. Egli dispone di tutti i poteri necessari per presiedere alle deliberazioni del Parlamento e per assicurarne il buon svolgimento. Apre, sospende e toglie le sedute, e concede la facoltà di parlare, dichiara chiuse le discussioni, mette le questioni ai voti e proclama i risultati delle votazioni), all'art. 25 sulle "Attribuzioni dell'Ufficio di Presidenza" (L'Ufficio adotta decisioni anche concernenti l'organizzazione interna del Parlamento, il Segretariato del Parlamento e i suoi organi, e disciplina le questioni relative allo svolgimento delle sedute) e a tutta la disciplina sulle votazioni (artt. 178-194 del regolamento).

[6] (i) l'elenco delle votazioni che avrebbero avuto luogo e i loro orari di apertura e chiusura sono stati pubblicati sul sito del PE; (ii) tutte le schede di voto completate sono state trasmesse alla medesima casella postale elettronica del Parlamento; (iii) i deputati hanno votato firmando la scheda in formato cartaceo; (iv) i deputati hanno dovuto inviare una scansione o una fotografia della propria scheda in formato PDF, o in altro formato elettronico che assicurasse un'immagine chiara e leggibile, dalla propria casella postale professionale (dunque quella parlamentare); (v) il computo dei voti è stato constatato sulla base delle schede che hanno rispettato i requisiti e che sono state ricevuto entro l'orario di chiusura delle votazioni; (vi) l'utilizzo del sistema alternativo di voto elettronico a distanza è stato registrato nel processo verbale della seduta insieme ai risultati delle votazioni.

che al secondo appuntamento del 16 e 17 aprile hanno partecipato alla votazione per appello nominale "a distanza" la stragrande maggioranza dei parlamentari[7].

Traendo le somme dalla sessione del 26 marzo, il Presidente Sassoli[8] ha manifestato la sua soddisfazione per il fatto che il PE sia stato in grado di esercitare le sue prerogative mediante un dibattito (ristretto e autodisciplinato) e una serie di votazioni, avvenute oltretutto per appello nominale. È chiaro che una procedura del genere non sia esente da critiche, tra cui soprattutto il fatto che sia macchinosa, condizionata da alcuni aspetti tecnico-logistici e molto lenta (nella seduta del 26 marzo, ad esempio, vi sono state tre votazioni e per ciascuna di esse sono state necessarie 2-3 ore di lavoro). Il Presidente ha inoltre manifestato la sua perplessità circa il fatto che questa modalità sia difficilmente applicabile a tutte le situazioni: non è praticabile se vi sono numerose votazioni con liste di centinaia di emendamenti, né è fattibile nel caso il voto debba essere segreto. Questi e altri motivi stanno spingendo l'Ufficio di Presidenza a riflettere su ulteriori modalità adottabili, tra cui la possibilità di instaurare forme di partecipazione a distanza nelle sedi di rappresentanza nazionale.

2. Il Parlamento italiano tra ranghi e calendari ridotti: le nuove sfide di oggi e di domani

L'esperimento europeo è certamente un caso di studio interessante, da seguire con attenzione e che dimostra che nel voler proteggere la democrazia rappresentativa il lavoro e il voto a distanza pongono, sì, alcuni problemi, ma creano anche molte prospettive. Valutando le possibili modalità di organizzazione e di funzionamento del Parlamento italiano bisogna, però, astenersi dal trapiantare direttamente il modello UE nell'ordinamento che è oggetto di questa riflessione; un lavoro del genere non darebbe sufficiente peso alle profonde divergenze che caratterizzano i due Parlamenti e i due ordinamenti. Il dibattito italiano è stato già sollevato da alcuni costituzionalisti e studiosi, specie tra le colonne dei quotidiani, e la questione è all'ordine del giorno anche nelle sedi istituzionali proprie. Ad esempio, nella Camera dei deputati, oltre alla Conferenza dei Capigruppo, si è inclusa nel circuito valutativo e decisionale anche la Giunta per il regolamento[9]; mentre al Senato si è con molta probabilità voluto circoscrivere la discussione alla sola Conferenza dei Capigruppo, in quanto organo deputato alla programmazione dei lavori e sede presso la quale possono emergere in via più informale gli scontri tra interessi dei

[7] In occasione della sessione del 26 marzo, 688 parlamentari (su 705 complessivi) hanno partecipazione alla votazione, e 5 schede di voto non sono state conteggiate perché non sono state trasmesse al Parlamento dalla casella di posta ufficiale del deputato.

[8] Lo ha fatto in occasione del dibattito organizzato il 27 marzo 2020 dal Presidente della I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, *cit*.

[9] La Giunta si è, infatti, riunita il 31 marzo 2020.

diversi gruppi parlamentari[10]. Le preoccupazioni sono molte ed è noto a tutti che in questo momento il Parlamento stia svolgendo un ruolo ancillare, mentre è proprio in occasioni di emergenza, in cui si assiste a una iperproduzione normativa da parte del Governo, che il Parlamento dovrebbe esercitare il suo potere di controllo e di vigilanza[11]. Non si può non evidenziare che quest'ultimo rivesta un ruolo centrale nell'architettura costituzionale italiana, soprattutto in situazioni eccezionali. Basti pensare all'art. 78 Cost., secondo cui è il Parlamento a deliberare lo stato di guerra, attribuendo al Governo i soli "poteri necessari", e non, dunque, i "pieni poteri". Nella stessa logica rientra l'art. 77 Cost.: senza una rapida conversione da parte delle Camere, i decreti-legge adottati dal Governo in casi straordinari di necessità e di urgenza perdono efficacia *ex tunc*. In un momento in cui si chiede alla popolazione di accettare limitazioni ad alcune libertà fondamentali nel nome di un interesse generale e si prendono provvedimenti che incidono fortemente sulle loro condizioni economiche, l'Assemblea non può non trovarsi in prima linea.

In seguito alle delibere di inizio marzo adottate dalla Conferenza dei Capigruppo al Senato e alla Camera dei deputati, il Parlamento si sta riunendo a ranghi e a calendari ridotti, limitando i lavori delle Assemblee (ma anche delle Commissioni) all'esame dei progetti di legge indifferibili e urgenti, nonché allo svolgimento di interrogazioni a risposta immediata e di interpellanze urgenti in materia di COVID-19[12]. Le Conferenze dei Presidenti di Gruppo hanno infatti interamente rimodulato la programmazione dei lavori, adottando decisioni volte a

[10] Occorre precisare che poiché il dibattito al Senato viene svolto solamente in sede di Conferenza dei Capigruppo, la mancanza di pubblicità dei suoi lavori determina anche una minore comprensione delle opzioni valutate dagli esponenti dell'organo. I dettagli ufficiali in merito alla programmazione dei lavori (nonché sulle modalità di svolgimento di questi ultimi) si limitano dunque alle Comunicazioni del Presidente del Senato sul calendario dei lavori, ovvero sulle informazioni che si possono evincere leggendo i resoconti delle sedute in Aula.

[11] Intervista di Annalisa Chirico al Prof. Sabino Cassese, *Lo stress test del virus sulla democrazia parlamentare: esiti*, in *Il Foglio*, 13 marzo 2020.

[12] Nella Comunicazione del Presidente del Senato sul calendario dei lavori del 10 marzo 2020 si legge che il programma si baserà sui disegni di legge di conversione di decreti-legge, sulle ratifiche di accordi internazionali definite dalla Commissione competente, su mozioni, su interpellane ed interrogazioni, e sui documenti definiti dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari. (Resoconto stenografico XVIII Legislatura, seduta n. 199 al Senato del 10/03/2020). Alla Camera dei deputati si è deciso che l'attività delle Commissioni e degli altri organi parlamentari sarà perimetrata all'esame degli atti indifferibili e urgenti, permettendo però la possibilità di svolgere le audizioni dei Ministri di settore in relazione alle tematiche connesse all'emergenza, nonché le sedute di sindacato ispettivo.

permettere lo svolgimento dell'attività nel rispetto delle misure di sicurezza[13]. Ad esempio, al Senato hanno predisposto apposite postazioni anche nelle tribune dell'aula, munendole di microfoni per garantire gli interventi dei parlamentari, e nel corso della seduta del 21 aprile si è sperimentata una nuova modalità di votazione permettendo ai senatori nelle tribune di votare mediante l'impiego di *tablet*, emulando i terminali di cui sono muniti gli scranni[14]. Anche alla Camera hanno predisposto postazioni analoghe, ma è in fase di ultimazione anche l'allestimento del Salone del Transatlantico per garantire a tutti i deputati la possibilità di partecipare alle sedute dell'Aula, garantendo ciononostante l'unicità della seduta[15].

Sono oggetto di dibattito le decisioni adottate in sede di Conferenza dei Capigruppo con le quali si è talvolta deciso di circoscrivere la presenza alle sedute in aula ad un numero limitato di deputati e di senatori, garantendo ciononostante la proporzionalità fra gruppi[16]. È interessante osservare che in risposta a tali

[13] Nel caso del Senato, ad esempio, durante la seduta dell'aula dell'11 marzo, nel corso della quale si è votata l'autorizzazione allo scostamento dal bilancio, non ha avuto luogo la discussione generale, vi sono state solamente le dichiarazioni di voto e la chiama si è verificata con appello nominale in modo tale da evitare la presenza contestuale nell'emiciclo di troppi senatori. Per la votazione del 9 aprile sul Decreto-legge "Cura Italia", la Conferenza dei Capigruppo al Senato aveva stabilito che ciascun senatore avrebbe votato dal proprio posto, con entrata nell'emiciclo scaglionata in gruppi di cinquanta ogni dieci minuti, secondo l'ordine alfabetico.

[14] Resoconto stenografico XVIII Legislatura, seduta n. 203 al Senato del 26/03/2020, p 44; Resoconto stenografico XVIII Legislatura, seduta n. 208 al Senato del 11/04/2020.

[15] Resoconto stenografico, Giunta per il regolamento alla Camera dei deputati, XVIII Legislatura, 07 maggio 2020, p 3. Una volta allestito il Salone del Transatlantico si avrebbero complessivamente 339 posti disponibili in Aula, 170 nelle tribune e 120 nel Salone.

[16] Per citare alcuni esempi, in ordine alle modalità di svolgimento della seduta dell'11 marzo 2020 (per approvare il ricorso al maggior indebitamento), la Conferenza dei Capigruppo alla Camera ha deciso all'unanimità che alla seduta avrebbero partecipato solo 350 deputati, garantendo così il numero legale e la maggioranza assoluta di 316, ma evitando eventuali assembramenti. Anche la seduta alla Camera del 26 marzo 2020 ha avuto luogo in maniera più ristretta, con la presenza di solamente 1/6 dei deputati per ogni gruppo e con la rilevazione della temperatura all'entrata dell'Aula. La Conferenza dei Capigruppo della Camera del 17 aprile 2020 ha deciso che per la seduta del 21 aprile, nel corso della quale avrebbe avuto luogo l'informativa urgente del Presidente del Consiglio, avrebbero potuto partecipare 1/6 dei deputati per ogni gruppo, *salvo deroghe per i gruppi meno numerosi.* Per quanto riguarda le decisioni prese per lo svolgimento dei lavori al Senato, la Conferenza dei Capigruppo del 9 marzo ha deliberato che per la seduta dell'11 marzo ciascun Gruppo poteva essere rappresentato da non più di sei senatori (con eccezione per le fasi dedicate alle votazioni).

decisioni si sta applicando un istituto ben noto alle esperienze anglosassoni, quello del c.d. *pairing*, per cui alle assenze di un certo numero di parlamentari della maggioranza corrisponde la volontaria assenza di altrettanti parlamentari dell'opposizione, e viceversa[17] (con la consapevolezza, però, che i riflessi son ben diversi rispetto a quelli che si producono, ad esempio, nel Parlamento britannico, se si considera che il Parlamento italiano è caratterizzato da una dicotomia tra maggioranza e minoranze, e non invece tra maggioranza e opposizione).

Non si può sottolineare a sufficienza, però, che alla base di queste decisioni vi sono delle intese politiche; di conseguenza, tali scelte organizzative rimangono efficaci fintantoché vi sia la volontà politica di rispettarle. Volontà che, in situazioni di maggiore controversia e tensione, è facile che venga meno. Infatti, per la votazione dell'ordine del giorno presentato dall'Onorevole Meloni nella seduta del 24 aprile 2020, il Gruppo Fratelli d'Italia ha chiamato quasi tutti i suoi deputati a votare, costringendo dunque i gruppi di maggioranza a chiamare circa due terzi dei suoi deputati anziché la metà. Ciò suggerisce che ricorrere ad accordi per garantire le misure di sicurezza può non essere ottimale quando vi sono posizioni divaricate su temi di grande importanza.

I dubbi che sorgono in merito alle formule organizzative deliberate dalla Conferenza dei Capigruppo sono tanti, per primo la tutela delle minoranze, perché nonostante vi sia il tentativo di garantire una riduzione che rispecchi la proporzionalità dei gruppi, può venir meno il peso relativo delle minoranze, specie di quelle più esigue. In secondo luogo, vi è la preoccupazione di come garantire il pieno svolgimento del libero mandato dei singoli parlamentari[18], in un momento in cui è possibile che si aggravi la tensione tra disciplina di gruppo e libertà del singolo. Proprio perché i numeri sono ristretti e necessariamente definiti dal gruppo (inclusi, dunque, l'individuazione dei parlamentari che potranno partecipare alle discussioni e alle deliberazioni), bisogna garantire determinati margini di flessibilità per i singoli deputati o senatori che intendono intervenire per esprimere il proprio dissenso rispetto alla linea politica del gruppo. In ogni caso, essendo questa una decisione avente solamente valore politico, a nessun parlamentare potrebbe mai essere negato l'accesso in Aula, non potendo nessuno impedire giuridicamente l'esercizio del mandato[19].

---

[17] S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-10: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/11/lattivita-parlamentare-ai-tempi-del-covid-19-fiat-iustitia-et-pereat-mundus/>, 11 marzo 2020.

[18] La questione è stata sollevata anche dal Presidente Fico nella riunione della Giunta per il regolamento del 31 marzo 2020.

[19] Sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 1964.

Fermo restando questo principio, bisogna tener conto del fatto che "ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione" (art. 67 Cost.) e che quindi una compressione del numero di parlamentari potrebbe comportare il venir meno della rappresentanza dell'interesse generale, così come quella dei territori. Questo ci porta inevitabilmente a riflettere sui criteri che vengono utilizzati per selezionare i parlamentari che possono recarsi presso le sedi istituzionali[20]: sono criteri pragmatici secondo cui permettere, ad esempio, l'accesso *in primis* ai senatori e deputati residenti o domiciliati nella Regione Lazio (diminuendo così gli spostamenti), ovvero sono criteri aventi natura politica, mirati a facilitare l'accesso ai deputati e ai senatori più "fedeli" al gruppo? Per evitare eventuali abusi o decisioni eccessivamente discrezionali, sarebbe opportuno innanzitutto garantire una rappresentanza che rispecchi il più possibile la composizione interna del gruppo, assicurando la presenza di componenti di estrazione differenziata. In secondo luogo, bisognerebbe garantire dei processi di comunicazione all'interno del gruppo che permettano anche ai parlamentari non presenti di rendere note le loro istanze e opinioni.

Infine, un tema che si collega alla funzione del Parlamento in senso più ampio è posto dal fatto che un calendario ridotto implica non solo che si discuta poco e in modo intermittente e frettoloso, ma anche che non si riesca a tenere il ritmo del Governo[21]. La domanda che viene posta dunque è: come garantire la buona funzionalità delle istituzioni rappresentative in questo periodo eccezionale? Dato il protrarsi nel tempo di questa situazione, tra parlamentari positivi o in quarantena e il conseguente rischio di eventuali contagi, quali sono le modalità percorribili per garantire l'operatività del Parlamento?

[20] Questa preoccupazione è ben presente anche tra gli studiosi del sistema parlamentare britannico, i quali, in seguito alla decisione di limitare a 50 il numero di MPs che potranno essere presenti fisicamente nella House of Commons, si domandano chi deciderà quali parlamentari potranno recarsi in Aula, nella consapevolezza che la sfera di influenza dei *party whips* aumenterà notevolmente (anche se, per altri aspetti, potrebbe diminuire). Si veda G., POWER, *Can analogue politics work in an era of digital scrutiny? The negative effect of COVID-19 on the informal politics of Westminster*, in *The Constitution Unit*, <https://constitution-unit.com/2020/04/22/can-analogue-politics-work-in-an-era-of-digital-scrutiny-the-negative-effect-of-covid-19-on-the-informal-politics-of-westminster/>, 22 aprile 2020.

[21] Intervista a Marcello Pera e Antonio Malaschini, *Evitare che la democrazia si indebolisca*, in *il Corriere della Sera*, 31 marzo 2020.

3. La Costituzione e i Regolamenti parlamentari: motivi per cui è possibile adottare forme di partecipazione "a distanza"

La disamina deve necessariamente tener conto della forma di Stato e di governo dell'ordinamento italiano, valutando poi cosa si possa fare a Costituzione e a Regolamenti invariati[22], prendendo in considerazione le esigenze manifestate anche dai singoli parlamentari.

In sede di Giunta per il regolamento alla Camera, il Presidente Fico ha riportato le lettere ricevute da alcuni Presidenti di Commissione, le quali rendevano nota la richiesta di valutare la possibilità di avviare modalità di lavoro a distanza[23]. Il tema è oggetto di ampio dibattito tra gli studiosi, i quali non riescono a convergere sull'ammissibilità di tale modalità, sia per motivi giuridici sia per preoccupazioni di altra natura. In primo luogo, vi è la controversia circa la definizione di "presenza" nell'art. 64, c. 3 Cost., che prevede che "le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è *presente* la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei *presenti*, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale". Sebbene sia nota la lungimiranza dei padri costituenti, è abbastanza pacifico che per "presenza" essi avessero inteso una presenza fisica. In tal senso si è espressa anche parte della dottrina, che adotta non tanto una lettura rigida del termine quanto una lettura omogenea del testo costituzionale e dei regolamenti parlamentari, che fanno intendere che la regola sia la presenza fisica e il resto sia l'eccezione[24]. Prendendo come punto di riferimento il solo regolamento della Camera, l'elemento di fisicità emerge attraverso il lessico utilizzato: "posti" (art. 31, c. 1), "riunioni" (art. 31, c. 2), "alzata di mano" (art. 53, c. 1). Ancora, in caso di difetto dei dispositivi elettronici di voto la controprova è effettuata mediante la divisione nell'aula, con i parlamentari che si spostano da una parte dell'Aula all'altra a seconda della loro preferenza di voto (art. 53, c. 2 r.C.). Infine, la regola della fisicità emerge anche dalla possibilità di escludere dalla seduta i deputati che creano tumulto (art. 60

[22] S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biodiritto,* <https://www.biodiritto.org/content/download/3787/45299/version/1/file/03+Ceccanti.pdf>, 2020.

[23] I riferimenti alle lettere sono disponibili nei Resoconti stenografici delle due riunioni della Giunta per il regolamento alla Camera dei deputati del 31 marzo e del 07 maggio 2020.

[24] Si sono espressi in tal senso Calvano e Luciani in occasione del dibattito organizzato dal Presidente della Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati il 03 aprile 2020, disponibile su Radio Radicale <https://www.radioradicale.it/scheda/602453/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza-ii-appuntamento>.

r.C.). La domanda a questo punto è se un'interpretazione estensiva della norma possa ricomprendere anche la "presenza virtuale" o se un intervento del genere risulterebbe un tentativo di utilizzare impropriamente gli strumenti interpretativi per arrivare dove si vuole arrivare, non accettando che non sempre esista una soluzione giuridica per i problemi che vengono posti.

Si ritiene utile partire da un chiarimento di tipo terminologico dell'art. 64, c. 3 Cost., che è stato già proposto in dottrina.[25] L'oggetto della disposizione sono le "deliberazioni", intese come decisioni assunte da un organo collegiale, in questo caso una delle due Assemblee. Il numero legale è richiesto dalla Costituzione quando si delibera e non anche quando occorre semplicemente riunirsi; le riunioni possono quindi avvenire "con qualunque numero di presenti, salvo che al momento dell'adozione di deliberazioni"[26]. Va inoltre sottolineato che la previsione si applica alle sedute delle assemblee e non anche a quelle delle Commissioni parlamentari, per le quali i regolamenti prevedono *quorum* inferiori, sebbene con alcune eccezioni. Ad esempio, il regolamento della Camera stabilisce che il *quorum* di norma applicabile alle Commissioni sia di ¼ dei componenti, tranne che per le Commissioni in sede legislativa; in questo caso le deliberazioni saranno valide solo se sarà presente la maggioranza dei componenti (art. 46, c. 1 r.C.). Mentre il regolamento del Senato prevede un *quorum* superiore: per la validità delle deliberazioni assunte in sede referente è sufficiente la presenza di 1/3 dei componenti (art. 30, c. 3 r.S.). Invece, per le Commissioni al Senato che si riuniscono in sede deliberante o redigente è necessaria la maggioranza dei componenti per assicurare non solo la validità delle deliberazioni ma anche delle sedute (art. 30, c. 1 r.S.)[27]. Fermo restando che il numero legale è richiesto dalla

[25] N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020. Si veda anche N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

[26] *ibid*. L'autore rende anche presente che in Assemblea costituente era emersa chiaramente la volontà di allontanarsi dalla previsione contenuta nell'art. 53 dello Statuto Albertino, la quale disponeva che "le sedute e le deliberazioni delle Camere non sono legali né valide se la maggiorità assoluta dei loro membri non è presente". Tale volontà nasceva dalla consapevolezza dei costituenti che tale disposizione era stata superata dalla prassi parlamentare; infatti, data la difficoltà di tenere riunita per più mesi la maggioranza assoluta, si affermarono presto una serie di principi, come quello della presunzione del numero legale e quello di computare come presenti i parlamentari in congedo (prassi che oltretutto sono rimaste in essere anche in epoca repubblicana).

[27] L'art. 30, c. 1 r.S. prevede che la maggioranza dei componenti è prevista per le Commissioni in sede deliberante e redigente, oltre che nei casi in cui le stesse siano state convocate per assumere deliberazioni "su affari per i quali non debbano riferire all'Assemblea".

Costituzione solo per la validità delle deliberazioni, cosa accadrebbe però se tra parlamentari contagiati, in quarantena o limitati nella loro libertà di circolazione venisse a mancare il *quorum* strutturale? Inoltre, e come si è avuto già modo di osservare, qualora si dovesse raggiungere il *quorum*, quali sarebbero le implicazioni se la composizione parlamentare fosse del tutto discrezionale dal punto di vista sia politico che territoriale, o se ci dovessero essere gravi discrepanze fra gruppi di maggioranza e quelli di minoranza?[28]

Partendo da questi dati bisogna soffermarsi sul punto cruciale e cioè che la Costituzione si limita semplicemente a sancire alcuni principi generali, lasciando la disciplina vera e propria ad una integrazione da parte dei regolamenti parlamentari. La Costituzione non specifica, infatti, cosa si intenda per "presenti", quando tale presenza debba o possa essere rilevata e con quali modalità, né come si voti. Le regole che disciplinano le votazioni, che stabiliscono il numero legale, la maggioranza richiesta, le modalità e l'ordine delle votazioni stesse, sono il cuore del diritto parlamentare e spetta a ciascuna camera disciplinarli come meglio ritiene[29]. Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale, confermando in maniera decisa il principio di autonomia (anche) normativa delle Camere. Nella sentenza n. 78 del 1984, la Consulta decise di non sciogliere il nodo del computo delle astensioni, ritenendo conformi a Costituzione sia la soluzione adottata dalla Camera dei deputati (secondo cui le astensioni non rilevano ai fini del calcolo del *quorum* funzionale), sia la soluzione allora in vigore al Senato (secondo cui invece gli astenuti erano computati tra i presenti, rendendo dunque più difficile il raggiungimento della maggioranza)[30]. La Corte evidenzia che "è riconosciuta […]

[28] Questi interrogativi sono stati esposti nitidamente da F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *il Sole 24 Ore*, 16 marzo 2020.

[29] La volontà di sancire dei meri principi generali, riservando alle Camere il potere di auto-organizzarsi, è stato oggetto di dibattito in Assemblea costituente. Si riporta qui il pensiero di Mortati, espresso nel corso della riunione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 3 aprile 1946: "[…] Un altro argomento importante è quello del potere di auto-organizzazione. Questo potere è spontaneo in tutti i corpi costituiti e, quindi, spetta alle Camere. Il problema consiste nel sapere se vi sono principî che debbano essere posti nella Costituzione a garanzia di certi interessi che si vuole sottrarre all'arbitrio delle Camere. Anche qui può rientrare il concetto della tutela delle minoranze. Per esempio, si potrebbe stabilire che il regolamento della Camera debba essere approvato con una maggioranza qualificata, in modo da rendere meno facile che sia fatto a vantaggio di certe maggioranze o per imporre certi metodi. Anche l'obbligo dell'emanazione del regolamento potrebbe essere uno dei punti da fissare nella Costituzione, per evitare che l'Assemblea ometta di emanarlo".

[30] Disomogeneità che, come è ben noto, è venuta meno con la riforma del regolamento del Senato del 2017 e l'allineamento tra le due discipline sulla base del modello della Camera (si veda l'art. 107, c. 1 e 2-*bis* r.S.).

a ciascuna Camera la potestà di disciplinare il procedimento legislativo in tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dal pensiero del costituente in materia e che l'interpretazione ed attuazione in parola sono di esclusiva spettanza di ciascuna Camera". Il principio è stato nuovamente riaffermato nella celebre sentenza sui c.d. "pianisti" (sentenza n. 379 del 1996), dove è stato inoltre stabilito che l'autonomia delle Camere è sottratta a sindacato esterno[31]. Da ultimo, la Consulta ha cominciato a porre sempre più enfasi sulla "flessibilità" e "consensualità" che contraddistingue il diritto parlamentare (ordinanza n. 17 del 2019), stabilendo addirittura che "le procedure legislative, finalizzate originariamente alla valorizzazione del contraddittorio, col passare degli anni hanno dovuto altresì farsi carico dell'efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari", in ragione di fini desunti dalla Costituzione e che hanno portato "a un necessario bilanciamento con le ragioni del contraddittorio" (ordinanza n. 60 del 2020). La giurisprudenza sembra dunque consentire un'interpretazione dell'art. 64, c. 3 Cost. che sia compatibile con l'attivazione di forme di attività e di deliberazione parlamentare anche da remoto[32].

Gli ampi margini a disposizione dei regolamenti nell'attuare la prescrizione costituzionale sono utilizzati con il principio di presunzione del numero legale, sancito dall'art. 46, c. 4 r.C.: "la Presidenza non è obbligata a verificare se l'Assemblea o la Commissione sia, oppure no, in numero legale per deliberare, se non quando ciò sia richiesto rispettivamente da venti o quattro deputati e l'Assemblea o la Commissione stia per procedere ad una votazione per alzata di mano". In egual modo, l'art. 107, c. 2 r.S. prevede che "si presume che l'Assemblea sia sempre in numero legale per deliberare; tuttavia se, prima dell'indizione di una votazione per alzata di mano, dodici Senatori presenti in Aula lo richiedano, il Presidente dispone la verificazione del numero legale. […]"[33].

Il principio di presunzione del numero legale potrebbe essere utile ai fini di facilitare le riunioni e le deliberazioni delle aule e delle Commissioni in questa fase di emergenza, a patto che esistano alcune condizioni. La prima è che non debbano

[31] "Ad una visione onnipervasiva del diritto penale si oppone il principio della autonomia delle Camere e la correlativa garanzia della non interferenza della giurisdizione nell'attività delle istituzioni rappresentative. Lo statuto di garanzie delle assemblee parlamentari risulta infatti definito […] da un unitario e sistematico insieme di disposizioni costituzionali, fra le quali campeggiano gli artt. 64 e 72. Essi riservano ai regolamenti parlamentari, votati a maggioranza assoluta di ciascuna Camera, l'organizzazione interna e, rispettivamente, la disciplina del procedimento legislativo per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione". (Punto 5 di diritto della sentenza n. 379 del 1996)

[32] N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari*, *cit.*, p. 2.

[33] Il numero legale per deliberare si presume sempre anche in Commissione (art. 30, c. 2 r.S.).

essere approvati dall'aula provvedimenti che richiedano, per Costituzione, la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. La seconda condizione è che la presunzione del numero legale sia *de facto* permessa dal tipo di votazione che viene effettuato in aula. Si può distinguere, infatti, tra votazioni sommarie (es. alzata di mano)[34] e votazioni qualificate (es. appello nominale mediante procedimento elettronico); per determinare il risultato delle prime basta una valutazione "a occhio" da parte del Presidente, mentre per le seconde vengono analiticamente registrati nome e numero dei votanti, con un'automatica verifica del numero legale. Infine, è indispensabile che vi sia un accordo tra le forze politiche di non fare ricorso a strumenti come la richiesta di verifica del numero legale o il ricorso a votazioni qualificate, strumenti che diventano particolarmente utili ai fini di ostruzionismo.

Una lettura della norma costituzionale congiuntamente ad un'interpretazione estensiva del termine "presenza" non sembrano escludere, quindi, che il termine possa essere inteso in senso ampio, come connessione o addirittura come "presenza digitale"[35]. La questione è stata oggetto di riflessione anche in sede di Giunta per il regolamento alla Camera, quando il Presidente Fico ha sottolineato che "in riferimento alla citata disposizione costituzionale [art. 64, c. 3 Cost.] l'emergenza attuale chiede di interrogarsi sulla possibilità di una sua interpretazione evolutiva, che declina in termini diversi la prescrizione della presenza dei parlamentari ai lavori della Camera"[36].

A supporto di un'interpretazione estensiva della norma costituzionale vi sono le disposizioni regolamentari che considerano "presenti" anche i parlamentari che sono in missione o comunque alcuni di essi non presenti fisicamente in Aula. L'art. 46, c. 2 r.C. stabilisce, ad esempio, che "i deputati che sono impegnati per incarico avuto dalla Camera, fuori dalla sua sede o, se membri del Governo, per ragioni del loro ufficio, sono computati come presenti per fissare il numero legale". Tale regola è stata ritenuta applicabile anche alle deputate in maternità, "nei periodi corrispondenti a quelli per i quali la legislazione vigente prevede l'astensione

[34] Occorre precisare che sebbene il regolamento della Camera stabilisca che la votazione per alzata di mano sia il metodo ordinariamente utilizzato, quest'ultimo è stato di fatto sostituito con il procedimento elettronico senza registrazione di nomi. La riforma del regolamento del Senato del 2017 ha invece codificato questo superamento, e la regola è costituita dal voto elettronico (art. 114, c. 1 r.S.).

[35] S. CECCANTI, *op. cit*. Così anche F. CLEMENTI e S. CURRERI, nonché C. FUSARO facendo riferimento all'esperienza statunitense, poiché la Costituzione americana è sostanzialmente invariata dal 1700 e sopravvive grazie all'interpretazione estensiva dei termini.

[36] Resoconto stenografico, Giunta per il regolamento alla Camera dei deputati, XVIII Legislatura, 31 marzo 2020. P. 6.

obbligatoria per maternità"[37]. In attesa che la Giunta per il regolamento si riunisca anche al Senato (se mai questo avverrà), intanto si rileva che il regolamento di quest'ultimo si esprime con un lessico diverso, il quale sembra dare una maggiore attenzione alla presenza intesa in senso fisico. Infatti, mentre il regolamento della Camera non utilizza il termine "assenti" per riferirsi ai "deputati impegnati", il regolamento del Senato richiama immediatamente il concetto di "assenza" inteso come "il non essere presenti fisicamente in un luogo". L'art. 108, c. 2 r.S. dispone che "i Senatori che sono assenti per incarico avuto dal Senato o in ragione della loro carica di Ministro non sono computati per fissare il numero legale"; né sono presi in considerazione i senatori in congedo ai sensi dell'art. 62 r.S. (art. 108, c. 2 r.S.). Così anche al comma 3 dell'art. 108 r.S., il quale prevede che "i richiedenti la verificazione del numero legale sono computati come presenti ancorché si siano *assentati* dall'Aula o comunque non abbiano fatto constatare la loro presenza".

Questo contrasto ci consente di riflettere sul fatto che quando si pensa al significato di "presenza" si pensa, in primo luogo, ad una presenza fisica, ma questo non significa che quello sia l'unico significato del concetto o che quel significato non possa ampliarsi e differenziarsi[38]. Un soggetto può farsi presente anche mediante qualcosa; ciò che sarà diverso saranno i canali attraverso cui la presenza si manifesterà (e dunque anche il tipo di presenza), ma ciò non implica che sia presente solo chi è fisicamente presente in un certo tempo e luogo. In altre parole, "la presenza è sempre un certo modo di essere presente. Non c'è presenza assoluta, ma sempre solo presenza relativa, anche solo per il fatto che la presenza è [tale sempre rispetto] a qualcosa o a qualcuno, e dunque è relazione, ed è perciò relativa, e se è relativa è plurale: può essere detta e declinata in molti modi"[39]. Ciò sembra suggerire che la questione sia piuttosto come il Presidente di Assemblea (o l'Ufficio e Consiglio di Presidenza) decida di calcolare e valutare quella presenza. Ciò sarebbe permesso non solo dalle funzioni che sono proprie del Presidente di Assemblea, e che includono le funzioni di interprete e giudice delle regole parlamentari (con l'ausilio della Giunta per il regolamento)[40], ma anche da

[37] La decisione è stata assunta dalla Giunta per il regolamento della Camera dei deputati, XVI Legislatura, seduta 04 ottobre 2011. Si veda il Bollettino degli organi collegiali, XVI Legislatura, seduta n. 35, 27 ottobre 2011, p. 8.

[38] M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *Fondazione PER,* <https://perfondazione.eu/voto-a-distanza-e-modalita-di-presenza-una-questione-di-principio/>, 19 marzo 2020.

[39] *Ibidem.*

[40] N. LUPO, *Presidente di Assemblea*, in *Dig. Disc. Pubbl.* (Aggiornamento), 2010, pp. 444-451, p. 453.

disposizioni regolamentari come l'art. 8 r.S. e r.C.[41], e, nel caso della Camera, l'art. 48-*bis*, c. 2 r.C.[42]

In un precedente del 2011, l'Ufficio di Presidenza della Camera aveva deciso di escludere la partecipazione a distanza all'attività parlamentare poiché il riferimento ai "presenti" contenuto nell'art. 64, c. 3 Cost. era da intendersi riferito esclusivamente a quanti fisicamente in Assemblea. Il caso, però, riguardava un singolo deputato che, trovandosi in custodia cautelare in carcere a seguito della concessione dell'autorizzazione della Camera, chiedeva che gli fosse resa possibile la partecipazione a distanza ai lavori parlamentari tramite le risorse tecnologiche disponibili. Situazione ben diversa da quella attuale, dove l'impossibilità di raggiungere le sedi istituzionali non riguarda un solo soggetto, ma potenzialmente più deputati e senatori, con ricadute sul funzionamento del Parlamento in generale. Inoltre, in quella occasione il Presidente Fini non fece alcun riferimento alla interpretazione del termine "presenti" di cui all'art. 64, c. 3 Cost., ritenendo che sarebbe stato necessario realizzare una modifica dell'ordinamento, quanto meno a livello regolamentare se non costituzionale, idonea ad ammettere in via generale la possibilità degli interventi a distanza dei membri delle Camere durante le sedute parlamentari[43].

Sebbene sia sempre auspicabile adottare cambiamenti così strutturali (per quanto limitati nel tempo) mediante modifica regolamentare, è chiaro che quest'ultima sia al momento difficilmente praticabile, in quanto occorrerebbe raggiungere una maggioranza assoluta dei componenti delle camere (*ex* art. 64, c. 1 Cost.); se è faticoso conseguire questo *quorum* in tempi ordinari, lo è ancora di più in una situazione di emergenza sanitaria.[44] L'implementazione del lavoro o del voto a distanza potrebbe essere dunque realizzato sulla base innanzitutto dell'art. 8 r.S. e r.C., che prevede che i Presidenti di Assemblea hanno il compito di rappresentare la camera che presidiano, di garantire l'osservanza del regolamento, e di assicurare il corretto e ordinato svolgimento dei lavori, nonché il loro buon andamento. Questa funzione è stata evidenziata anche dal Presidente Fico in

[41] Art. 8 r.C. prevede che "il Presidente rappresenta la Camera. Assicura il buon andamento dei suoi lavori, facendo osservare il regolamento, e dell'amministrazione interna. […]". In termini simili, l'art. 8 r.S. dispone che "il Presidente rappresenta il Senato e regola l'attività di tutti i suoi organi, facendo osservare il Regolamento. […] Assicura, impartendo le necessarie direttive, il buon andamento dell'Amministrazione del Senato".

[42] La disposizione statuisce che "l'Ufficio di Presidenza determina, con propria deliberazione, le forme e i criteri per la verifica della presenza dei deputati alle sedute dell'Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni".

[43] S. CURRERI, *op. cit*.

[44] La difficoltà di riformare i regolamenti parlamentari è stata esplicitata anche da Ceccanti, il quale ha sottolineato che "occorrerebbero riforme per un sistema in crisi, ma siccome il sistema è in crisi non è in grado di riformarsi" (S. CECCANTI, *op. cit*.)

occasione di una sua recente intervista, nella quale ha ricordato che "da Presidente [è] responsabile del buon andamento dei lavori. [Ha] il dovere di assicurare la continuità delle funzioni legislative, d'indirizzo e di controllo e [ha] la responsabilità di tutelare la salute pubblica"[45]. Poiché una catena di contagio alle Camere deve essere assolutamente evitata, soprattutto perché rischierebbe di tradursi nella paralisi di un intero organo costituzionale, non è escluso che i Presidenti di Assemblea, in qualità di "giudici" del diritto parlamentare e garanti del buon funzionamento dell'istituzione, possano adottare procedure di lavoro e di voto a distanza per la durata dell'emergenza. Tale possibilità è ravvisabile soprattutto alla Camera dei deputati, sulla base dell'art. 48-*bis*, c. 2 r.C., che attribuisce all'Ufficio di Presidenza il compito di "determinare, con propria deliberazione, le forme e i criteri per la verifica della presenza dei deputati alle sedute dell'Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni". In dottrina è stato proposto, in tal senso, di utilizzare questa disposizione per costruire una delibera dell'Ufficio di Presidenza che consideri presenti i parlamentari impediti (per qualsiasi ragione legata all'emergenza), ma collegati con opportuna tecnologia, nell'ottemperanza di quel dovere[46].

Non sembrano dunque esserci motivi di tipo direttamente giuridico per cui non sarebbe possibile attivare forme di lavoro e di deliberazione parlamentare anche "a distanza". La "presenza" richiesta dall'art. 64, c. 3 Cost. potrebbe essere estesa al punto da ricomprendervi anche la presenza da remoto, e non mancano né i precedenti, né le pronunce giurisprudenziali, né le norme regolamentari che potrebbero consentire un'innovazione del genere. Ciononostante, le riflessioni devono muoversi con grande cautela, perché se è vero che nell'esercizio del suo potere di auto-organizzazione ciascuna Camera potrebbe decidere di proseguire i suoi lavori per teleconferenza, è anche vero che tale sviluppo deve comunque basarsi sui requisiti previsti dall'ordinamento costituzionale italiano[47].

4. Quando il voto e il lavoro "a distanza" si scontrano con la natura stessa dell'attività parlamentare. Alcune riflessioni conclusive

I dubbi o le difficoltà sembrano dunque vertere maggiormente sul piano tecnologico e logistico, tuttavia con potenziali effetti indiretti anche sul piano giuridico; ciò è vero in particolar modo riguardo alle deliberazioni. Andrebbero,

[45] Intervista di Annalisa Cuzzocrea al Presidente della Camera dei deputati, Roberto Fico, in *la Repubblica*, 18 marzo 2020.

[46] C. FUSARO, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *Fondazione PER,* <https://perfondazione.eu/le-camere-nellemergenza-della-pandemia/>, 18 marzo 2020.

[47] F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*., 6, 2020.

infatti, adottate soluzioni ponderate a sufficienza che garantiscano i principi costituzionali di personalità e di libertà del voto, nonché la contestualità che caratterizza il voto parlamentare e il principio di divieto di accesso alle aule da parte di estranei. Ciò sarebbe necessario in misura maggiore nei casi del voto segreto, dove andrebbe assicurata anche la sicurezza dei dati da remoto.

Esistono le tecnologie per venire incontro a queste esigenze; basti pensare alla *blockchain* o alle piattaforme crittografate, ma i procedimenti previsti dai regolamenti dovrebbero essere riadattati alle nuove modalità di lavoro. Ad esempio, i regolamenti parlamentari prevedono in determinati casi il voto nominale, che è un voto palese, non simultaneo e che può avere luogo per appello nominale ovvero mediante il procedimento elettronico con registrazione di nomi (art. 54 r.C. e artt. 115 e 116 r.S.). Posto che vi siano gli strumenti tecnologici che permettano la registrazione automatica delle votazioni svolte anche da remoto, sembra complessa la via del voto nominale svolto per appello, previsto ad esempio dai regolamenti per il voto di fiducia e sfiducia sul Governo (art. 54, c. 2 r.C. e art. 116 r.S.). In tal caso si dovrebbe immaginare una situazione per cui, rispondendo all'appello nominale, il parlamentare dovrebbe esprimere il proprio voto a voce sulla piattaforma telematica. Questa ed altre situazioni (come gli interventi in aula e le fasi di discussione), oltre all'impiego di piattaforme tecnologiche sicure, avrebbero bisogno anche di adeguate infrastrutture che garantiscano una connessione stabile per tutti i parlamentari per la durata della seduta. Infine, emergerebbe il problema più generale di come il Presidente di Assemblea potrebbe assicurare il regolare svolgimento dei lavori e delle deliberazioni, in conformità con quanto richiesto dai regolamenti parlamentari. La riflessione è volta a evidenziare che la questione non è meramente limitata all'individuazione delle tecnologie in grado di presidiare alcuni principi basilari, come quelli della personalità e libertà del voto, ma si estende alla necessità di comprendere se queste tecnologie assicurino anche lo svolgimento delle sedute e delle votazioni secondo le procedure previste dai regolamenti parlamentari, o se invece queste ultime hanno bisogno di una riorganizzazione in chiave tecnologica per permettere lo svolgimento dei lavori a distanza.

Una questione fondamentale che dovrebbe invitarci a riflettere molto seriamente sulla possibilità di adottare modalità di lavoro e di deliberazione a distanza è il rischio che il Parlamento venga snaturato nel suo stesso ruolo. In questo momento di emergenza molti Parlamenti sentono la pressione di dover elaborare nuove modalità di lavoro, anche da remoto, che riescano a garantire la propria funzione, l'assetto democratico del paese e la forma di governo. La pressione diventa ancora maggiore se si considera che vicende tragiche come quella attuale potranno ripetersi nel futuro. L'avanzamento tecnologico potrebbe essere in grado di offrire soluzioni agevoli, ma come molte cure, anche il lavoro e il voto a distanza possono essere ad un tempo sia antidoto che veleno. A qualcosa servono,

ma altro andrà sicuramente perso e molto andrà fatto diversamente[48]. Infatti, l'uso delle tecnologie che oggi renderebbero possibili forme di partecipazione "a distanza" ai lavori parlamentari "va al cuore del significato stesso dei Parlamenti e lancia un'ulteriore sfida esistenziale alla democrazia rappresentativa. Tutti elementi che consigliano grande prudenza e attenzione nel procedere in questa (pur obbligata) direzione"[49].

Il Parlamento è un organo che per sua natura è complesso e plurale, caratterizzato da un forte elemento di compresenza e che riunisce nello stesso luogo rappresentanti eletti in diverse parti del paese e con idee e sensibilità diverse. Quando il Parlamento è in seduta, sono i rappresentanti della Nazione che sono riuniti nell'emiciclo, ed è dal confronto e dalla negoziazione continua, nonché da una loro reciproca fiducia, che deriva un valore aggiunto sia in termini di capacità decisionale che in termini di legittimazione della decisione così assunta[50]. Sono, infatti, le interazioni che evocano qualcosa in più rispetto al mero e più sterile scambio virtuale di documenti, informazioni e opinioni. In tale prospettiva, non si può negare che la presenza fisica procuri una certa enfasi, motivo per cui tra gli ambienti più significativi non ci sono solo l'aula e le Commissioni, ma anche i locali antistanti, nei quali si svolge la parte più informale, ma assolutamente indispensabile dell'attività parlamentare[51]. Le modalità a distanza rischierebbero di privare l'attività parlamentare di un suo carattere fondamentale, e cioè la consultazione reciproca, tra parlamentari, con il proprio capogruppo, con il Presidente di Commissione, con i funzionari, e così via.

Motivo per cui in dottrina si è esplorata l'opportunità di istituire una Commissione speciale *ex* art. 22, c. 2 r.C. e art. 24 r.S., rispettando il criterio della proporzionalità dei gruppi imposto dalle stesse disposizioni[52]. Nella pratica la

[48] M, ADINOLFI, *op. cit.*

[49] N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari*, *cit*. p 8. Il Presidente Fico sembra aver sposato questo orientamento, invitando la Giunta per il Regolamento ad affrontare "con responsabilità e con la dovuta ponderazione e approfondimento, dunque senza fretta e senza fughe in avanti" la riflessione sulle regole da applicare nelle fasi di emergenza, al fine di poter disporre degli strumenti necessari per affrontare eventuali future situazioni, "che non si esauriscono certo nella sola questione della partecipazione a distanza ai lavori parlamentari". (Resoconto stenografico, Giunta per il regolamento alla Camera dei deputati, XVIII Legislatura, 07 maggio 2020, p. 13).

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.;* Si veda in tal senso G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 257 ss.

[52] A tal proposito si menziona anche che il 30 marzo 2020 è stata depositata la proposta di legge costituzionale n. 2452, che intende inserire in Costituzione la possibilità di istituire una Commissione parlamentare speciale nei casi in cui venga deliberato lo stato di emergenza per far fronte a eventi di eccezionale gravità che minaccino in maniera

formazione di queste Commissioni avviene raramente, solitamente a inizio legislatura quando si tratta, ad esempio, di esaminare la conversione di decreti-legge pendenti o di schemi di decreti legislativi, ovvero nel caso di disegni di legge di grande importanza che investono la competenza di più Commissioni[53]. Tra le premesse più importanti da fare vi è certamente il fatto che il mandato di queste Commissioni viene definito dall'atto istitutivo e può essere limitato non solo a livello temporale ma anche a livello di funzione, competenza o materia (ad esempio, può essere circoscritto all'esame di determinati provvedimenti o disegni di legge, nonché alle altre funzioni proprie delle Commissioni)[54]. Poiché tali Commissioni speciali possono riunirsi anche in sede redigente o legislativa/deliberante (artt. 35 e 36 r.S. e artt. 92 e 96 r.C.), parte della dottrina ha ipotizzato che a queste Commissioni potrebbe essere assegnato in sede redigente l'esame dei decreti-legge, lasciando alle due Assemblee il solo voto finale[55]. Ciò implicherebbe una deroga alle sole disposizioni regolamentari, poiché la Costituzione non menziona i disegni di legge di conversione tra gli atti che obbligatoriamente devono seguire l'*iter* ordinario di formazione della legge (art. 72, c. 4 Cost.). L'art. 96-*bis*, c. 1 r.C. prevede, infatti, che il Presidente della Camera assegni i disegni di legge di conversione dei decreti-legge alle Commissioni competenti *in sede referente*. Per quanto riguarda la disciplina al Senato, la lettura congiunta degli artt. 35 e 36 r.S. fa intendere che i disegni di legge di conversione non possano essere assegnati in sede redigente. Nonostante vi siano tali disposizioni, non si può non considerare che nel diritto parlamentare valga la consuetudine del *nemine contradicente*, lasciando dunque margini di spazio per la percorribilità di queste vie a patto che vi sia l'unanime consenso di tutte le forze politiche.

immediata il regolare funzionamento del Parlamento. Secondo il testo della proposta di legge, si tratterebbe di una Commissione bicamerale che rispecchi la proporzione dei gruppi parlamentari e che assuma le funzioni delle Camere, autodisciplinando i propri lavori. La proposta prevede, tra le altre cose, la possibilità per la Commissione di svolgere le sue riunioni e votazioni anche a distanza. (Proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri (n. 2452): "Introduzione degli articoli 55-*bis* e 55-*ter* della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere").

[53] Questo fu il caso nella II Legislatura per il disegno di legge che autorizzava la ratifica del trattato istitutivo del Mercato comune europeo. Per motivi più politici, nella XI Legislatura fu istituita una Commissione speciale per esaminare la riforma delle immunità parlamentari, nella XII Legislatura per la disciplina del sistema radiotelevisivo, e nella XIII Legislatura per la normativa anticorruzione.

[54] L. GIANNITI E N. LUPO, *Corso di Diritto Parlamentare*, III ed., Bologna: Il Mulino 2018, p. 155.

[55] F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, *cit*.

L'assegnazione in sede redigente non impedirebbe alle Commissioni filtro di rendere pareri obbligatori, né, alla Camera, verrebbe impedita l'assegnazione del disegno di legge di conversione al Comitato per la legislazione (obbligo imposto dall'art. 96-*bis*, c. 1 r.C.). Senza svuotare la funzione di istruttoria delle Commissioni, questa opzione permetterebbe all'Aula di riunirsi con minor frequenza, lasciando la possibilità a gruppi di lavoro più ristretti di riunirsi in locali più spaziosi, come del resto già avviene alla Camera[56]. In seguito alla decisione della Giunta per il regolamento del 31 marzo 2020, non si esclude poi che un organo come il Comitato per la legislazione si possa riunire in videoconferenza[57].

Sulla base di un ragionamento analogo, le Commissioni permanenti già esistenti potrebbero utilizzare il procedimento decentrato, senza quindi ricorrere all'istituzione di una nuova Commissione speciale. Sia per l'una che per l'altra opzione (Commissioni speciali ovvero Commissioni permanenti in sede redigente o deliberante/legislativa), però, il problema sembra essere soprattutto di natura politica. Ad esempio, alla Camera dei deputati il Presidente Fico ha proposto l'istituzione di una Commissione speciale da riunirsi in sede referente, a cui affidare, assorbendovi anche le funzioni consultive di altri organi, lo svolgimento delle attività conoscitive sulle tematiche connesse all'emergenza Coronavirus. A tale iniziativa, la Conferenza dei Capigruppo ha risposto negativamente, preferendo di mantenere tali competenze in capo alle Commissioni permanenti. Se tale proposta ha ricevuto un rifiuto, è difficile prospettare che al momento sia possibile percorrere addirittura la via della Commissione in sede redigente.

In ausilio della tesi per cui andrebbero adottate modalità di lavoro "a distanza", in dottrina è stata avanzata l'idea che senza pragmatismo si potrebbe creare il rischio di "un'eterogenesi dei fini": irrigidendoci sugli strumenti per difendere i principi si potrebbe negare forza a questi stessi principi[58]. Per quanto tale posizione sia pienamente condivisibile, è anche vero, però, che il rischio è quello di adottare soluzioni che sono troppo premature per la struttura esistente o comunque non ponderate a sufficienza. Pericoli del genere vanno evitati soprattutto nei momenti di grave emergenza, dove spesso è la paura e l'urgenza a

[56] Le Commissioni, nonché altri organi parlamentari, si riuniscono in Aule o sale di maggiori dimensioni, come la Sala del Mappamondo, la Nuova Aula dei Gruppi e la Sala della Regina. Non è poi esclusa la possibilità di riunirsi addirittura nella stessa Aula della Camera. Anche le Commissioni e gli altri organi del Senato potrebbero usare poi i locali sia di Castel Madama sia, per ragioni di spazio, di Montecitorio.

[57] Il Presidente Fico, su approvazione della Giunta, ha comunicato che le attività delle Commissioni svolte in sede informale (e cioè attività che non sono soggette a resocontazione e senza deliberazioni) possono aver luogo, "in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale", tramite sistemi di videoconferenza.

[58] S. CECCANTI, *op. cit*.

guidare le nostre decisioni. L'ordinamento giuridico italiano non sembra escludere la possibilità di adottare forme di partecipazione a distanza; come si è avuto modo di vedere, la Costituzione lascia all'autonomia regolamentare di ciascuna camera il potere di auto-organizzarsi. Non è escluso, quindi, che la presenza (termine molto elastico e relativo) possa essere intesa sia in senso fisico che, in circostanze eccezionali, in senso virtuale. Del resto, cosa sono la presenza e lo spazio nell'era digitale?

Le obiezioni sul lavoro a distanza sono piuttosto e *in primis* di natura pratica, mosse dal dubbio che gli strumenti telematici non riescano a garantire fino a fondo il confronto e la dialettica che sono alla base dell'attività parlamentare e della rappresentanza politica. Inevitabilmente, le ripercussioni si esplicano anche sul piano giuridico, specie per le deliberazioni, in quanto i principi costituzionali e del diritto parlamentare richiedono il rispetto di determinate garanzie. Il punto cruciale è dunque trovare soluzioni tecnologiche a problemi giuridici. Ma la Costituzione, in virtù del principio di continuità, non tollera interruzioni o pause; motivo per cui è apprezzabile lo spirito di adattamento graduale che oggi stanno dimostrando le due Camere. In attesa di una riflessione più approfondita sulle forme di partecipazione a distanza, la soluzione più ragionevole potrebbe essere quella di utilizzare i procedimenti decentrati previsti in Costituzione, derogando, *nemine contradicente*, ai regolamenti parlamentari. Si garantirebbe così, nell'immediato, che il Parlamento continui ad operare anche in questo periodo di emergenza pandemica; sempre che vi sia la volontà politica di farlo. Perché la flessibilità e al contempo il limite del diritto parlamentare sta nella sua coesistenza e compenetrazione con la vita politica, e le soluzioni proponibili per affrontare l'emergenza scontano tutte un accordo tra le forze politiche. Accordo che, al momento, non sembra ancora essersi trovato.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Quando il legislatore costituzionale "dà i numeri" è meglio non fidarsi. Brevi osservazioni critiche sulla riduzione dei parlamentari

GIOVANNI GUERRA*

Abstract (IT): Con il presente articolo ci si propone di analizzare gli effetti negativi potenzialmente derivanti dalla drastica riduzione del numero dei deputati e dei senatori sulla rappresentatività, sull'organizzazione e sul funzionamento del Parlamento, oltre che sul futuro della democrazia rappresentativa nel nostro Paese.
Abstract (EN): *This article aims to analyze the negative effects potentially stemming from the constitutional reform bill that drastically reduces the number of deputies and senators on the representativeness, on the organization and on the functioning of Parliament as well as on the future of representative democracy in our country.*
Parole chiave: Parlamento; revisione costituzionale; rappresentanza e rappresentatività; discussione e mediazione; regolamenti parlamentari.

Sommario

1. Introduzione – 2. I nuovi e bassi numeri del Parlamento italiano: ridurre significa depotenziare… la lezione di Terracini. – 3. Contrazione degli spazi di rappresentanza, diminuzione della rappresentatività del Parlamento, neutralizzazione del conflitto sociale e maggiore verticalità del sistema politico-partitico. – 4. Un Parlamento snello, agile, in grado di decidere velocemente… sui rischi della degradazione della discussione e della mediazione. – 5. Le incognite sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere: a proposito dei necessari interventi sui regolamenti parlamentari. – 6. Conclusioni. Quale futuro per il Parlamento e la nostra democrazia rappresentativa?

Data della pubblicazione sul sito: 30 maggio 2020

Suggerimento di citazione
G. GUERRA, *Quando il legislatore costituzionale "dà i numeri" è meglio non fidarsi. Brevi osservazioni critiche sulla riduzione dei parlamentari*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore in Giurisprudenza nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: giovanniguerra105@gmail.com.

1. Introduzione

Com'è noto, l'8 ottobre del 2019 il disegno di legge di revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari ha concluso positivamente il proprio *iter* presso le Camere.

Benché costituisca un esempio di revisione costituzionale di carattere "puntuale" e non una grande riforma "organica", come ad esempio quelle coinvolgenti più Titoli della Costituzione che sono state rigettate dal corpo elettorale in sede di *referendum ex* art. 138 Cost. nel 2006 e nel 2016, si ritiene che la modificazione degli art. 56 e 57 Cost. costituisca una novella suscettibile di produrre numerose e non trascurabili ricadute – si teme in senso peggiorativo – sulla democraticità del nostro ordinamento costituzionale, nella consapevolezza che per quanto circoscritto possa essere l'oggetto di una modifica della Costituzione questa «si riverbera fatalmente sulla sua intera architettura»[1]. D'altronde, lungi dal consistere «in una serie di articoli più o meno ben allineati», oppure in un mero «complesso di uffici e di istituti giuridici», la Costituzione è «una totalità di vita associata, un organismo vivente»[2], sicché ogni qual volta si decide di apportarvi dei cambiamenti tale operazione andrebbe valutata con attenzione e realizzata con estrema cura.

Se questo discorso vale per la *Lex legum*, vale tanto di più per il Parlamento, l'organo su cui questa riforma va ad incidere. Non solo perché, volendo tracciare un parallelismo, anch'esso costituisce un vero e proprio «corpo vivente»[3], i cui delicati equilibri vanno preservati e non sconvolti se si desidera essere certi di non causarne la sclerotizzazione, ma anche in ragione della «centralità»[4] rivestita dal Parlamento all'interno del nostro assetto costituzionale dei poteri, che impone di assumere molte cautele allorquando si decide di riformarlo, quand'anche si trattasse di farlo andando ad incidere su di un singolo aspetto, come, nel caso di specie, il numero dei suoi membri. Infatti, il Parlamento costituisce l'istituzione

[1] M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa, Pisa University Press, 2020, p. 245.

[2] Così si espresse C. MORTATI, *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, p. VI, citato in G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2016, p. 1.

[3] La metafora è presente, tra gli altri, in J. LOCKE, *Due trattati sul governo* (1690), trad. it., Torino, Utet, 1968, p. 212, e in H. LEFEBVRE, *Lo Stato. Parte prima, Lo stato nel mondo moderno* (1976), trad. it., Bari, Dedalo, 1976, p. 312.

[4] Sulle molteplici accezioni di questo concetto nell'ambito della nostra forma di governo e del nostro assetto dei poteri si rinvia alle riflessioni sviluppate da G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni: Parlamento – Presidente della Repubblica – Corte costituzionale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 12 s.

rappresentativa per eccellenza, il luogo deputato a realizzare la mediazione degli interessi contrapposti che attraversano la società e al cui interno si compie l'integrazione di ciascuna delle sue componenti. È l'Assise legislativa, il fondamentale centro di delineazione degli indirizzi della politica del Paese, oltre che l'organo a cui spetta l'assolvimento delle fondamentali funzioni di direzione e controllo del Governo. In sostanza, è l'«istituzione-porticato», come ha scritto con straordinaria efficacia espressiva Manzella riprendendo una nota suggestione di Hegel, sulla quale si regge l'intero sistema costituzionale, che «congiunge» il «popolo» e la «società» allo «Stato», e che per questo si ritrova collocata nel mezzo della «struttura» e dei «procedimenti dell'ordinamento»[5].

Stando così le cose, è indubbio che se si va ad intaccare la colonna portante del sistema, riducendone in maniera considerevole le dimensioni, ben potrebbe vacillare la "struttura" rappresentativa e democratica dell'impalcatura costituzionale che su questo pilastro poggia. Vediamo come e perché.

2. I nuovi e bassi numeri del Parlamento italiano: ridurre significa depotenziare… la lezione di Terracini

Nonostante qualche raro tentativo, si pensi alla "legge della radice cubica"[6], la relazione tra le dimensioni delle assemblee rappresentative e il numero degli abitanti non pare essere stata indagata così a fondo. Probabilmente perché, in fin dei conti, «non esiste una proporzione aurea»[7], il che sta a sua volta alla base del fatto per cui tra gli studiosi che si sono accostati al tema «non si è coagulata nemmeno una certezza, condivisa ed oggettivamente fondata»[8] su quale sia la mole più appropriata dei Parlamenti. L'assenza di una dimensione "ideale" sui cui calibrare il numero dei componenti dell'istituzione parlamentare non rende però vano il tentativo di fornire una valutazione sui "nuovi" numeri del nostro Parlamento.

Con il "taglio" dei parlamentari i deputati scenderebbero da 630 a 400 e i senatori passerebbero da 315 a 200. Gli attuali numeri, com'è risaputo, non sono quelli originariamente stabiliti dal Costituente, ma sono il frutto della revisione costituzionale operata nel 1963. Fino a quel momento in Costituzione non era previsto un numero fisso di parlamentari, bensì variabile, definito in rapporto alla popolazione: un deputato per ogni 80. 000 abitanti o frazione superiore a 40.000 e

[5] A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, III ed., 2003, pp. 29 s.

[6] Si veda R. TAAGEPERA, *Seats and Votes: A Generalization of the Cube Law of Elections*, in *Social Science Research*, Vol. 2, Issue 3, 1973, pp. 257 ss.

[7] P. ADDIS, *Come funziona all'estero?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 69.

[8] G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il taglio del numero dei parlamentari in dieci mosse*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019, p. 2.

un senatore per ogni 200.000 abitanti o frazione superiore a 100.000. Il motivo sottostante all'approvazione della l. cost. n. 2/1963 è presto detto. Occorreva operare una cristallizzazione delle dimensioni delle Camere per far fronte al rischio di un'«ipertrofia delle assemblee»[9], che si sarebbe inevitabilmente verificata in ragione del continuo aumento demografico che andava registrandosi nel nostro Paese a partire dalla ricostruzione post-bellica e, soprattutto, durante il *boom* economico. Da allora, a causa del fallimento di tutti i tentativi di riforma che pure ci sono stati[10], il numero dei parlamentari è rimasto quello che oggi conosciamo.

Tra le ragioni addotte a sostegno della riduzione dei parlamentari spicca quella di porre rimedio a quella presunta anomalia italiana costituita dalle pletoriche dimensioni delle nostre Camere, in modo da allineare il numero dei componenti del nostro Parlamento a quelli delle assemblee rappresentative degli altri Stati europei.

Innanzitutto, per accostarsi al dato comparatistico e leggerlo senza cadere in fraintendimenti pare opportuno segnalare che il mantenimento in vita del bicameralismo paritario e dell'elezione diretta dei senatori non giustifica analisi che computino assieme il numero dei membri di Camera e Senato[11]. È vero che il nostro Parlamento è un organo bicamerale, che in determinate circostanze, si pensi all'elezione del PdR da tenersi in seduta comune, deve essere considerato unitariamente, nella sua interezza. Tuttavia, in questo caso si ritiene più appropriato valutare separatamente i rami di cui il nostro Parlamento si compone, in quanto ciascuna Camera è dotata di struttura, fisionomia e tradizioni peculiari, che contribuiscono a connotarle, identificandole, tra le quali va annoverato ovviamente anche il numero dei loro membri[12].

È poi bene precisare che sembra preferibile escludere dal confronto le seconde Camere, visto che ci si trova di fronte ad un panorama eterogeneo quanto a natura

[9] Così G. FERRARA, *Art. 55*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (art. 55-63), Bologna - Roma, Zanichelli - Foro italiano, 1984, p. 103, citato in A. DE CRESCENZO, *Verso il referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari. Quando il fine (non sempre) giustifica i mezzi*, in *Dir. pubbl. eur – Rass. online*, n. 1/2020, p. 2.

[10] Per una rassegna dei quali si rinvia alla dettagliata ricostruzione di F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2019, pp. 8 ss.

[11] Come fatto, ad esempio, da G. CERRINA FERONI, *La riduzione del numero dei parlamentari: molto rumore per nulla?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 232, e da G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il taglio del numero dei parlamentari in dieci mosse*, cit., pp. 9 s.

[12] Cfr., in questo senso, A. PALANZA, *Perché sarebbe meglio votare "no" al referendum ricominciando da capo da una proposta di iniziativa popolare*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 251.

e composizione delle stesse, oltre che sotto il profilo delle funzioni a queste attribuite, tutti elementi che variano anche a seconda della forma di Stato e di governo nelle quali sono calate.

Inoltre, si pensa che sia più corretto operare una comparazione assumendo come termini di paragone le "maggiori" democrazie europee[13], quali Germania, Francia, Regno Unito e Spagna, che per storia, estensione territoriale e consistenza demografica appaiono nel complesso più simili alla nostra, tralasciando dunque di misurarsi con le esperienze di altri continenti oppure con quei Paesi europei che presentano una popolazione bassa o media.

Fatta questa premessa metodologica, passiamo a vedere i numeri in concreto[14]. L'attuale rapporto tra numero di deputati ed abitanti in Italia (1 ogni 96.006) colloca il nostro Parlamento al primo posto per popolosità nella classifica comprendente gli Stati *de quibus*. Tuttavia, il rapporto che scaturirebbe dalla riforma (1 ogni 151.210) porterebbe il nostro Paese a classificarsi ultimo, dietro il Regno Unito (1 ogni 101.905), la Francia (1 ogni 116.503), la Germania (1 ogni 116. 855, considerando il numero complessivo degli eletti nel 2017, frutto della somma dei seggi fissi con quelli "soprannumerari" e quelli "compensativi") e la Spagna (1 ogni 133.312).

Orbene, cosa ci dicono questi numeri? Mostrano chiaramente come l'odierno rapporto deputati/popolazione non si discosti in realtà di molto da quello che presentano gli altri Stati presi in esame. Al contempo, dimostrano che in conseguenza del "taglio" tale rapporto finirebbe per distanziarsi in misura considerevole da quelli caratterizzanti le Camere basse delle esperienze considerate. Ora sì che potremmo davvero affermare che il nostro Paese rappresenterà un'anomalia nel panorama dei "grandi" Stati europei. Per evitare un simile esito, se proprio si riteneva necessario intervenire sulla consistenza numerica del nostro Parlamento in maniera tale da adeguarla agli *standard* sopracitati, si concorda con chi ha sostenuto che «una riduzione assai più contenuta» si sarebbe rivelata «pienamente sufficiente»[15].

Ad avvalorare la necessità di ridimensionare il nostro Parlamento si ritiene che nulla valga la considerazione secondo cui questa riforma si inserirebbe in un *trend* che vede coinvolti numerosi Paesi, in Europa così come nel resto del mondo, sebbene questo sia un dato che non deve essere sottaciuto. Si prenda il caso del Regno Unito, ove con il *Parliamentary Votying System and Constituencies Act* si è

[13] Come ha proposto M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 259.

[14] I numeri a cui si farà riferimento sono tratti dall'accurato Dossier datato 25 giugno 2019 redatto dal Servizio Studi del Senato della Repubblica, reperibile al seguente indirizzo: http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01114482.pdf.

[15] M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, cit., p. 246.

provveduto a fissare per la *House of Commons* un limite massimo di 600 membri[16], anche se ad oggi questa riforma non è stata ancora implementata, sicché i deputati sono ancora 650. Si pensi pure alla Francia. Qui una svolta decisiva in direzione dell'abbassamento dei membri del Parlamento è stata impressa dal Presidente Macron. Questi, una volta eletto, ha proposto un articolato pacchetto di riforme, tra le quali era ricompresa la riduzione di un terzo dei deputati (da 577 a 385), oltre che dei senatori nella stessa proporzione[17], al cui fallimento ha fatto seguito la presentazione nell'agosto del 2019 da parte del Primo Ministro Philippe del "*projet de loi organique pour le renoveau de la vie démocratique*", che nel caso in cui venisse approvato comporterebbe la diminuzione di un quarto dei componenti della *Assemblée nationale* e del *Sénat*[18]. Volgendo lo sguardo al di là dei confini del nostro continente, anche in Nuova Zelanda si è registrato un simile orientamento, in occasione dello svolgimento dal *referendum* di iniziativa popolare non vincolante con il quale nel 1999 la stragrande maggioranza dei cittadini si è espressa a favore della diminuzione dei membri della *House of Representatives* (da 122 a 99)[19].

Eppure, sarebbe errato pensare che ci si trovi dinanzi ad una tendenza univoca e i casi di Paesi che pensano di muoversi nella direzione opposta non mancano. Un preclaro esempio è costituito dalla Spagna, dove parte sia del mondo politico che della dottrina da diversi anni discute circa la necessità di aumentare il numero dei deputati del *Congreso* da 350 a 400[20], il massimo consentito dalla Costituzione. Questo al fine di ovviare agli effetti "paramaggioritari"[21] prodotti dal sistema elettorale. Infatti, benché proporzionale da un punto di vista formale (art. 68, c. 3, Cost. Es.)[22], a causa dello scarso numero di rappresentanti presso il *Congreso*, del

[16] Cfr. M. ELLIOTT – R. THOMAS, *Public Law*, III ed., 2017, p. 177.

[17] Cfr. T. EHRHARD – O. ROZENBERG, *La reduction du nombre de parlementaires est-elle justifiée? Une évaluation ex-ante*, Sciences Po LIEPP Working Paper n°75, 2018-02-06, pp. 3 ss., https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02186814/document.

[18] Cfr. G. DELLEDONNE, *Un'anomalia italiana? Una riflessione comparatistica sul numero dei parlamentari negli altri ordinamenti*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 64.

[19] Cfr. M. CHEN, *The Advantages and Disadvantages of a Supreme Constitution for New Zealand: The Problem with Pragmatic Constitutional Evolution*, in C. MORRIS – J. BOSTON – P. BUTLER (eds.), *Reconstituting the Constitution*, Berlin, Springer, 2011, p. 143.

[20] Si vedano, *ex pluribus*, A. TORRES DEL MORAL, *La reforma del sistema electoral o la cuadratura del círculo*, in *Revista de Derecho Político*, n. 74/2009, p. 91, e V. RAMÍREZ GONZÁLEZ – A. A. MÁRQUEZ GARCÍA, *Un sistema electoral ecuánime para el Congreso de los Diputados*, in *Revista Española de Ciencia Política*, n. 24/2010, p. 143.

[21] Cfr. A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Torino, Ledizioni, 2018, p. 45.

[22] Cfr. M. CACIAGLI, *Spagna: proporzionale con effetti (finora) maggioritari*, in O. MASSARI – G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentare e governare*, Bologna, Il Mulino, 1994,

delineamento di un'elevata quantità di circoscrizioni elettorali dalle dimensioni per lo più ridotte e dell'impiego della formula d'Hondt, il sistema elettorale spagnolo si è rivelato essere affetto in concreto da un notevole *deficit* di proporzionalità[23], finendo per favorire la sovrarappresentazione dei due partiti maggiori – storicamente il PP e PSOE - a detrimento delle formazioni politiche ad impianto nazionale minori[24].

Al di là del confronto con altri ordinamenti, è doveroso osservare che il nuovo numero dei parlamentari per poter essere compreso appieno necessita di essere valutato anche in prospettiva storica. Sarà anche solo una infelice coincidenza, non volendo qui tracciare alcun paragone che vada oltre il dato numerico, ma in Italia si è già avuto in passato una Camera dei deputati composta da 400 membri. Il pensiero corre al periodo fascista, quando con la l. n. 1019 del 17 maggio 1928 si è proceduto a ridurre a 400 i deputati, dopo che il loro numero era stato innalzato nella XXVI legislatura da 508 a 535[25].

Alla luce dell'infausta riproposizione di questa cifra non si può fare a meno di concordare con quanto osservato da Terracini nell'ambito del dibattito svoltosi in seno alla Costituente per contrastare le posizioni di quanti ponevano l'accento sulla necessità di stabilire un numero contenuto di deputati, al di sotto di quello introdotto sotto il regime fascista. Secondo l'insigne esponente comunista, la proposta di diminuire i componenti della Camera nasconde un potente «atteggiamento antidemocratico, visto che, in effetti, quando si vuole diminuire l'importanza di un organo rappresentativo s'incomincia sempre col limitarne il numero dei componenti»[26], e dà sfogo ai peggiori «sentimenti di ostilità» suscitati

p. 135, e C. VIDAL PRADO, *Riformare il sistema elettorale spagnolo?*, in *Rass. parl.*, n. 1/2011, p. 180.

[23] Cfr., in questi termini, M. CACIAGLI, *Il sistema elettorale delle Cortes negli articoli 68 e 69*, in E. GARCIA DE ENTERRIA – A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 509 ss., e L. AGUILAR DE LUQUE, *Forma di governo e sistema elettorale in Spagna*, in M. LUCIANI – M. VOLPI, *Riforme elettorali*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 376.

[24] Cfr. J. R. MONTERO – F. J. LLERA – M. TORCAL, *Sistemas electorales en España: una recapitulación,* in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n. 58/1992, p. 49.

[25] I dati riportati sono tratti da E. ROSSI, *I numeri dei parlamentari in Italia, dallo Statuto Albertino ad oggi*, in ID. (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 18 s.

[26] Atti Ass. Cost., II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 18 settembre 1946, res. som., p. 206, http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione/sed016/sed016nc.pdf.

«fra le masse popolari contro gli organi rappresentativi» al preciso scopo di esautorarli[27].

Non solo, le parole del secondo Presidente della Costituente appaiono di un'attualità sorprendente se si tiene a mente il numero medio di abitanti per ciascun deputato eletto che scaturirebbe dalla conferma in sede referendaria della riduzione dei parlamentari e se si pensa ai presunti benefici sul versante del contenimento dei "costi della politica" che, secondo i sostenitori della riforma, si otterrebbero con il "taglio delle poltrone"[28]. Quanto al primo aspetto, Terracini rilevava che la previsione dell'«elezione di un Deputato per ogni 150 mila abitanti» si presterebbe ad essere interpretata come «una manifestazione di sfiducia nell'ordinamento parlamentare»[29]; con riguardo al tema dei risparmi di spesa, non esitava a bollare come «debole» e «facilone» un simile argomento, soggiungendo causticamente che anche qualora «i rappresentanti nelle varie Camere dovessero costare qualche centinaio di milioni in più, di fronte a un bilancio statale che è di centinaia di miliardi l'inconveniente non sarebbe tale da rinunziare ai vantaggi della rappresentanza»[30].

Trattasi di considerazioni che meritano di essere ricordate quando ci si recherà alle urne, in quanto sono in grado di illuminare di una luce diversa la riforma in questione. Altro che "ridurre" per ridonare "autorevolezza" al Parlamento[31]. Ci troviamo dinanzi ad un intervento animato da un profondo spirito

[27] Atti Ass. Cost., Commissione per la Costituzione – Adunanza plenaria, 27 gennaio 1947, res. som., p. 194, http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Commissione/sed021/sed021nc.pdf.

[28] A dispetto delle cifre sbandierate dall'allora Ministro dello Sviluppo Economico e del Lavoro Di Maio, secondo cui la riduzione del numero dei parlamentari determinerebbe un risparmio di circa 500 milioni di euro a legislatura, in realtà il risparmio netto annuo che si otterrebbe con il "taglio" non supererebbe i 37 milioni per la Camera e 20 milioni per il Senato, cioè 57 milioni ogni anno ovvero 285 milioni per legislatura. Si tratterebbe quindi di un risparmio irrisorio, pari allo 0,007 % della nostra spesa pubblica. I dati in questione sono quelli offerti dall'accurato conteggio operato, sulla base delle analisi condotte dall'Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, da A. MARCHETTI, *Sulla riduzione dei "costi della politica"*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 151.

[29] Atti Ass. Cost., II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 18 settembre 1946, res. som., cit., p. 206.

[30] Atti Ass. Cost., Commissione per la Costituzione – Adunanza plenaria, 27 gennaio 1947, res. som., cit., p. 194.

[31] Come sostenuto, invece, da G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali*, in *Oss. AIC*, n. 3/2019, p. 5, e da G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il taglio del numero dei parlamentari in dieci mosse*, cit., p. 16.

antiparlamentare, dalla natura «punitiva»[32], che per tale ragione si rivela dissonante, se non addirittura in contrasto, con la Costituzione[33].

3. Contrazione degli spazi di rappresentanza, diminuzione della rappresentatività del Parlamento, neutralizzazione del conflitto sociale e maggiore verticalità del sistema politico-partitico

Tra gli effetti più vistosi e immediati della riduzione dei parlamentari risaltano le conseguenze che un numero considerevolmente inferiore di deputati e senatori potrebbe determinare sulla "rappresentanza" in Parlamento, cioè sulla quantità di partiti in grado di accedere alla ripartizione dei seggi e sul numero dei candidati che gli stessi riusciranno di far eleggere, oltre che sulla sua "rappresentatività", ossia sul livello di corrispondenza/identificazione che si potrà avere tra la platea dei rappresentanti e quella dei rappresentati, da cui discende il grado di legittimazione dei partiti che siedono al suo interno e, dunque, dell'intera Istituzione[34].

Sotto il primo profilo, è innegabile che un minor numero di seggi in palio rende il sistema elettorale più selettivo, in quanto determina fatalmente l'aumento della soglia implicita di voti necessaria per poter fare ingresso in Parlamento[35]. A farne le spese sarebbero i partiti minori, i cui "spazi" di rappresentanza potrebbero essere irrimediabilmente compromessi[36]: perché si ritroverebbero con molta probabilità ad essere esclusi dal Parlamento, oppure perché, comunque, verrebbe

[32] P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. spec. 2019, p. 88.

[33] Cfr., in questo senso, P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2020, p. 77.

[34] Questa duplice influenza è stata ben messa in luce da P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, cit., pp. 87 - 89.

[35] Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (Ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, p. 380.

[36] Lo hanno sottolineato D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019, p. 11, e R. CABAZZI, *Populismo e riforme costituzionali: sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 5 marzo 2020, http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/06/populismo-e-riforme-costituzionali-sulla-riduzione-del-numero-dei-parlamentari/.

ad essere assegnato loro un numero oltremodo ridotto di seggi rispetto ai consensi elettorali "realmente" riscossi[37].

Deve segnalarsi poi che in conseguenza dell'aumento del numero medio di abitanti per ciascun parlamentare eletto causato dal "taglio" è certo che «diminuirebbe la capacità dei singoli elettori di influire sull'esito della votazione»[38]. Così come il legame tra eletti ed elettori è destinato inevitabilmente ad allentarsi, al punto tale da dissolversi[39], per effetto dell'ampliamento della distanza che separerà i primi dai secondi, ossia a causa dell'eccessiva dilatazione che si verrà a produrre della "base territoriale" nella quale questi saranno eletti.

A questo proposito, può essere istruttivo recuperare il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente, nel corso del quale il tema di come rendere più stretto e solido il rapporto che deve intercorrere tra rappresentanti e rappresentati è stato analizzato approfonditamente. Ad esempio, si rammenti quanto osservato dall'On. Fuschini, ad opinione del quale nessuna fiducia tra eletto ed elettori potrebbe sorgere nel caso in cui venisse eletto un rappresentante ogni 150. 000 abitanti, poiché detta proporzione vanificherebbe ogni possibilità che il parlamentare riesca ad assolvere il compito, che tradizionalmente si trova a svolgere, di intercettare i bisogni avvertiti e le sollecitazioni provenienti dal suo collegio di riferimento[40]. In questa direzione si è espresso anche l'On. Togliatti, il quale in risposta a chi ventilava l'opportunità di stabilire un numero più ristretto di parlamentari obiettava che una soluzione di questo tipo giungerebbe a distaccare troppo l'eletto dall'elettore, tramutando la figura del primo soltanto in un rappresentante di partito e non di una "massa vivente", che il rappresentante dovrebbe invece conoscere e con la quale dovrebbe intrattenere rapporti diretti[41].

---

[37] Cfr. F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2019, p. 4, e S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali negativi di questa riduzione del numero dei parlamentari*, E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 236.

[38] L. TRUCCO, *Audizione senatoriale in merito al d.d.l n. 881 su "legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendenti dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 Novembre 2018)*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2019, p. 14.

[39] Il rischio che a causa della riduzione dei parlamentari risulti «mortificato il rapporto rappresentativo fra elettori ed eletti» è paventato da P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, cit., p. 77.

[40] Atti Ass. Cost., II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 18 settembre 1946, res. som., cit., pp. 201 s.

[41] Atti. Ass. Cost., Assemblea Costituente - Adunanza plenaria, 23 settembre 1947, res. sten., p. 437, http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed229/sed229nc.pdf.

Deve inoltre rilevarsi che, assieme alla diluzione del legame tra eletti e gli elettori, v'è il pericolo che la riduzione del numero dei parlamentari finisca per dotare indirettamente le *lobbies* e i gruppi privati di interesse economico di un potere di influenza e di "reclutamento" dei candidati ancora più penetrante di quello di cui oggi già godono, dopo che nel 2013 è stato abolito il finanziamento pubblico diretto dei partiti politici[42]. Se si innalza il numero di voti che occorre ai singoli parlamentari per riuscire ad essere eletti aumentano inevitabilmente i costi per la campagna elettorale che i candidati si ritroveranno a sostenere, visto che si dovranno rivolgere ad una più vasta platea di potenziali elettori. Or dunque, chi si attiverà per rifornire i candidati di quel sovrappiù di finanziamento di cui necessiteranno? O, se si preferisce, a chi si rivolgeranno i candidati per procacciarsi le risorse economiche di cui avranno bisogno? La risposta è quasi scontata.

Per quanto concerne il profilo della rappresentatività del Parlamento è difficile non scorgere il *vulnus* che le viene ad essere arrecato. La tendenza ad «espellere le minoranze»[43] che la contrazione del numero dei parlamentari reca inevitabilmente con sé si pone in stridente contrasto con il pluralismo politico-partitico, che è sì un fatto della società, extra-istituzionale, ma pure un principio fondamentale da valorizzare massimamente, designante uno specifico "dover essere", anche e in particolar modo sul piano della rappresentanza parlamentare, non potendosi arrestare di certo innanzi alla soglia delle Camere[44].

Detto altrimenti, all'intenso «pluralismo *prima* del Parlamento» deve necessariamente corrispondere un elevato «pluralismo *in* Parlamento»[45], pena la perdita della rappresentatività di quest'ultimo[46]. Pertanto, se è vero che la varietà delle opinioni è una ricchezza irrinunciabile, è lecito dubitare sulla coerenza

[42] Cfr., in tal senso, D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, cit., p. 8 s.

[43] A. ALGOSTINO, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, in *Quest. giust.*, 10 febbraio 2020, p. 6.

[44] Cfr., in questi termini, L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 24.

[45] Entrambe le espressioni sono tratte da M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, p. 190.

[46] Come scrisse C. ESPOSITO, *I partiti politici nello Stato democratico* (1958), in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1999, p. 203, «rappresentatività del Parlamento […] vi è solo se in esso esistano tanti partiti, tante opinioni organizzate quante ne esistono nel Paese e se le decisioni siano il frutto dello scontro e dell'incontro tra i partiti in Parlamento».

costituzionale di interventi come quello in esame, ché «soffocando le differenze» producono una «eccesiva semplificazione»[47] del quadro partitico.

Parimenti, l'attitudine ad «esclude[re] potenzialmente dalla sfera pubblica voci – facilmente quelle fuori dal coro - di cittadini»[48] che connota il "taglio" dei parlamentari si dimostra incompatibile con l'idea di rappresentanza democratica quale fotografica «rilevazione della società»[49] e proiezione della «conflittualità strutturale»[50] dello «Stato pluriclasse»[51] nei centri di discussione e decisione politica, ossia le Camere, all'interno delle quali spetta poi ai partiti il compito di procedere alla risoluzione dei conflitti che innervano la società e che sono da loro stessi veicolati[52] attraverso un'opera di «sublimazione»[53].

Ebbene, non c'è dubbio che il modello di «democrazia oligarchica»[54] a cui questa riforma risulta ispirata, riducendo la politica ad affare per pochi eletti e mal tollerando il dissenso, rappresenti una retrocessione rispetto alla concezione di «democrazia pluralista e conflittuale»[55] accolta dalla nostra Costituzione e che per tale ragione merita di essere guardata con circospezione e diffidenza. Se si considerano poi le intense divisioni che percorrono il nostro Paese a livello territoriale, sociale ed economico, più che fondata risulta essere la preoccupazione manifestata da quanti ritengono che «la riduzione delle *chances* di adeguata rappresentanza di alcune posizioni politiche» potrebbe dar luogo a «non

[47] L. CARLASSARE, *Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007, p. 2.

[48] A. ALGOSTINO, *In tema di riforme costituzionali. Brevi note sulla proposta di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 7.

[49] G. FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo*, in *Dem. dir.*, 1979, nn. 4-5/1979, p. 545.

[50] Così M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 156, sulla scia di G. FERRARA, *La questione della forma di governo*, in *Quest. giust.*, n. 1/1997, p. 14.

[51] Sul quale, ovviamente, si veda M. S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pp. 389 ss.

[52] Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 41 s.

[53] M. DOGLIANI, *Deve avere la politica democratica una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE – G. GUARINO (a cura di), *Dallo stato monoclasse alla globalizzazione*, Quaderni della Rassegna Parlamentare – ISLE, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 64 s.

[54] A. ALGOSTINO, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, cit., p. 1.

[55] G. AZZARITI, *Dopo il referendum costituzionale: crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, p. 7.

trascurabili conseguenze in termini di consenso e, dunque, di legittimazione delle assemblee rappresentative»[56].

Un ulteriore aspetto che si ritiene doveroso segnalare è quello delle ricadute che potrebbero aversi sull'organizzazione interna dei partiti. La diminuzione dei membri del Parlamento in combinazione con il mantenimento delle liste bloccate determinerà un incremento della verticalità del sistema politico-partitico[57], in quanto verrà ad essere ancor più concentrato nelle mani dei *leader* e delle segreterie il potere di stabilire le candidature[58].

Che poi un minor numero di parlamentari possa condurre ad una selezione di candidati più preparati, e garantire dunque una rappresentanza di qualità, è una *petitio* principii o, comunque, una pia illusione. Invece, è assai più realistico aspettarsi che i *leader* e gli organismi direttivi centrali saranno più propensi a mettere in lista candidati che reputano "fidati", sui quali possono esercitare agevolmente un controllo più stretto, mentre si pensa che saranno proprio i parlamentari più competenti, ma magari meno irreggimentati, a faticare nel ritagliarsi uno spazio[59]. Il mantenimento di una certa dimensione quantitativa del Parlamento serve a scongiurare anche l'affermazione di fenomeni di questo tipo, oltre che a salvaguardare un minimo grado di democrazia interna ai partiti.

4. Un Parlamento snello, agile, in grado di decidere velocemente … sui rischi della degradazione della discussione e della mediazione

Tra gli obiettivi dichiarati dai promotori della revisione del numero dei parlamentari un posto speciale è occupato dalla riduzione delle lungaggini del nostro procedimento legislativo. Meno parlamentari, viene sostenuto,

[56] M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, cit., p. 246.

[57] Di un amento della "verticalizzazione" sul piano politico ed istituzionale discorre D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, cit., p. 10.

[58] Lo hanno denunciato P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, cit., p. 98, e L. TRUCCO, *Audizione senatoriale in merito al d.d.l n. 881 su "legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendenti dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018*, cit., p. 14.

[59] In questo senso, si veda M. PLUTINO, *La (mera) riduzione dei parlamentari: una revisione che allontana il dato costituzionale da decenni di* riflessioni *scientifiche e tentativi riformatori*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online*, n. 1/2020, p. 16., il quale teme che sotto il profilo della selezione delle candidature la riduzione dei parlamentari implicherà la designazione quasi solo di "fedelissimi", con scarso spazio lasciato alla competenza.

garantirebbero un *iter legis* "più agile e spedito". In questo modo, le Camere verrebbero messe nelle condizioni di poter lavorare con "maggiore efficienza"[60].

Tralasciamo pure la circostanza per cui gli autori della riforma hanno mancato di fornire le prove che possano suffragare la tesi secondo cui la riduzione dei membri delle Camere sarebbe in grado di assicurare simili risultati[61], essendosi limitati ad appuntare nei documenti ufficiali di accompagnamento alla proposta di revisione «affermazioni asciutte ed apodittiche»[62] del tenore di quelle succitate. Ed evitiamo pure di lambiccarci il cervello nel tentativo di capire perché alla diminuzione dei parlamentari dovrebbe corrispondere necessariamente una maggiore velocità ed efficienza[63], il che, a ben vedere, costituisce un *non sequitur*, dato che l'inevitabile aumento del carico di lavoro che graverà su ciascun parlamentare per effetto del "taglio" potrebbe dar luogo ad esiti totalmente opposti a quelli auspicati. Concentriamoci invece sulla supposta bontà del fine che si intende perseguire e la filosofia che gli sta dietro, così da poterla demistificare.

Innanzitutto, v'è da chiedersi se davvero sussista in Italia un problema di lentezza della macchina legislativa. I dati forniti dalle ultime ricerche in tema sembrano smentire tutto ciò[64]. Invero, risulta che sono «l'accelerazione e la velocità del procedimento legislativo il [reale] tratto del momento presente»[65]. È lo stesso *iter* temporale di soli sei mesi (sic!) con cui la riduzione del numero dei parlamentari è stata approvata[66] a confermare questa impressione, dimostrando

[60] Così si sono espressi rispettivamente il Sen. Quagliariello (FI-UDC), nell'ambito della relazione illustrativa di uno dei tre disegni di legge costituzionale, poi riuniti, che stanno alla base della riduzione dei parlamentari, e l'allora Ministro dei rapporti con il Parlamento Fraccaro, nel corso dell'audizione svoltasi il 12 luglio 2018 presso le Commissioni riunite (I Camera e I Senato).

[61] Cfr., in questi termini, E. ROSSI, *I numeri dei parlamentari in Italia, dallo Statuto Albertino ad oggi*, cit., p. 31.

[62] C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionali*, in *Oss. AIC*, n. 3/2020, p. 10.

[63] Si vedano i condivisibili dubbi manifestati da M. TRAPANI, *Intervento* nell'ambito del *Forum in tema di riforme costituzionali* in itinere, in *Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, n. 2/2019, p. 284.

[64] Si considerino i risultati a cui sono pervenuti E. LONGO, *La funzione legislativa nella XVI e XVII legislatura. Spunti per una indagine a partire dal Rapporto sulla legislazione 2017-2018*, pp. 13 ss., e F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, pp. 35 ss., entrambi in *Federalismi.it*, n. spec. 3/2019.

[65] E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 278.

[66] Se si tiene conto del tempo intercorso tra la prima approvazione al Senato (7 febbraio 2019) e l'ultima deliberazione alla Camera (8 ottobre 2019). In generale, sull'*iter* seguito dalla riforma in questione si veda la puntuale ricostruzione offerta da F. BIONDI DAL

parimenti che l'attuale numero dei parlamentari «non costituisce affatto un ostacolo alla decisione se vi è una forte volontà politica»[67]. Ne consegue che, oggigiorno, il fine che il legislatore dovrebbe prefissarsi di raggiungere non è tanto quello di rendere più celere il procedimento legislativo, ma semmai il contrario, ossia predisporre adeguati tempi di discussione e confronto, come per altro affermato dalla Corte Costituzionale con l'ord. n. 17/2019, per consentire un esame il più possibile ponderato e partecipato dei progetti di legge.

Il fattore tempo nelle società contemporanee ha assunto un ruolo cruciale e non ha mancato di riverberarsi sul diritto costituzionale[68]. Il tema del governo dei tempi iperaccelerati che scandiscono l'evoluzione tecnologica ed economica della globalizzazione capitalistica si è imposto con tutta la sua forza, tanto che si parla sempre più spesso di "dromocrazia"[69].

È risaputa la critica che alla luce di questi sconvolgimenti ha investito i Parlamenti. Questi costituirebbero «una perdita di tempo, un luogo in cui si perde tempo»[70], specialmente a fronte dell'intensificazione delle richieste avanzate dall'Unione europea e dai mercati, che richiedono risposte immediate. Pertanto, al giorno d'oggi al Parlamento viene chiesto di cambiare il suo modo di operare, di imparare «a lavorare in tempo», il che significa «decidere *just in time* senza inutili discussioni» ed «approvare rapidamente le proposte ad esso sottoposte dal Governo»[71], il quale è tenuto a soddisfare, volente o nolente, le esigenze dei soggetti sopramenzionati.

Che la velocizzazione del procedimento legislativo costituisca una vera ossessione per i nostri riformatori non è però una novità. A partire dagli anni

---

MONTE, *La riduzione del numero dei parlamentari: contenuto, obiettivi e* iter *della riforma*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 37 ss.

[67] A. ALGOSTINO, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, cit., nt. 28. Sul punto, si veda anche M. CALAMO SPECCHIA, *Il taglio dei parlamentari e il fine della "quality over quantity": tanto rumore per nulla?*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online*, n. 1/2020, p. 14, ad opinione della quale l'affermazione secondo cui le odierne dimensioni delle Camere determinerebbero ritardi nell'approvazione delle leggi non avrebbe fondamento, essendo contraddetta dalle stesse tempistiche in base alle quali è stata votata la riforma.

[68] Cfr. L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 241 ss.

[69] Si veda il seminale lavoro di P. VIRILIO, *Velocità e politica: saggio di dromologia*, Milano, Multiphla, 1982.

[70] Così riassume la critica che comunemente viene rivolta ai Parlamenti nell'età contemporanea N. LUPO, *I "tempi" della decisione nel rapporto tra Assemblee elettive ed Esecutivi*, in *Amm. in camm.*, 2010, p. 8.

[71] G. FILIPPETTA, *Il controllo parlamentare e le trasformazioni della rappresentanza politica*, in *Oss. AIC*, n. 2/2014, p. 5.

Ottanta, sull'onda del montare della retorica della governabilità craxiana[72], il Parlamento che con i suoi indispensabili "tempi lunghi" dibatte al fine di mediare i molteplici interessi contrapposti e allo scopo di sintetizzare le diverse domande sociali è divenuto oggetto di demonizzazione, rimanendo «schiacciato sul figurino negativo del consociativismo partitocratico»[73], assieme ai regolamenti parlamentari del 1971. Il problema è che «non si decide abbastanza» e «non si decide in tempo utile»[74] si è incominciato a sostenere con sempre maggior insistenza.

Le modifiche dei regolamenti parlamentari degli anni Ottanta sono state concepite per risolvere tale (presunta) disfunzione: «superare la lentezza» delle procedure regolamentari del 1971 e assicurare la «tempestività della decisione»[75]. Si pensi al restringimento della durata massima dei tempi nelle diverse fasi del procedimento legislativo, alla fissazione di termini alla presentazione degli emendamenti, all'introduzione della tecnica del c.d. "canguro", all'abbandono del criterio dell'unanimità per quanto concerne la programmazione dei lavori, al contingentamento dei tempi sul versante delle decisioni in materia finanziaria (con il varo della "sessione di bilancio") e, infine, alla sua generalizzazione, benché con una distinzione tra la discussione generale e le fasi successive.

Gli interventi «decisionisti»[76] del decennio a cui si è fatto riferimento sono stati portati a compimento nel corso degli anni Novanta. Il riferimento va ovviamente alle riforme regolamentari del 1997, finalizzate all'instaurazione nel nostro Paese di una «democrazia decidente»[77], con le quali è stata messa a punto, ad esempio, la piena estensione generalizzata del contingentamento dei tempi.

Sebbene non sia più sostenibile che il Governo versi in una posizione di minorità e che la sua azione in Parlamento non goda di tempi certi, visto che gli interventi sopramenzionati lo hanno dotato dei poteri e degli strumenti necessari per «determinare l'agenda dei lavori parlamentari» e per riuscire ad «imporre la

[72] Cfr. S. TRAVERSA, *La "governabilità craxiana": riforma dei regolamenti parlamentari e abolizione del voto segreto*, in *Rass. parl.*, n. 1/2012, pp. 91 ss.

[73] G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti parlamentari tra archivistica, codicistica e ermeneutica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2012, p. 6.

[74] Le frasi riportate sono tratte da un'intervista rilasciata da Craxi a Scalfari nel 1987 ("*Craxi annuncia l'anno della svolta*", in *La Repubblica*, 18 dicembre), riprodotta per larghi tratti in G. ITZCOVICH, *Mitologie della governabilità. Storia e critica di un concetto*, in *Rag. prat.*, n. 1/2016, p. 16.

[75] V. LIPPOLIS, *Le riforme degli anni '80 alla Camera*, in *Giorn. st. cost.*, n. 15/2008, pp. 161, 164.

[76] E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 56.

[77] L. VIOLANTE, *Il futuro dei parlamenti*, in ID. (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 17. Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, pp. XLVI s.

propria volontà»[78], nel corso delle legislature del bipolarismo, così come in quelle più recenti caratterizzate da un assetto tripolare, pare che i nostri riformatori siano rimasti avvinti nella persistenza di una duplice insensata mistica: il «mito della decisione»[79] da assumersi ad ogni costo, «qualunque essa sia»[80], e il «mito della velocità», espressione di «un'ansia da fretta»[81] morbosa che tutti i Governi, di ogni colore politico, hanno vieppiù manifestato. Si prendano in considerazione, tra i tanti esempi, l'abuso della decretazione d'urgenza, l'impiego dello strumento del maxiemendamento in abbinamento con l'apposizione della questione di fiducia, la sperimentazione del c.d. "supercanguro", e, da ultimo, la proposta contenuta nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi" di introdurre il "voto a data certa". Di fronte a questo scenario c'è davvero da essere preoccupati. Difatti, non può essere giudicato sano un sistema nel quale «il Parlamento non discute più, ma decide soltanto»[82] o nel quale si pretende che così lavori.

Il breve *excursus* che abbiamo ripercorso ci consente di mettere a fuoco quale sia il vero obiettivo sotteso a questa smaniosa ricerca di una maggiore rapidità d'azione: ridurre le occasioni di discussione e di dialogo finalizzate all'approntamento di soluzioni condivise, contraendo al contempo gli spazi attraverso cui può prendere corpo una seria attività di mediazione. La diminuzione del numero dei parlamentari si inserisce lungo questo solco. Infatti, si tratta di una proposta coerente con la concezione di democrazia «*immediata e dis-intermediata*»[83] di cui i "populisti" nostrani si sono resi fautori. All'epoca di una politica fatta a colpi di *tweet* e *post* non c'è tempo per un confronto plurale, franco e aperto in Parlamento; anzi, non c'è nemmeno più bisogno che in Aula, così come nelle Commissioni, una qualche forma di mediazione abbia luogo, in quanto è sufficiente che i parlamentari si limitino a ratificare celermente le volontà espresse dai *leader* tramite i *social network*.

---

[78] M. VOLPI, *La natura della forma di governo dopo il 1994*, in *Annuario 2001 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Il Governo*, Atti del XVI Convegno annuale dell'AIC, Padova, Cedam, 2002, p. 159.

[79] G. SILVESTRI, *Weimar cent'anni dopo. Quali insegnamenti per l'oggi?*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2020, p. 2.

[80] N. LUPO, *Il potente strumento del "contingentamento dei tempi" e i suoi effetti sulle dinamiche del Parlamento italiano*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 606.

[81] L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto* double face, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2018, p. 49.

[82] G. AZZARITI, *Mediazione politica e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, p. 4.

[83] A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo e* initiative, in *Federalismi.it*, n. spec. 3/2019, p. 257.

Tutto questo non può che lasciare insoddisfatti, stante l'ineludibile esigenza di ridonare centralità al Parlamento proprio attraverso la riscoperta delle irrinunciabili virtù connesse all'opera di mediazione politica, «vera essenza del "buongoverno" e del governo parlamentare»[84].

5. Le incognite sul funzionamento delle Camere: a proposito dei necessari interventi sui regolamenti parlamentari

Altro *punctum dolens* è la presunta idoneità della riduzione del numero dei parlamentari ad assicurare una maggiore funzionalità ai lavori del Parlamento. *Prima facie* potrebbe sembrare una conclusione ragionevole, sulla scorta dell'adagio "in meno si è, meglio si lavora". Tuttavia, non devono trascurarsi le insidie celantesi dietro un intervento così drastico sulle dimensioni delle Camere. Com'è stato notato, la riduzione dei parlamentari rappresenta un vero e proprio un "azzardo"[85], poiché da questa discendono diversi interrogativi quanto ai tempi e alle modalità attraverso cui il Parlamento potrà trovare al suo interno un nuovo equilibrio ed iniziare ad operare con efficacia.

Il vero *rebus* risiede nel futuro degli attuali regolamenti parlamentari, posto che una revisione degli stessi pare indispensabile. Le incognite a tal riguardo sono molteplici, tanto che in dottrina è stata ventilata l'opportunità di procedere ad una riscrittura complessiva degli stessi[86], senza limitarsi ad una serie di accorgimenti puntuali, in quanto, sulla base di un recente conteggio, le sole disposizioni potenzialmente interessate ad un aggiornamento di tipo numerico sarebbero più di quaranta[87]. L'adozione di un approccio "chirurgico" sarebbe con tutta probabilità foriero di una disapplicazione sistematica dei regolamenti delle Camere

[84] M. DOGLIANI, *Rappresentanza, Governo e mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, p. 30.

[85] Cfr. A. PALANZA, *Perché sarebbe meglio votare "no" al referendum ricominciando da capo da una proposta di iniziativa popolare*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 251.

[86] In favore di questa soluzione si sono pronunciati, *ex multis*, N. LUPO, *Una riforma giusta con la motivazione sbagliata*, in *Il Mulino*, 14 ottobre 2019, https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:4889;, e F. CLEMENTI, *La riduzione del numero dei parlamentari*. De iure condito *o* de iure condendo?, in *Dir. pubbl. eur – Rass. online*, n. 1/2020, p. 6.

[87] Cfr. A. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari,* in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2020, pp. 177.

a livello di prassi[88], che causerebbe un ulteriore degradamento della rilevanza di tali fonti, già oggi largamente eluse.

A dover essere rimeditate sono innanzitutto le previsioni regolamentari concernenti la composizione degli organi collegiali.

Quanto ai gruppi parlamentari, com'è risaputo, ai fini della loro costituzione in via ordinaria è richiesto un numero di 20 componenti alla Camera e di 10 componenti al Senato. Qualora non si provvedesse a ridurre tali soglie e a modificare le legge elettorale vigente, la quantità di deputati e senatori occorrenti per la loro formazione, ad oggi corrispondente al 3, 2 per cento circa dei membri di ciascuna Camera, si innalzerebbe al livello del 5 per cento. Questo darebbe luogo alla paradossale ed assolutamente irragionevole conseguenza per cui la percentuale di deputati e senatori necessaria per dar vita ad un gruppo parlamentare si ritroverebbe ad essere ben maggiore della soglia di sbarramento esplicita stabilita dall'attuale legge elettorale per l'ottenimento di seggi nell'ambito dei collegi plurinominali[89].

Poi, non devono trascurarsi le conseguenze che un Parlamento a ranghi troppo ridotti potrebbe produrre sulla consistenza numerica del Gruppo misto. Le dimensioni di quest'ultimo, com'è noto, nelle ultime legislature si sono fatte vieppiù consistenti, anche a causa dell'accentuazione del fenomeno del transfughismo parlamentare. Ebbene, se come è presumibile le forze politiche minori faranno ingresso in Parlamento con un numero davvero ridotto di rappresentanti, il mantenimento o la fissazione di soglie minime troppo alte per la costituzione di gruppi autonomi sono destinate a causare uno spropositato allargamento del Gruppo misto[90], che all'opposto dovrebbe essere contrastato.

C'è da chiedersi inoltre se e in quale misura dovranno essere ridimensionate le Giunte parlamentari, la cui composizione è determinata in numero fisso dai regolamenti parlamentari. Alla Camera la Giunta per il regolamento consta di 10 membri, mentre la Giunta per le elezioni e la Giunta per le autorizzazioni sono composte rispettivamente da 30 e da 21 membri. Al Senato ancora 10 sono i membri della Giunta per il regolamento, mentre 23 sono quelli della Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari. Diminuendone i componenti, sarà davvero possibile garantire al loro interno la rappresentatività delle forze di minoranza o si

[88] Cfr., in questi termini, G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma parziale (fin troppo)*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 224.

[89] Cfr. S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020, p. p. 15.

[90] *Contra* vedasi G. SANTINI, *Riforma costituzionale e sistema dei partiti. Tra crisi della rappresentanza e opportunità di partecipazione, un'occasione per attuare l'art. 49 Cost.*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 117.

assisterà invece alla loro estromissione?[91] E laddove è specificatamente dettato il criterio della proporzionalità tra i rappresentanti dei gruppi, come previsto con riferimento alla Giunta per il regolamento, si sarà in grado di salvaguardarla?

A differenza di quanto avviene per le Giunte, i regolamenti parlamentari non prestabiliscono l'esatto numero dei membri delle Commissioni permanenti. Per espressa previsione costituzionale – *ex* artt. 72, c. 2, e 82, c. 2, Cost. - la loro composizione deve essere tale "da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari". Attualmente le dimensioni delle Commissioni permanenti si aggirano tra i 42 e i 47 membri alla Camera e tra i 21 e i 26 membri al Senato. Inoltre, occorre ricordare che se alla Camera sussiste il divieto per ciascun parlamentare di partecipare a più Commissioni (art. 19, c. 3, R. C.), al Senato è previsto che i gruppi parlamentari che constano di un numero di membri inferiore a quello delle Commissioni sono autorizzati a designare uno stesso senatore a non più di tre Commissioni (art. 21, c. 2, R. S.).

È chiaro che la prospettiva di Commissioni permanenti dalla composizione ridotta ponga una serie di questioni problematiche, a partire dal fatto che non è per nulla sicuro che riusciranno a sedere al loro interno i rappresentanti di quei gruppi formati da un numero di componenti inferiore a quello delle Commissioni. Com'è stato suggerito in dottrina, per ovviare al problema si potrebbe pensare di eliminare alla Camera la preclusione operante nei confronti dei deputati di far parte di più Commissioni[92]. In più, al Senato si potrebbe ammettere che i gruppi di dimensioni inferiori a quelle delle Commissioni siano autorizzati ad assegnare uno stesso senatore ad un numero maggiore di Commissioni rispetto alle tre attuali[93]. Tuttavia, procedendo lungo le direzioni indicate verrebbe ad essere inficiato il criterio della proporzionalità. In definitiva, in conseguenza del "taglio" ci si troverà di fronte ad una scelta dilemmatica sul come mantenere un ragionevole equilibrio tra proporzionalità e rappresentatività nella composizione delle Commissioni permanenti.

Nell'ambito di questi consessi anche la preservazione del rapporto tra maggioranza-opposizione verrà sottoposta a stress[94], con tutto quel di negativo che ne potrebbe derivare sotto il profilo dell'esercizio delle fondamentali funzioni ispettive e di controllo che il Parlamento è chiamato ad assolvere, il cui

[91] In termini dubitativi si è espresso S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 7.

[92] Cfr. L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 137.

[93] Cfr. S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 9.

[94] Cfr., sul punto, L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 137.

soddisfacente svolgimento è legato al ruolo giocato dalle opposizioni, non solo in Aula, ma, per l'appunto, anche all'interno delle Commissioni.

Di certo sarà necessario rivedere la disposizione regolamentare introdotta nel 2017 al Senato secondo la quale "i disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante" (art. 34, c. 1-*bis*, R. S.). L'eliminazione della preferenza nei confronti della sede deliberante si rende doverosa in ragione dello scenario allarmante che verrebbe a prospettarsi per effetto della riduzione dei parlamentari, ossia una situazione nella quale opererebbe un automatismo per cui basterebbe un numero davvero esiguo di senatori, addirittura 4, per approvare una proposta legislativa[95]. Il fatto che un decimo dei membri dell'Assemblea senatoriale o un quinto dei commissari abbiano la facoltà di rinviare il progetto di legge in Aula non può essere ritenuta una rassicurazione sufficiente, poiché non è affatto scontato che le minoranze contrarie all'approvazione in sede deliberante saranno in grado di far scattare i *quorum* in questione[96].

Anche al fine di porre rimedio alla preoccupante eventualità di cui si è appena dato conto, si potrebbe decidere di procedere ad un accorpamento delle Commissioni permanenti che si occupano di materie affini[97], ci si augura in maniera coordinata tra Camera e Senato. Ad ogni modo, l'intervento in questione si configura come un'operazione assai delicata, da condursi con senno, se si considera l'incremento delle discrasie attualmente sussistenti tra le commissioni permanenti e le "corrispondenti" strutture ministeriali a cui un'iniziativa del genere metterebbe capo[98].

Dovranno inoltre essere ridotti diversi *quorum* previsti dai Regolamenti delle Camere dai quali dipende l'esercizio di alcune importanti prerogative assegnate a

---

[95] Lo hanno sottolineato S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali negativi di questa riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 237, e B. CARAVITA DA TORITTO, *Audizione* nel corso della *Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C.1585 approvata dal Senato, e C. 1172 Cost. D'Uva recanti "modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari" e della proposta di legge C. 1616, approvata dal Senato, recante "disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari,* res. sten., 3 aprile 2019, p. 9, http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/html/01/indag/c01_riduzione/2019/04/03/indice_stenografico.0006.html#stenograficoCommissione.tit00030.int00020.

[96] Cfr. S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 9.

[97] Cfr., in questo senso, M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, cit., p. 263.

[98] Cfr. S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 12.

quote di parlamentari. Tra i tanti, si pensi ai 30 deputati e ai 20 senatori che occorrono per richiedere la votazione a scrutinio segreto. Com'è facile intuire, nel caso in cui soglie come queste non venissero ritoccate verso il basso potrebbero prodursi effetti preclusivi tutt'altro che irrilevanti nei confronti delle formazioni medio-piccole[99].

6. Conclusioni. Quale futuro per il Parlamento e la nostra democrazia rappresentativa?

Alla luce dell'analisi condotta è difficile essere persuasi dall'idea che questa riforma sia realmente capace di rilanciare il Parlamento e di ripristinare quella centralità che la Costituzione gli assegna.

All'opposto si staglia all'orizzonte l'immagine di un Parlamento che così drasticamente ridimensionato nel numero *per ciò stesso* finisce per risultare sfibrato e sbiadito nella varietà della sua composizione, destrutturato nella sua organizzazione, appesantito da una quantità eccessiva di lavoro, limitato nella sua operatività e nella sua funzionalità. Nel complesso, si scorge la figura di un Parlamento depotenziato, destinato ad occupare una posizione sempre più defilata all'interno dell'odierna dinamica politica ed istituzionale, sovrastato com'è da una molteplicità di attori internazionali (le agenzie di *rating* e i mercati finanziari) e sovranazionali (l'Unione europea), statali (il Governo) e locali (le Regioni), che negli anni lo hanno oscurato e gli hanno sottratto quote sempre più rilevanti di potere.

Questo è il triste futuro a cui si autocondanna un Parlamento completamente smarrito, che con una mossa *à la* Barone di Münchhausen tenta di issarsi fuori dalla palude di delegittimazione in cui è finito pensando di «recuperare consenso riducendo il "peso" della democrazia rappresentativa»[100].

Se le parole spese dal Presidente della Camera Fico in occasione del suo discorso di insediamento sembravano preludere ad una rivalutazione del ruolo delle Camere, la XVIII legislatura ci ha fornito al contrario il ritratto di un Parlamento indebolito, che è stato messo «sotto attacco»[101] da più fronti.

Uno di questi è rappresentato dalle iniziative finalizzate all'attivazione del regime di differenziazione regionale assunte durante il Governo Conte I. Tutte prospettavano la sostanziale estromissione del Parlamento dall'*iter legis* di cui all'art. 116, III c., Cost. Si pensi alle proposte che demandavano la definizione dei contenuti delle intese Stato-regioni sulla base delle quali attribuire "ulteriori forme

[99] Così G. MOBILIO, *Intervento* nell'ambito del *Forum in tema di riforme costituzionali* in itinere, in *Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, n. 2/2019, p. 288.

[100] F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, cit., p. 3.

[101] V. LIPPOLIS, *Un Parlamento sotto attacco e in crisi d'identità*, in *Federalismi.it*, n. spec. 3/2019, p. 237.

e condizioni particolari di autonomia" a leggi di delega o a dd.p.c.m. (sic!), da rigettarsi nettamente in quanto inconciliabili con la riserva di legge formale e la riserva di approvazione in assemblea a cui le leggi di differenziazione risultano sottoposte. Oppure si considerino i tentativi di imporre l'inemendabilità dei disegni di legge recanti le intese concordate dal Governo e dagli esecutivi regionali, sostenuti a partire da una quanto mai inappropriata riconduzione della fonte *ex* art. 116, III c., Cost. al novero delle "leggi meramente formali".

Un altro fronte è quello costituito dal progetto di revisione costituzionale dell'art. 71 Cost. concernente l'introduzione dell'iniziativa legislativa c.d. "rafforzata". Nel caso in cui fosse stata approvata, la proposta in questione avrebbe messo a repentaglio l'equilibrio tra la componente rappresentativa e quella plebiscitaria del nostro sistema costituzionale[102], facendo pencolare definitivamente la bilancia dal lato della seconda.

L'ultimo fronte è ravvisabile per l'appunto nel "taglio" dei parlamentari. A questo proposito, rimane da chiedersi come fare ad attutirne il potenziale impatto destabilizzante sulla tenuta della nostra democrazia rappresentativa. Si ritiene che l'unico contrappeso efficace possa essere individuato nel varo di una riforma in senso autenticamente proporzionale del nostro sistema elettorale, essenziale per smorzare gli effetti oltremodo selettivi, per non dire "ipermaggioritari", inevitabilmente connessi ad una diminuzione così consistente del numero dei parlamentari.

Potrebbe essere l'occasione buona per chiudere con la stagione più che ventennale di leggi elettorali "similmaggioritarie" e di «bipolarismo coatto»[103] che abbiamo alle spalle, la quale ha arrecato più danni che altro ai processi politici e alle dinamiche istituzionali di cui si nutre la nostra democrazia parlamentare.

Innanzitutto, è stato acuito il fenomeno della personalizzazione della politica e delle sue forme organizzative[104], puntando sulla trasformazione dei partititi da «forme organizzate stabilmente per la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale» a canali di «reclutamento dei seguaci-dipendenti dei *leaders*»[105]. Al contempo, si è volutamente assimilato il "concorso

[102] Volendo riprendere la nota distinzione elaborata da E. FRÄNKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello stato costituzionale democratico* (1958), trad. it., Torino, Giappichelli, 1994.

[103] Il conio dell'espressione si deve a G. FERRARA, *Il bipolarismo coatto*, in *Il Ponte*, n. 3/2007, pp. 19 ss.

[104] Per tutti, si veda M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

[105] Così esemplarmente G. FERRARA, *La posizione attuale del Governo nell'ordinamento costituzionale e nelle proposte di riforma: riflessioni sul decennio 1993-2003 della storia costituzionale italiana*, in AA. VV., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 14*, Seminario 2003, Torino, Giappichelli, 2004, p. 160.

democratico" *ex* art. 49 Cost. alla "concorrenza economica", come si può ricavare dalla degradazione della dimensione partecipativa ad una "competizione" in cui i "partiti-associazioni imprenditoriali" che operano nel "mercato politico" tentano di accaparrarsi il "voto-favore" degli "elettori-consumatori"[106].

La stessa nozione di rappresentanza è stata profondamente alterata, venendo «funzionalizzata al dogma della governabilità», come dimostrato dal diverso modo con cui è stato inquadrato in questo periodo il tema della legge elettorale. Quest'ultima, infatti, ha cessato di essere assunta come criterio di composizione delle Assemblee rappresentative, finendo all'opposto per essere «"confusa" con le norme relative alla formazione del governo»[107].

Una volta privata del carattere dinamico, processuale e conflittuale che la connotava, anche l'idea di democrazia a cui eravamo avvezzi è stata totalmente trasfigurata, venendo ridotta a tecnica procedurale di designazione del governo e a strumento d'investitura del suo "capo"[108]. Si è trattato di un'operazione preordinata all'instaurazione anche nel nostro Paese della tanto agognata "democrazia dell'alternanza": come sappiamo, però, l'alternanza che abbiamo sperimentato è stata più fittizia che reale, dato che al governo si sono avvicendate forze oramai deideologizzate, pressoché equivalenti[109], per lo più funzionali ad una leale gestione della società capitalistica in quanto accomunate dall'adesione ad un unico "vero" programma fondato sulla difesa e sulla promozione del libero mercato[110].

Infine, a livello di prassi si è assistito alla progressiva sostituzione del paradigma della mediazione e del compromesso con quello dell'efficienza e della rapidità della

[106] Cfr., in questi termini, C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi,* in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, pp. 221 s.; A. MASTROPAOLO, *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?*, in L. CHEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 163 ss.

[107] C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007, p. 9; G. U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, n. 2/1994, pp. 221 ss.

[108] Cfr. M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica: democrazia d'indirizzo versus democrazia d'investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Quaderni della Rassegna parlamentare – ISLE, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 333 ss.

[109] Cfr. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON – F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 54.

[110] Cfr. R. MANFRELLOTTI, *Potere economico e costituzione materiale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 234.

deliberazione[111], il cui consolidamento ha fatto delle Camere «il teatro della mera formalizzazione della decisione»[112]. Tale tendenza è stata accompagnata dalla messa in atto di una prepotente opera di occupazione della funzione legislativa da parte del Governo[113], che oramai si atteggia ad incontrastato «signore delle fonti»[114].

A fronte di questo desolante quadro non può che dirsi improcrastinabile l'adozione di una legge elettorale proporzionale "pura", l'unica in grado evitare che il nostro Parlamento, già sfigurato, come si è dato conto, dalle torsioni in senso funzionalistico del sistema dentro cui si ritrova calato, risulti ora pressoché dimezzato nella sua rappresentatività per il fatto di essere stato quasi dimidiato nella sua composizione. In mancanza di una tale riforma, si ritiene che non sarebbe peregrino pronosticare il profilarsi di una nuova ed altrettanto censurabile "eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza […] e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto" (Cort. Cost., sent. n. 1/ 2014).

Solamente indirizzandosi in questo senso è possibile sperare di donare nuova linfa alle ragioni della rappresentanza, ponendo così le basi per una ricostruzione del Parlamento «quale luogo del convenire, del convincere (nel senso etimologico del termine: *cum vincire*, legare insieme), del conflitto, […] della mediazione e del condividere»[115].

[111] Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, pp. 2 s.

[112] G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 193.

[113] Cfr. G. DI COSIMO, *Il Governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in *Osservatoriosullefonti.it.*, n. 1/2013, pp. 1 ss.

[114] M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?*, in ID. – E. LAMARQUE – P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici*, Milano, Giuffrè, 2011, p. X.

[115] M. CALAMO SPECCHIA, *Il taglio dei parlamentari e il fine della "quality over quantity": tanto rumore per nulla?*, cit., p. 23.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)

FABIO FERRARI*

Nota a Corte di Cassazione – Prima Sezione Civile, ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020.

Disponibile all'indirizzo: https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-Prima-Sezione-Civile-Ordinanza-n.-8325-2020-Questione-di-legittimita-costituzionale-maternita-surrogata-riconoscimento-del-legame-di-filiazione-tra-genitore-di-intenzione-e-minore

Data della pubblicazione sul sito: 30 maggio 2020

Suggerimento di citazione

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. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Verona. Indirizzo mail: fabio.ferrari@univr.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Dopo aver stigmatizzato la pratica della 'maternità surrogata' con due eloquenti *obiter dicta*[1], la Corte costituzionale avrà la possibilità di esprimersi direttamente sul tema, seppur sotto il particolare profilo di cui si dirà a breve.

L'occasione sorge dall'ordinanza di remissione della I sez. civ. della Cassazione, con la quale è stata sollevata q.l.c. in riferimento all'art. 12.6 della l. n. 40 del 2004, nonché all'art. 64.1, lett. g della l. n. 218 del 1995 (a cui si aggiunge, pare di poter dire impropriamente trattandosi di un giudizio incidentale, l'art 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, ossia una fonte secondaria).

Il tema può essere così riassunto: nel 2016, con sent. n. 19599, la medesima sezione riconosceva ad un fanciullo nato da due donne all'estero tramite fecondazione eterologa lo *status* di figlio, nonostante l'esplicito divieto a tale pratica previsto dalla legge n. 40 del 2005. A questo risultato la Cassazione giungeva attraverso un'innovativa interpretazione del principio di ordine pubblico internazionale[2]: era da intendersi non solo più affievolito nel contenuto rispetto all'ordine pubblico interno (secondo una lettura consolidata anche in dottrina[3]), ma altresì strettamente limitato ai «principi fondamentali e/o supremi» dell'uomo consacrati nella Costituzione, nella Carta di Nizza, nei Trattati UE e nella CEDU[4]. Solo scelte legislative prive di discrezionalità («a rime obbligate»), in quanto – a detta della Cassazione – espressive dei suddetti principi[5], dovevano considerarsi

[1] Cfr. C. cost. n. 272 del 2017, § 4.2 *cons. dir.*: «(…) la maternità surrogata (…) offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» e, in modo più sfumato, C. cost. n. 162 del 2014, § 9 *cons. dir.*

[2] Sui caratteri di innovatività della pronuncia, tra i molti, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (cur.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, p. 121 e O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2017, in particolare p. 171 ss.

Tuttavia, l'affievolimento dell'ordine pubblico quale barriera protettiva dell'ordinamento interno, verso una concezione protesa *in primis* ad abbracciare la tutela 'multilivello' dei diritti fondamentali dell'uomo, si intravede già in ormai datate sentenze della Corte di cassazione: Cass. civ. n. 2788 del 1995 (sul punto, F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2, 2018, p. 268; da ultimo, C. Cass. n. 12193 del 2019).

[3] Cfr. F. SALERNO, *op.* e p. cit. Ancora, L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 487, n. 86.

[4] Cfr. C. Cass. n. 19599 del 2016, §7.

[5] Rinviando ad altra sede un approfondimento sul punto (F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni condivisibili 'passi indietro' della Corte di cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, 2020, in corso di pubblicazione), la

idonee ad erigere la barriera dell'ordine pubblico ai provvedimenti stranieri: la preclusione sul punto della legge 40, essendo al contrario frutto di una mera scelta discrezionale del legislatore, non rispondeva a questo requisito, non potendo dunque impedire la piena tutela del superiore interesse del minore.

La pronuncia raccoglieva sia il plauso di parte della dottrina per il suo afflato promozionale nei confronti di minori nati da 'turismo procreativo', sia condivisibili obiezioni per un uso quantomeno discutibile delle fonti e di alcune delicate categorie costituzionali elaborate dal giudice delle leggi[6]: a questo proposito, non

ricostruzione della Cassazione non sembra a chi scrive condivisibile per almeno tre ragioni: 1) le sentenze a rime obbligate non sono necessariamente espressione di principi supremi (o controlimiti: sulla saldatura giurisprudenziale dei due lemmi cfr. C. cost. n. 238 del 2014). 2) L'applicazione dei suddetti principi non implica *de jure* sentenze a rime obbligate. 3) La possibilità per la Corte costituzionale di intervenire con una sentenza additiva dipende spesso proprio dal mutevole sistema legislativo, e non dall'unica (supposta) applicazione legislativa di principi supremi.

Per il primo aspetto, pare sufficiente anche limitarsi ad analizzare le sentenze additive del 2015, l'anno precedente a quello in cui è stata resa la sentenza della Cassazione: cfr., per esempio, sentt. nn. 48, 97, 109, 188, 192, 262 del 2015.

Per il secondo, di sentenza additiva si può parlare per la parte centrale del dispositivo di accoglimento di C. cost. n. 18 del 1982. Ciò non vale invece per C. cost. n. 238 del 2014, data la peculiare modalità di funzionamento dell'art. 10.1 Cost. Al contempo, nel caso ipotetico di un conflitto con il diritto UE, il dispositivo dovrebbe colpire la singola disposizione del Trattato 'nella parte in cui prevede…'. Qualora si guardi invece alle decisioni nelle quali la Corte utilizza parametri espressivi di principi supremi per dichiarare l'illegittimità costituzionale di leggi ordinarie, la tipologia di dispositivi adottati non è certo esauribile nelle additive: *ex pluribus*, sentt. n. 262 del 2009, n. 63 del 2016, n. 205 del 2017. A maggior ragione per quanto qui interessa, cfr. altresì C. cost. n. 138 del 2010.

Per il terzo, assorbente è il richiamo *ratione materiae* a C. cost. n. 96 del 2015, e ad una motivazione espressamente legata alle 'discrezionali' modalità legislative di disciplina della legge sull'interruzione di gravidanza. Ancora, si pensi per esempio alla storica giurisprudenza costituzionale in tema di (estensione del) diritto all'astensione dal lavoro per assistenza dei figli, tutta costruita sulla coerenza della *ratio legis*: cfr. C. cost. n. 1 del 1987, n. 215 del 1990 e n. 341 del 1991. Più di recente, su altre materie, *ex pluribus*, C. cost. n. 333 del 2009, nn. 94 e 139 del 2015, ove la Corte spesso giustifica l'intervento additivo – da essa stessa in precedenti pronunce ritenuto non possibile – proprio sulla base della legislazione *ex novo* introdotta.

[6] Senza alcuna pretesa di completezza, apprezzamenti sono stati espressi da A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *articolo29.it*, 2 ottobre 2016, *passim*; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, in *Cor. giur.*, 2, 2017, p. 190 ss. e M. Winkler, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, *Quot. giur.*, 11 ottobre 2016, *passim*.

convinceva anzitutto il declassamento del ruolo del legislatore, il cui titolo a fissare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi interessi – a maggior ragione in materie eticamente sensibili – veniva considerato non un elemento *strutturale* del sistema costituzionale[7], ma una sorta di ornamento legato all'attuazione di 'meri' enunciati *non* supremi della Costituzione[8]. Inoltre, destava perplessità l'esplicito richiamo ad un sindacato costituzionale «preventivo e virtuale»[9] che, secondo la Cassazione, ciascun giudice di merito era tenuto a compiere dovendo valutare la natura suprema (o meno) del principio costituzionale di volta in volta in gioco, dando così luogo ad una preoccupante sovrapposizione di ruolo con la Corte costituzionale.

In ogni caso, la pronuncia esercitava una significativa influenza sulla successiva giurisprudenza di merito e legittimità[10]. Forse anche per questo, nel 2017 e nel 2019 intervenivano due importanti sentenze delle SS.UU. (rispettivamente n. 16601 in tema di *punitive damages* e n. 12193 proprio in un analogo caso rispetto a quello oggi in esame), con le quali il giudice di legittimità sembrava compiere qualche opportuno 'passo indietro' rispetto al 2016: i principi costituzionali, si leggeva nelle due pronunce, trovano nel legislatore il loro fisiologico attuatore, e il dato legislativo non solo non può essere a priori ignorato nella configurazione dell'ordine pubblico, ma è assolutamente centrale per comprenderne la fisiologica evoluzione[11]. A maggior ragione nella sentenza sui 'due padri' del 2019, le SS.UU.

In senso contrario, con la stessa avvertenza di cui sopra, C. TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., pp. 119-129; O. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2018, in particolare pp. 1-11; O. FERACI, *Ordine*, cit., p. 174 ss.

[7] Sul 'modello costituzionale' di tutela dei diritti R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni,* in *Rivista AIC*, 4, 2018, in particolare p. 635 ss.

[8] C. Cass. n. 19599 del 2016, § 7: «(…) dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari».

[9] Ivi.

[10] Cfr., per esempio, Cass. civ. n. 14878 del 2017. Quanto ai giudizi di merito, U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nv. giur. civ. comm.*, 4, 2019, p. 740, n. 17.

[11] «La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale (…) Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso

sottolineavano l'importanza del precetto penale posto a sanzione della maternità surrogata (richiamando così, pare di poter dire, la tesi del diritto penale quale «minimo etico» di una comunità[12]), che senza alcun dubbio esprimeva un principio di ordine pubblico[13]. La legge, in definitiva, andava presa sul serio, a maggior ragione dal giudice (art. 101.2 Cost.).

Qui, si inserisce l'ordinanza annotata: la I sez. civ. prende atto del diritto vivente formatosi in tema di maternità surrogata dopo le SS.UU. del 2019[14]. Ritiene però di non poter aderire a tale opzione ermeneutica, sospettando che la legge così interpretata contrasti sia con l'art. 117.1 Cost., in particolare modo con l'art. 8 CEDU (a cui si aggiungono gli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 della Convenzione di New York delle Nazioni Unite siglata nel 1989 e l'art. 24 della Carta di Nizza dell'UE), sia con numerosi parametri interni (artt. 2, 3, 30, 31 Cost.).

Quanto al primo profilo, la Cassazione richiama il parere consultivo reso *ex* Protocollo 16 dalla Corte EDU sul noto caso *Mennesson*, in tema di maternità surrogata[15]: in quell'occasione, sottolinea la Cassazione, la *Grande Chambre* ha sia affermato l'ampio margine di discrezionalità in materia concesso agli Stati, sia ritenuto idoneo l'istituto dell'adozione a sostituirsi al riconoscimento diretto di genitorialità. Ma quest'ultima possibilità è per la Corte EDU percorribile solo a

più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della "*lex fori*" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica», C. Cass. n. 16601 del 2017, § 6.

[12] Su questo, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1985, p. 35 ss.

[13] «(…) tale sentenza ha ritenuto pacifica l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità risultante dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, osservando che tale disposizione è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali», C. Cass. n. 19123 del 2019, § 13.1, richiamando in senso adesivo C. Cass. n. 24001 del 2014.

[14] «Tuttavia la impossibilità di una opzione interpretativa in contrasto con quello che allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità, direttamente chiamata a pronunciarsi su una questione di massima importanza, e, per altro verso, la impossibilità di confermare una linea interpretativa che, per quanto si è detto sinora, si ritiene in contrasto con la posizione espressa dalla Corte Europea sullo stesso tema, induce a sollevare la questione di costituzionalità (…)»: C. Cass. n. 8325 del 2020.

[15] Sul caso, tra gli altri, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, *Oss. AIC*, 3, 2019, p. 181 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Ques. giust.*, 28 maggio 2019, § 4 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti*, 2, 2019, in particolare p. 13 ss.

condizione che garantisca una protezione tempestiva ed efficace del minore: circostanza che secondo la Cassazione è ben lungi dal realizzarsi con l'attuale disciplina legislativa (in particolare, art. 44, lett. d., della l. n. 184 del 1983)[16].

Quanto al secondo aspetto, secondo la Cassazione non può derivare al minore alcun pregiudizio dalle scelte 'procreative' dei genitori; accogliendo una proposta della dottrina[17] , distingue tra ordine pubblico internazionale «discrezionale» e «costituzionale»: il primo tiene conto anche delle norme imperative interne, comprese quelle penali; il secondo attiene solo ai «valori supremi e vincolanti della cultura giuridica (…) trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione europea del 1950 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE»[18]. In questo modo, la prima accezione impedirebbe il riconoscimento della pratica penalmente vietata in Italia, facendo così salve le scelte legislative; la seconda consentirebbe al contempo una piena tutela del minore. Da ultimo, conclude la Cassazione, non si può ignorare la palese differenza tra maternità surrogata a titolo gratuito, (tale è quella solidaristica prevista in Canada da cui è nato il minore in esame), e quella esplicitamente commerciale sanzionata nel nostro ordinamento[19]; né si può pretendere che il

[16] «(…) non può ritenersi adeguato alle prescrizioni del parere consultivo del 9 aprile 2019 il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione della L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d) (…) L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti. In sostanza vi è – sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente – una sorta di declassamento (downgrade) della relazione genitoriale e dello *status filiationis* che non può legittimarsi in alcun modo paragonandolo a quello del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile previsto dal legislatore del 2016»: C. Cass. n. 8325 del 2020.

[17] A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, p. 388.

[18] «È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)»: C. Cass. n. 8325 del 2020.

[19] *Ivi*: «Invero, non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la "maternità surrogata" altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo status di genitore per favorire l'avvento di una

preminente interesse del minore sia valutato in via generale ed astratta dall'autorità del legislatore, spettando al contrario alla discrezionalità del giudice, nel singolo caso, comprendere quale via risulti più appagante per la protezione del fanciullo[20].

Da qui la richiesta di una pronuncia *additiva*: le norme oggetto sarebbero incostituzionali «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (…)»[21].

Così poste le questioni, alcune considerazioni. Va senza dubbio salutato con favore il dato formale, ossia il fatto che la I sez. civ., a differenza di quanto avvenuto nel 2016, abbia in questa occasione "preso sul serio" la legge: l'impostazione di massima è stata mantenuta, ma l'opzione ermeneutica che la reggeva si è opportunamente arrestata innanzi ad un dato legislativo chiaro, a maggior ragione nell'interpretazione data dalle SS.UU. Da qui, l'unica via percorribile: attestata l'impossibilità di un'interpretazione conforme, sollevare la q.l.c.[22]

Nel merito, tuttavia, va detto che la giurisprudenza della Corte EDU in tema di maternità surrogata sembra ad oggi tutto fuorché *consolidata* (si pensi agli alterni esiti della stessa saga *Mennesson*[23], o della notissima – pur parzialmente diversa nella fattispecie concreta – *Paradiso e C.*[24], che testimoniano un comprensibile tormento dei giudici di Strasburgo sul punto). Appare dunque mancare uno dei *presupposti* necessari al fine di invocare il parametro interposto *ex* art. 117.1 Cost.[25], non potendo certo ritenersi sufficiente il parere consultivo e non vincolante

nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale».

[20] «In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione»: C. Cass. n. 8325 del 2020.

[21] Sul rapporto tra vincolo ermeneutico derivante da una pronuncia delle SS.UU., libertà interpretativa del giudice comune e diritto vivente innanzi alla Corte costituzionale, cfr. C cost. n. 239 del 2009.

[22] Cfr., qui, n. 14.

[23] Ric. n. 65192/11.

[24] Ric. n. 25358/12.

[25] A partire da C. cost. n. 49 del 2015, da ultimo cfr. C. cost. n. 25 del 2019.

Né, rinviando anche per l'approfondimento di questo profilo ad altra sede, appare pertinente il richiamo all'art. 24 della Carta di Nizza: sulla mancata competenza dell'UE in

richiamato dalla Cassazione quale perno del proprio ragionamento (e sempre ammesso – cosa non scontata – che il contenuto di tale parere possa effettivamente essere letto in senso adesivo all'impostazione del giudice di legittimità). Peraltro, il tema del necessario consolidamento interpretativo è del tutto assente nell'ordinanza.

Al contempo, non si fa alcun cenno ai due chiari *obiter* della Corte costituzionale richiamati in apertura. Certo, da un lato il giudice delle leggi non sarà formalmente tenuto al loro rispetto, dall'altro la q.l.c. sembra centrata non sull'istituto in sé, bensì sui suoi effetti in capo al minore così concepito in casi di pratica eseguita fuori dai confini nazionali[26]. Tuttavia, non può non rilevarsi che accogliendo la tesi del giudice di legittimità, l'estero diventerebbe il chiavistello con cui poter scardinare qualunque barriera interna, e ogni tentativo di disciplina *discrezionale* del legislatore italiano, anche in un encomiabile sforzo di ragionevolezza, risulterebbe vano in partenza: una tale eventualità non sembra servibile, configurando una nozione di ordine pubblico che appare – almeno a chi scrive – ancor più irragionevole rispetto a quella censurata dalla Cassazione[27].

Desta inoltre perplessità la visione monolitica del 'supremo' interesse del minore proposta nell'ordinanza di remissione; i palesi equivoci di traduzione (non si tratta di un dettaglio: *nomina sunt consequentia rerum*[28]) che hanno portato a fraintendere la reale portata dell'aggettivo in esame sono stati ampiamente evidenziati in dottrina[29], ma le opzioni interpretative sembrano talvolta trascurare questo chiarimento. La Cassazione contesta l'automatismo con il quale il legislatore nega ogni possibilità di tutela 'diretta' del fanciullo così concepito, ma con ancor più rigidità pare rifiutare che esistano alternative ad un pieno riconoscimento dello *status* di figlio (a tal punto da chiedere un intervento a 'rime obbligate'). Così, mentre nella pur discutibile e migliorabile prospettiva del legislatore – e delle

tema L. RATTI, *sub art. 24*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (cur.), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, II, Milano, 2017, p. 482. Ancora, sul ristretto ambito di applicazione della medesima Carta dei diritti, e dunque in particolare sul contenuto degli artt. 51-53, A. MANGIA, *L'interruzione della grande opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 3, 2019, pp. 870-871.

[26] Cfr., qui, n. 18.

[27] Cfr. C. cost. n. 221 del 2019, § 14. Cfr. però, in senso contrario, *ad adiuvandum* della motivazione, C. cost. n. 162 del 2014, § 13 *cons. dir.*, su cui M.E. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, p. 30.

[28] GIUSTINIANO, *Institutiones*, II, 7, 3.

[29] Su tutti, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, pp. 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 77 ss.

SS.UU. – l'interesse del minore appare per quello che è (appunto, un interesse importante, ma bilanciabile[30]), nel rigore della Cassazione esso sembra divenire un vero e proprio 'valore', per ciò stesso refrattario a qualunque ragionevole compromesso con i propri pari[31]: per di più, tale superiorità dovrebbe essere sempre proclamata in concreto dal giudice comune, sganciandosi da qualunque precetto legislativo e sulla base di una personale interpretazione dei 'valori' costituzionali da applicare al caso. Quella stessa valutazione in concreto che, pienamente adagiata sulla fattispecie, è invece richiesta al giudice proprio dall'intricato bilanciamento di interessi previsto dall'istituto dell'adozione.

[30] L. LENTI, *Note*, cit., p. 104.
[31] C. cost., sent. n. 272 del 2017.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Note a margine della lettura di: "Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà", a cura di E. Innocenti, E. Rossi, E. Vivaldi, Il Mulino, Bologna, 2019

PIETRO MASALA*

Data della pubblicazione sul sito: 30 maggio 2020

Suggerimento di citazione
P. MASALA, *Note a margine della lettura di: "Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà", a cura di E. Innocenti, E. Rossi, E. Vivaldi, Il Mulino, Bologna, 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.
Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatore t.d. in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Siena. Indirizzo mail: pietro.masala@unisi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Il volume dedicato al "reddito di cittadinanza" introdotto nell'ordinamento italiano dal decreto-legge n. 4 del 2019, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 26/2019, la cui lettura ha ispirato le brevi annotazioni che si riportano di seguito, non intende fornire un commento puntuale della nuova normativa: esso offre invece una pluralità di analisi, svolte da diverse angolature, che nel loro insieme sono utili a inquadrare criticamente l'intervento riformatore, anche alla luce delle pregresse vicende delle politiche di contrasto alla povertà in ambito nazionale e delle esperienze di altri ordinamenti. Ciò è reso possibile dalla collaborazione fra docenti e ricercatori di diverse discipline: se l'impostazione prevalente è di impronta costituzionalistica, il libro si giova anche dell'apporto di studiosi di diritto comparato, nonché dei contributi di giuslavoristi, economisti, politologi e sociologi, i cui saggi, raggruppati in distinte sezioni, aiutano a riflettere non soltanto sulla collocazione e funzione della misura nel sistema di *welfare* italiano, ma anche su possibili scenari di riforma futuri.

L'opera si interroga, in primo luogo e fin dal titolo, su quale sia la natura del nuovo "reddito di cittadinanza" (d'ora in poi, per brevità: r.d.c.), al di là della qualificazione che ne è stata data dal legislatore e delle aspettative esistenti in determinati settori politici e sociali prima che la misura assumesse precise fattezze: ed è agevole, con l'ausilio dei rilievi svolti in luoghi diversi del testo, giungere alla conclusione che, pur dopo la recente riforma italiana, il modello ideale di un r.d.c. inteso come reddito di base universale e incondizionato, erogato su base individuale, a prescindere dalla disponibilità al lavoro e dalle risorse detenute, vagheggiato almeno in certi momenti nel dibattito politico e dottrinale non solo italiano, resta privo di concreta realizzazione, almeno su scala nazionale (né tale può essere considerata la controversa e assai limitata sperimentazione attuata in Finlandia in anni recenti, di cui si dà conto nella sezione finale del volume). Che il r.d.c. disciplinato dal d.l. n. 4/2009 non corrisponda a quel modello teorico è subito dimostrato da alcune sue caratteristiche fondamentali e in particolare dalla condizionalità, la quale lo accomuna piuttosto ad altre misure di contrasto alla povertà che l'hanno preceduto e hanno avuto esistenza effimera nell'esperienza italiana: tale condizionalità è sufficiente di per sé a farlo ascrivere al *genus* reddito minimo di inserimento o reddito minimo garantito, al quale erano riconducibili anche il sostegno per l'inclusione attiva e il reddito di inclusione sociale, per limitarsi ai più immediati antecedenti. Ciò è debitamente rilevato da diversi autori ed è reso particolarmente evidente dalla lettura del capitolo finale, in cui sono illustrate alcune significative esperienze di altri ordinamenti, non soltanto europei. Nel caso specifico, si tratta poi di una "condizionalità doppia" come rilevato da E. Rossi: nel senso che l'erogazione del r.d.c. è subordinata sia all'assunzione di precisi impegni (la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei maggiorenni, salvo le eccezioni previste; e l'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale,

comprendente anche "attività al servizio della comunità") e all'assolvimento di corrispondenti obblighi da parte dei beneficiari, variabili secondo la condizione personale di questi ultimi; sia alla disponibilità delle risorse necessarie, oltre che all'attivazione delle amministrazioni statale e territoriali. Fin nel contributo di apertura si sottolinea inoltre che, posta l'impossibilità di intendere che il reddito sia "di cittadinanza" in quanto corrisposto a tutti coloro che siano "cittadini" (poiché anche i non cittadini, ricorrendo determinate condizioni, possono beneficiarne; e perché, fra i cittadini italiani, potranno beneficiarne solo coloro che si trovino in particolari condizioni patrimoniali e reddituali), si deve allora ipotizzare che il reddito stesso sia da intendersi "di cittadinanza" nel senso che "spetta a ciascuno come membro della collettività nazionale, come 'diritto di appartenenza', e al contempo quale condizione per l'esercizio dei suoi diritti fondamentali": per concludere che tuttavia si può dubitare dell'idoneità del contributo a svolgere tale funzione, di garanzia della dignità della persona, e che sarebbe pertanto stata opportuna una definizione meno ambiziosa, quale "reddito per la cittadinanza", posto che, più modestamente, "quello in questione costituisce un contributo, uno strumento per venire incontro a situazioni di difficoltà"(E. Rossi).

Se la risposta all'interrogativo di base (a quale dei due modelli fondamentali – reddito di base universale o reddito minimo d'inserimento – sia da ricondurre il r.d.c.) è dunque immediata, per comprendere con maggiore precisione la natura della misura si rende necessaria un'indagine più approfondita: i contributi di cui si compongono le quattro sezioni del volume collocano la "cosa" nel suo contesto e ne evidenziano i profili problematici, le "criticità", per giungere a interrogarsi sulle "prospettive" delle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale. L'analisi più ravvicinata permette di osservare in primo luogo il carattere "ambivalente" o "compromissorio" (F. De Michiel) del r.d.c., il quale è al contempo misura di sostegno economico (misura di assistenza sociale) e misura di politica attiva del lavoro (diretta a promuovere l'inserimento lavorativo). L'"intreccio" fra queste "due anime" (P.A. Varesi), è manifesto nella definizione contenuta nell'art. 1, d.l. n. 4/2019; ma soprattutto è confermato dalla previsione di percorsi alternativi di accesso e reinserimento, differenziati a seconda delle condizioni personali dei richiedenti: due, o a ben vedere tre tipologie di percorsi, posto che oltre al c.d. "Patto per il lavoro" (con i corrispondenti servizi e obblighi per i beneficiari in condizione di prestare attività lavorativa) e al c.d. "Patto per l'inclusione sociale" (che prevede comunque impegni al servizio della comunità per i soggetti non idonei al lavoro), è contemplato il totale esonero da qualsivoglia impegno per determinati soggetti (come quelli gravati da carichi di cura in ambito familiare). La previsione di una misura universale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale configurata in maniera tale da combinare una componente di sostegno al reddito, attraverso trasferimenti economici, e una componente di

attivazione delle capacità dei destinatari, attraverso l'erogazione di servizi, è coerente con le indicazioni che da almeno trent'anni provengono dall'Unione europea, formulate dapprima attraverso raccomandazioni, quindi nell'ambito di processi di "coordinamento aperto" (basato su strumenti di *soft law*) attivati per promuovere la convergenza delle politiche sociali nazionali verso comuni obiettivi di inclusione. Indicazioni, sprovviste di valore cogente per la persistente limitatezza delle competenze dell'UE nella materia (e affievolitesi nella lunga stagione europea dell'austerità), alle quali l'Italia ha notoriamente tardato ad adeguarsi (sia consentito rinviare a P. Masala, *Il coordinamento delle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale nell'ambito dell'Unione europea e i suoi limiti di efficacia alla luce del caso italiano*, in *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, a cura di E. Rossi e V. Casamassima, Pisa University Press, Pisa, 2013). Quando infine misure di questo tipo, riconducibili al modello del reddito minimo di inserimento (gli immediati antecedenti del r.d.c. già ricordati) sono state introdotte nell'ordinamento italiano, la coerenza con le indicazioni europee non ha tuttavia di per sé garantito l'efficacia delle stesse misure nel ridurre il rischio di povertà: poiché la genericità di quelle indicazioni lasciava comunque un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nel plasmarle. Riserve sul piano dell'efficacia riguardano allo stesso modo il nuovo r.d.c. Prima di trattare questo punto specifico, occorre però considerare l'interrogativo fondamentale per il costituzionalista, ovvero se la misura sia compatibile con i principi della nostra Carta fondamentale. Domanda alla quale, sulla scorta dei rilievi espressi dagli autori dell'opera (oltre che delle nostre personali valutazioni), sembra doversi dare una risposta in generale affermativa, particolarmente avendo riguardo al profilo oggettivo, al tipo di sostegno erogato, come sopra descritto. Sotto questo aspetto, fermi restando gli ampi margini di discrezionalità riconosciuti al legislatore nell'attuazione dei diritti sociali dalla giurisprudenza costituzionale, deve anzi ritenersi che la previsione dell'obbligo di sottoscrivere una dichiarazione di impegno al lavoro per i soggetti "occupabili" valga a fugare possibili preoccupazioni quanto alla compatibilità con un'interpretazione sistematica, che tenga conto della centralità del lavoro nell'assetto costituzionale.

Tuttavia, criticità non trascurabili, rilevate nella seconda sezione del volume, riguardano altri specifici aspetti della disciplina del r.d.c. e in concreto il profilo soggettivo, la delimitazione della platea dei beneficiari. Se quella in questione è una misura universale di contrasto alla povertà, si tratta di un universalismo di tipo selettivo, posto che l'erogazione del sostegno economico, prima ancora di essere condizionata all'assunzione di precisi impegni, dipende innanzitutto dalla situazione economica (reddituale e patrimoniale) del richiedente e del suo nucleo familiare, sottoposta a verifica. Il che appare pienamente compatibile con i principi costituzionali e in realtà meglio rispondente alla logica espressa da questi ultimi,

stante la necessità di tenere conto non solo delle esigenze di sostenibilità finanziaria, ma altresì dell'esigenza di una distribuzione delle risorse che sia coerente con il principio di uguaglianza sostanziale e delle stesse indicazioni contenute nell'art. 38 Cost., il quale vuole che il diritto all'assistenza sociale sia assicurato agli inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere. Per altro verso, si è detto, la previsione di un percorso di inserimento lavorativo, che passa anche attraverso l'assunzione di obblighi, per quei soggetti che, pur non essendo inabili, sono sprovvisti dei mezzi per vivere dignitosamente, vale a fugare perplessità riguardo all'erogazione del r.d.c. anche a tali ultimi soggetti. Nemmeno suscita problemi la circostanza che la misura sia destinata non a singoli, bensì a nuclei familiari ed erogata sulla base della valutazione della situazione economica di questi ultimi: ciò non è frequente nel panorama comparato, ma risulta in linea con gli immediati antecedenti nella legislazione italiana, nonché rientrante nei margini di discrezionalità lasciati al legislatore. Perplessità potrebbero avanzarsi riguardo alla soglia al di sotto della quale è possibile accedere al r.d.c. (tralasciamo ogni considerazione riguardo all'entità del sostegno economico e alla sua efficacia): ma, di nuovo, si tratta di un aspetto rimesso alla discrezionalità legislativa.

Profili di illegittimità costituzionale sono invece ravvisabili con riferimento ad almeno alcuni degli specifici requisiti (ulteriori rispetto a quelli di natura reddituale e patrimoniale) previsti per l'accesso al beneficio. Ciò vale, in particolare, per quei requisiti di cittadinanza, residenza e soggiorno aventi l'effetto di escludere e perciò discriminare, direttamente o indirettamente, una parte significativa degli stranieri pur regolarmente residenti nel territorio nazionale, nonostante questi ultimi si trovino in condizioni di disagio economico e sociale (condizioni di forte disagio ed esclusione, vista la soglia che permette di superare la prova dei mezzi, calcolata tramite ISEE/Indicatore della situazione economica equivalente) in tutto analoghe o peggiori rispetto a quelle in cui versano i soggetti (cittadini italiani e stranieri) ammessi a beneficiare del r.d.c. Fra tali requisiti rientrano infatti anche la residenza in Italia per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due continuativi alla data di presentazione della domanda, e (in aggiunta), per i cittadini di Paesi terzi, non appartenenti all'Unione europea, il possesso del permesso di soggiorno UE per residenti di lungo periodo. Se a prima vista le restrizioni della platea dei beneficiari che ne derivano potrebbero apparire coerenti con il *nomen* della misura (ma abbiamo già chiarito che il r.d.c. non è una misura "per soli cittadini"), in realtà esse risultano in stridente contraddizione non solo con le sue finalità dichiarate, ma altresì con le generali tendenze dell'ordinamento e soprattutto con gli orientamenti consolidati della giurisprudenza costituzionale e con le disposizioni antidiscriminatorie del diritto europeo sovranazionale: in considerazione dei quali il r.d.c. non può essere una misura per soli cittadini e anzi, una volta istituito, dovrebbe essere previsto a beneficio di tutti coloro che risiedano legalmente e non occasionalmente nel territorio nazionale e versino in analoghe condizioni di –

estremo – bisogno. Per un verso, infatti, la previsione di simili requisiti risulta paradossale in quanto contraddice la finalità di contrasto all'esclusione sociale attribuita al r.d.c. dallo stesso legislatore, escludendo proprio i soggetti più vulnerabili (in particolare, i cittadini di Paesi terzi sprovvisti delle risorse economiche e dell'alloggio adeguato che, insieme con la durata quinquennale del soggiorno, sono richiesti per ottenere il permesso per soggiornanti di lungo periodo). Per altro verso, essa non tiene conto della rilevanza assunta dalla residenza (non occasionale, ma nemmeno irragionevolmente protratta nel tempo), in particolare quale criterio per l'accesso alle prestazioni sociali, come da tempo emerso nella legislazione e sottolineato dalla dottrina (per tutti, si veda P. Carrozza, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi, F. Biondi dal Monte e M. Vrenna, Il Mulino, Bologna, 2013: al ricordo dello studioso recentemente scomparso il volume è stato dedicato dagli autori, molti dei quali gli sono stati legati da una lunga consuetudine di lavoro comune e di amicizia, quando non ne sono stati allievi diretti; e a quel ricordo vuole qui associarsi lo scrivente). I precedenti della giurisprudenza costituzionale rilevante sono opportunamente richiamati nel contributo di F. Biondi Dal Monte. Ai requisiti discriminatori già menzionati si aggiunge la previsione di aggravamenti amministrativi per la certificazione della situazione economica dei richiedenti stranieri cittadini di Paesi terzi, tali da poter in concreto pregiudicare la possibilità di accedere al beneficio, in linea con una tendenza emersa presso alcune amministrazioni locali, le quali (in particolare nei mesi precedenti all'adozione del decreto legge istitutivo del r.d.c.) avevano subordinato l'accesso a particolari prestazioni sociali ad analoghi aggravamenti, per mezzo di previsioni e atti già censurati dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa. Il risultato complessivo è l'affermazione di una visione chiusa e statica della cittadinanza sociale: è contraddetta la finalità di inclusione sociale e di costruzione della cittadinanza che dovrebbe essere propria della misura, coerentemente con una concezione dinamico-evolutiva della cittadinanza stessa e soprattutto con l'idea, presente nella giurisprudenza costituzionale (si veda in particolare la sent. n. 119/2015), di una comunità solidale più estesa rispetto a quella composta dai soli cittadini italiani, alla quale partecipino anche gli stranieri legalmente e non episodicamente residenti nel territorio nazionale, coinvolti non solo come fruitori passivi di solidarietà, ma altresì come soggetti attivi (tali sarebbero anche gli stranieri ammessi a beneficiare del r.d.c., qualora fossero valorizzate le componenti di servizio alla comunità che lo caratterizzano). Un ravvedimento del legislatore dovrebbe essere nell'ordine delle cose, dopo il cambio di maggioranza verificatosi nella legislatura in corso: poiché sicuramente sulla previsione di tali requisiti ed aggravamenti escludenti hanno influito in maniera decisiva gli orientamenti propri di una delle due forze politiche che sostenevano il Governo che adottò il decreto, ormai da diversi mesi

divenuta forza di opposizione. Eppure tale ravvedimento è ancora atteso: non si può perciò fare a meno di denunciarne il ritardo. Sempre sotto il profilo soggettivo, sono da segnalare profili di illegittimità costituzionale di particolari aspetti della disciplina del calcolo dell'ISEE ai fini dell'accesso al r.d.c., tale da penalizzare – di nuovo paradossalmente – un'altra categoria particolarmente vulnerabile, quella dei disabili (si veda il contributo di A. Candido).

Altri rilievi riguardano il tipo di fonte del diritto utilizzata: è censurabile il ricorso alla decretazione d'urgenza per l'approvazione di una riforma che, oltre ad avere portata di innovazione sistematica e ad incidere su diritti fondamentali della persona, "richiede l'adozione di numerosi atti di attuazione e prevede la messa in opera di procedure amministrative che mal si prestano ad una sua immediata applicazione". Si tratta dell'ennesima manifestazione di una patologia diffusa: tanto da indurre a rilevare, con disincanto, che, se è difficile che la Corte costituzionale possa decidere di far cadere l'intero provvedimento per carenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost., sul piano politico "anche su questo aspetto il Governo del cambiamento si è comportato né più né meno come il Governo del mantenimento" (E. Rossi). Da parte di altri (E. Vivaldi, E. Innocenti) si denuncia comunque in maniera circostanziata la continuità con la prassi distorsiva delle regole costituzionali sulle fonti e il contrasto con gli orientamenti specifici recentemente affermati dalla Corte costituzionale. Degna di nota ci sembra soprattutto la circostanza che, dopo l'abuso della decretazione d'urgenza nelle due legislature precedenti, ovvero nel contesto della crisi economico-finanziaria, con finalità di stabilizzazione attraverso il ridimensionamento dello Stato sociale (in proposito, sia permesso rinviare alle riflessioni svolte in P. Masala, *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016), nella legislatura in corso l'adozione di una misura avente finalità opposte, di contrasto all'esclusione sociale, da parte di un Governo espressione di forze politiche che già avevano stigmatizzato la compressione del ruolo del Parlamento, sia avvenuta anch'essa con l'uso improprio di tale strumento. Viene confermato che la fonte decreto-legge è utilizzata in via pressoché ordinaria per il perseguimento dei fini che connotano l'indirizzo politico, anche quando quest'ultimo muta radicalmente: sicché non si può fare a meno di ribadire l'esigenza che sia assicurata la prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti.

Infine, la significativa compressione delle competenze legislative regionali viene fondata sull'esplicita qualificazione come "livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili" (art. 1, co. 1) del r.d.c. e di particolari aspetti organizzativi funzionali alla sua erogazione, direttamente disciplinati dal legislatore statale, a cominciare dal Patto per il lavoro e dal Patto per l'inclusione sociale: anche in questo caso, *nihil novi sub sole*. Questa compressione è solo limitatamente compensata, a livello di amministrazione, dal ruolo attribuito ai Centri regionali

per l'impiego nell'implementazione della misura; mentre, come sottolinea E. Vivaldi, le Regioni e gli enti locali sono estromessi dalle scelte strategiche.

Altri aspetti della disciplina del r.d.c., pur senza generare dubbi di legittimità costituzionale, presentano criticità sul piano dell'implementazione e dell'efficacia. Tali criticità dipendono, innanzitutto, dal rinvio a successivi provvedimenti, in particolare per la predisposizione e il funzionamento dei servizi indispensabili a garantire l'inserimento sociale e lavorativo. Ci si domanda pertanto "se una misura finalizzata a garantire la dignità della persona [...] può essere soggetta a condizioni non facilmente realizzabili" (condizioni "alla seconda"), sottolineando come l'attuazione della legge richieda in ogni caso "misure amministrative e risorse (non solo economiche) per rendere esigibili le prestazioni": risorse dipendenti non soltanto dal livello statale, ma, "in misura rilevante [...] dal contesto territoriale (soprattutto produttivo)", con il conseguente rischio che tale attuazione sia "assai diversificata da territorio a territorio" (così E. Rossi).

Ma, anche a prescindere dall'incertezza che la tecnica normativa utilizzata comporta "a valle" per l'attuazione, pesano non meno significativamente le carenze "strutturali" della misura, dovute al modo in cui essa è stata disegnata "a monte". All'esito di una disamina fortemente critica della componente di politica attiva del lavoro si perviene alla conclusione che nel r.d.c. prevale nettamente quella di sostegno economico e pertanto il carattere di misura assistenziale: così nel contributo di P.A. Varesi, il quale sottolinea come la formazione professionale sia la "grande assente". La principale criticità del r.d.c. risiede nelle carenze della sua componente di servizi, di promozione delle capacità umane, che si ripercuotono sulla sua capacità di essere *welfare* "generativo": giustizia è istruzione, attivazione delle capacità, ricorda invece T. Vecchiato, il quale confronta le recenti vicende delle politiche di contrasto alla povertà in Italia, poco esaltanti quanto ai risultati nonostante l'impegno di risorse non trascurabili, con alcune esperienze pioniere di ispirazione cattolica realizzate nella seconda metà del XIX secolo. Esperienze che, pur in un contesto di risorse scarse, applicando quei principi, permisero a numerosi uomini e donne di acquisire indipendenza e dignità e dovrebbero pertanto continuare a servire come esempi.

Viene inoltre sottolineato, sulla base di un'analisi attenta della disciplina del r.d.c., come non vi sia un salto qualitativo rispetto alle misure di contrasto alla povertà che ne costituiscono gli immediati antecedenti, bensì prevalga la continuità (E. Innocenti). La discontinuità è essenzialmente circoscritta all'aspetto organizzativo: la novità più significativa appare il ruolo attribuito ai Centri per l'impiego, ma si sottolinea la scarsa efficienza finora dimostrata dagli stessi, auspicando che il loro previsto potenziamento sia realizzato con effetti apprezzabili. La constatazione della complessiva continuità, unita alla considerazione delle criticità sopra esposte (nonché al rilievo per cui il susseguirsi di interventi normativi in uno stesso settore in un breve lasso di tempo ha effetti

controproducenti, secondo l'insegnamento carneluttiano della "longevità" della legge quale condizione della sua efficacia, ricordato, di nuovo, da E. Innocenti), contribuisce ad alimentare le perplessità riguardo all'effettiva capacità del r.d.c. di emancipare i beneficiari: in assenza di cospicui investimenti in servizi, con l'obiettivo primario dell'attivazione delle capacità degli interessati, il rischio è che si tratti di innovazione lessicale più che di promozione sociale.

Poste in evidenza le principali criticità del r.d.c., ci si può interrogare su quale possa essere un approdo più soddisfacente e stabile delle politiche di contrasto alla povertà, anche alla luce di una realtà in rapida trasformazione. Dopo la pubblicazione del volume, nello spazio di pochissimi mesi, nuovi cambiamenti, imprevedibili almeno nella loro impetuosità e portata – un'emergenza sanitaria paragonabile per gravità solo ad antecedenti lontani di un secolo – hanno interessato l'umanità intera, con ripercussioni, per quel che qui più interessa, sull'economia e sulla situazione delle fasce più deboli, amplificando i fenomeni di disagio ed esclusione sociale e rendendo ancora più evidenti le diseguaglianze esistenti nella società italiana ed europea. Pur ipotizzando che la pandemia in corso si esaurisca in tempi "sopportabili", che alle sue conseguenze sociali si possa far fronte ricorrendo a misure eccezionali, si aprono nuovi scenari per le politiche di lotta contro la povertà e l'esclusione in un mondo nuovo, che si differenzia da quello in cui il r.d.c. ha visto la luce per il fatto che i rischi sociali si sono accresciuti. Sembra evidente che a una simile consapevolezza debba corrispondere quella della centralità dell'investimento sui sistemi di protezione sociale. Ma non deve neanche dimenticarsi che, già prima dell'ultima emergenza, ad accrescere i rischi erano molteplici fattori, fra i quali, sempre più destinate a incidere, la trasformazione tecnologica e la digitalizzazione: foriere di nuove opportunità, ma anche di nuovi fenomeni di esclusione ed emarginazione. In questa prospettiva, fra le indicazioni provenienti dal volume senz'altro è condivisibile quella di dedicare risorse all'innovazione sociale, di puntare sulla capacità "generativa" delle misure che devono essere progettate in risposta. Nel contesto presente, occorre domandarsi se le misure di contrasto alla povertà applicate o applicabili assecondino cambiamenti determinati da precise opzioni politiche ed economiche, reversibili e modificabili (cambiamenti indotti dalla globalizzazione economica e dal prevalere di dottrine neoliberali che implicano la riduzione del lavoro da diritto a merce, con la perdita di tutele già assicurate dall'ordinamento: nel volume, P. Bianchi pone criticamente in relazione lo spazio acquisito da tali misure nel dibattito politico-scientifico e nelle legislazioni degli Stati europei con le trasformazioni economiche e politiche degli ultimi quarant'anni); o se le stesse misure, nello scenario di una riforma del *welfare* che si discosti da quelle opzioni, siano comunque uno strumento necessario per far fronte agli effetti di cambiamenti per loro natura difficilmente arrestabili (sviluppo tecnologico e digitalizzazione). Come costituzionalisti, riteniamo che le misure di contrasto alla povertà non debbano

essere progettate ed applicate come la componente accessoria di un modello di società neoliberale che porta con sé uno scenario di ulteriore ridimensionamento del *welfare State*, non compatibile con la tradizione del costituzionalismo sociale e democratico europeo: esse devono essere concepite e disegnate in maniera tale che possano svolgere la funzione di riaffermare la centralità della persona in democrazie fondate sul lavoro e sull'inclusione, aggiornando e rinvigorendo quella tradizione. In questo senso, è utile ricordare che, affinché le nostre democrazie siano più inclusive, è necessario che la trasformazione tecnologica sia orientata e governata, innanzitutto per renderne controllabili le conseguenze sociali; che le politiche di formazione professionale siano ripensate per rendere i lavoratori in grado di resistere ai contraccolpi di cambiamenti impetuosi; che siano assicurate e rafforzate la redistribuzione della ricchezza e la progressività dell'imposizione fiscale, anche attraverso una "tassa sul *web*" (secondo le indicazioni della "*policy agenda*" proposta in un contributo firmato da diversi economisti, all'interno del volume). Interventi legislativi e politiche di contrasto alla povertà devono essere progettati e applicati "nel contesto di un *welfare* che deve ripensarsi complessivamente per essere non soltanto sostenibile, ma anche adeguato ai cambiamenti sociali e alle esigenze reali delle persone" (E. Rossi). È altamente improbabile che una simile sfida possa essere affrontata con efficacia soltanto dal livello nazionale. Nell'ambito dell'Unione europea, è indispensabile una netta inversione di tendenza rispetto al decennio dell'austerità e dei vincoli "stupidi", distruttori della solidarietà e della coesione; è più che mai auspicabile il rafforzamento della dimensione sociale dell'integrazione per rendere possibile la disciplina e il finanziamento a livello sovranazionale di una misura di contrasto alla povertà all'altezza della sfida. Ciò presuppone la ridefinizione delle priorità del progetto, per realizzare quell'opera di ricostruzione dell'ordinamento costituzionale europeo nella sua integrità che implica il recupero e la centralità del principio di solidarietà (secondo una delle ultime lezioni lasciateci da Stefano Rodotà, alla quale ci si è voluti ispirare in un recente volume di cui chi scrive è stato il curatore, a cui rinviamo per più approfondite riflessioni: *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, CEPC, Madrid, 2018). Vorremmo, dinanzi alle manifestazioni terribili di quell'antica natura onnipossente che tutti ci fece all'affanno, che tutti i leader europei avessero letto e imparato a memoria, *par coeur*, i versi dell'ultimo Leopardi: che, superando divisioni e egoismi nazionali, consapevoli di quanto le scellerate politiche di ridimensionamento dello Stato sociale abbiano accresciuto gli affanni di tutti i loro popoli (e messo in pericolo la democrazia e lo stesso progetto dell'integrazione), come è diventato ancor più visibile nel corso dell'ultima emergenza, comprendessero che la sola risposta è nell'impegno per rinsaldare senza indugio la "social catena": nel suo sviluppo e consolidamento oltre le

frontiere di Stati di dimensione irrilevante rispetto alle sfide con cui deve misurarsi l'intera società europea.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La notifica a mezzo PEC nei giudizi in via d'azione: un'esclusione che non convince del tutto*

FABIO CORVAJA**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 200 del 24 luglio 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0200s-19.html

Data della pubblicazione sul sito: 30 maggio 2020

Suggerimento di citazione
F. CORVAJA, *La notifica a mezzo PEC nei giudizi in via d'azione: un'esclusione che non convince del tutto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in *Le Regioni*

** Ricercatore in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Padova. Indirizzo mail: fabio.corvaja@unipd.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. La sentenza n. 200 del 2019 e la connessa ordinanza non numerata, pronunciata nell'udienza pubblica del 3 luglio 2019, hanno giustamente richiamato l'attenzione della dottrina[1] per una questione processuale trattata nelle due decisioni, vale a dire la ritualità o meno della notificazione del ricorso per conflitto di attribuzione tra enti effettuata dal difensore della Regione ricorrente a mezzo di posta elettronica certificata (PEC).

Il problema della validità di tale notificazione è stato affrontato dalla Corte costituzionale per decidere l'eccezione di tardività della costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri, eccezione sollevata dalla Regione sul presupposto che la costituzione era intervenuta oltre il termine di cui all'art. 25, quarto comma, delle Norme integrative (venti giorni dal termine che il ricorrente ha per il deposito del ricorso, a sua volta fissato in venti giorni, decorrenti dal perfezionamento della notifica anche per il destinatario[2]).

L'eccezione sarebbe risultata fondata ove tale termine dovesse essere calcolato dalla data di invio – e dunque di simultanea ricezione – della PEC, mentre la costituzione in giudizio sarebbe stata tempestiva se il termine fosse calcolato individuando come *dies a quo* quello di una seconda notificazione, che la ricorrente aveva effettuato mediante ufficiale giudiziario, evidentemente per finalità tuzioristiche, e che si era perfezionata successivamente.

L'ordinanza pronunciata in udienza, respingendo l'eccezione di tardività della costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio, si limita ad affermare apoditticamente che "la notificazione a mezzo PEC, prevista dal Codice del processo amministrativo, non è allo stato applicabile nel giudizio di costituzionalità", sicché occorreva far riferimento al momento di perfezionamento

[1] Le due pronunce sono state segnalate, per il profilo che interessa anche questa nota, da P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0,* in *Consulta on-line*, n. 1/2020, 158, e da R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive,* in *Consulta on-line,* n. 2/2020, 277 s.

[2] Per il giudizio relativo ai conflitti di attribuzione tra enti si veda, oltre alla sentenza n. 200 del 2019 qui in commento, anche la sentenza n. 107 del 2015. Per i giudizi di legittimità costituzionale in via principale già la sentenza n. 318 del 2009 aveva chiarito che il termine di dieci giorni per il deposito del ricorso decorre dal momento in cui l'atto perviene al destinatario, sul rilievo che l'anticipazione del perfezionamento della notifica al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario o all'agente postale "non ha ragione di operare con riguardo ai casi in cui detto perfezionamento assume rilievo, non già ai fini dell'osservanza di un termine in quel momento pendente nei confronti del notificante, bensì per stabilire il *dies a quo* inerente alla decorrenza di un termine successivo del processo, qual è nella specie il deposito del ricorso notificato". Il principio, ribadito anche dalla sentenza n. 106 del 2011 e dall'ordinanza n. 31 del 2014, è coerente con quanto ora stabilisce il codice del processo amministrativo all'art. 45, comma1.

della notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario, momento rispetto al quale la costituzione era tempestiva.

La sentenza, che conferma l'ordinanza adottata in udienza, utilizza due argomenti a sostegno della inutilizzabilità della notificazione con posta elettronica certificata.

Il primo fa leva sulla specialità dei giudizi innanzi alla Corte, con la quale tale modalità di introduzione dei ricorsi in via principale o per conflitto di attribuzione sarebbe – sempre "allo stato" – non compatibile.

Il secondo argomento, collegato al primo, si sostanzia nella affermazione secondo la quale, proprio in forza di tale specialità, non opererebbe il rinvio dinamico disposto dall'art. 22, primo comma, della legge n. 97 del 1953 alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, da intendersi ora riferito a quelle del codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del d.lgs. n. 104 del 2010, nel cui contesto la notifica a mezzo PEC è consentita.

A questi due argomenti la sentenza aggiunge, come rilievo di mero fatto, l'inciso secondo cui tale modalità di notificazione non è mai stata sin qui utilizzata per i ricorsi in via d'azione.

2. Se l'esito, cui l'ordinanza e la sentenza pervengono, di considerare tempestiva la costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio, appare condivisibile, non sembrano invece persuasivi i due argomenti posti dalla Corte alla base della decisione.

Preliminarmente, va osservato che l'affermazione secondo cui le notifiche via PEC non sono mai state utilizzate nel processo costituzionale rimane una constatazione di mero fatto e non può essere considerata – per evidenti ragioni[3] – un fondamento sufficiente a sostegno della inammissibilità di tale mezzo di notificazione. Inoltre, per quanto consta, non è nemmeno del tutto esatto che tale strumento non sia mai stato utilizzato per l'introduzione di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, posto che in qualche occasione le regioni se ne sono servite, sia pure con lo stesso accorgimento prudenziale utilizzato dalla regione Calabria per il conflitto di attribuzione deciso con la sentenza n. 200 del 2019, ovvero procedendo ad una seconda notificazione con le tradizionali modalità cartacee (mediante ufficiale giudiziario o a mezzo posta).

Quanto all'argomento della specialità dei giudizi avanti alla Corte costituzionale, l'invocazione generica della peculiarità del processo costituzionale rispetto a tutti gli altri sembra provare troppo, e quindi rischia di non provare niente.

[3] Ragioni riassunte nella "legge di Hume", che impedisce in un contesto argomentativo il salto dall'*essere al dover essere*.

Invero, il richiamo alla specialità delle funzioni di controllo costituzionale affidate alla Corte, per esempio, è stato spesso determinante per motivare l'esclusione della applicazione ai giudizi avanti alla Corte costituzionale di regole processuali comuni.

Ciò è avvenuto, ad esempio, per le norme sulla sospensione feriale dei termini, contenute prima nella legge n. 818 del 1965 e poi nella legge n. 742 del 1969.

Tuttavia, tale esclusione è sempre stata motivata dalla Corte non con il semplice richiamo ad una specialità del giudizio costituzionale, bensì evidenziando – per i giudizi in via di azione – che le norme costituzionali (art. 127, quarto comma, Cost. nel testo originario; art. 2 della legge cost. n. 1 del 1948) e legislative (art. 39 della legge n. 87 del 1953) fissano dei termini precisi per l'introduzione del processo, e che questo complesso di norme "costituisce una disciplina dei termini, che è particolare dei giudizi di competenza della Corte costituzionale e corrisponde all'interesse, di diritto obbiettivo, alla sollecita rimozione di eventuali situazioni di illegittimità costituzionale, soprattutto nei rapporti tra Stato e Regioni"[4]. Tale interesse è verosimilmente una delle ragioni che nella recente emergenza epidemiologica ha indotto la Corte costituzionale a tenere fermi comunque i termini di introduzione dei giudizi[5], pur a fronte di una disciplina legislativa che prevedeva anche la sospensione straordinaria dei termini del processo amministrativo, di possibile applicazione anche ai giudizi avanti alla Corte costituzionale[6].

[4] Così la sentenza n. 15 del 1967, relativa ad un giudizio di legittimità costituzionale in via principale. A tale decisione rinvia poi la sentenza n. 18 del 1970, relativa ad un conflitto di attribuzione tra Stato e Regione. In termini simili, dopo l'entrata in vigore della legge n. 742 del 1969, anche la sentenza n. 30 del 1973, che, oltre "alla peculiarità dei giudizi di costituzionalità, alla autonomia della loro disciplina processuale, all'esigenza della loro rapida definizione", valorizza il dato testuale della nuova legge. Questa giurisprudenza è stata sempre confermata: cfr. tra le decisioni più recenti, le sentenze n. 278 del 2010 e n. 190 del 2017. Le medesime "peculiari esigenze di rapidità e certezza" cui il processo costituzionale deve rispondere sono richiamate per escludere l'applicazione della sospensione feriale dei termini anche ai giudizi in via incidentale (così, tra le molte, le sentenze n. 239 del 1982, n. 215 del 1986 e n. 46 del 2011).

[5] Si vedano il decreto della Presidente della Corte costituzionale del 12 marzo 2020, recante "Misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19", e il successivo decreto della Presidente della Corte del 24 marzo 2020, recante "Nuove misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19", al punto 2.

[6] Nel decreto del 12 marzo 2020 la Corte si riservava di valutare l'applicabilità dell'art. 3 del decreto-legge n. 11 del 2020, nei limiti di compatibilità con le regole processuali costituzionali, secondo quanto previsto dall'art. 22 della legge n. 87 del 1953; nel decreto del 24 marzo 2020, l'art. 84 del decreto-legge n. 19 del 2020 viene ritenuto applicabile ai

Analogamente, anche l'inapplicabilità alla notifica dell'atto introduttivo delle regole contenute nelle norme sulla rappresentanza dello Stato in giudizio previste dall'art. 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260, è stata giustificata, oltre che con la specialità della Corte quale organo di controllo costituzionale, non assimilabile ad una giurisdizione amministrativa o speciale, in primo luogo con i dati testuali[7], ma anche con la circostanza che il Presidente del Consiglio dei ministri è evocato nei conflitti intersoggettivi come "rappresentante dello Stato inteso come ordinamento unitario"[8]. Anche nei giudizi di legittimità costituzionale in via di azione, questa *vocatio in ius*, come ricorda la sentenza n. 333 del 2000, configura una "modalità particolare di un regime processuale che tiene conto anche della speciale posizione di 'rappresentanza dell'unità dell'ordinamento statale' che il Presidente del Consiglio assume quando si costituisce nei giudizi di costituzionalità in via principale"[9].

Nel presente caso, invece, il richiamo alla specialità si esaurisce in se stesso, senza indicare le ragioni normative o logiche per cui tale specialità, in assenza di regole dettate su questo punto per il processo costituzionale, impedirebbe l'utilizzo di una modalità di notifica prevista in via generale.

3. Nemmeno il secondo argomento formulato nella sentenza n. 200 del 2019 per escludere la notificazione a mezzo PEC risulta, a mio avviso, convincente.

L'affermazione secondo cui in forza della specialità dei giudizi avanti alla Corte non opererebbe il rinvio al Codice del processo amministrativo è per un verso meramente assertiva e per altro verso non del tutto conferente.

Posto che la legge n. 87 del 1953 rinvia, per l'integrazione della disciplina processuale, al regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato e che tale rinvio è interpretato come rinvio mobile e dunque riferito oggi al corpo normativo che l'ha sostituito[10], la sentenza non permette di comprendere quale profilo di

giudizi avanti alla Corte, sempre, in quanto compatibile, considerata la autonomia della Corte costituzionale e "la specificità dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa".

[7] Sentenza n. 13 del 1960, pronunciata in un giudizio per conflitto di attribuzione, in cui si osserva che gli artt. 41 e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e l'art. 27, primo comma, delle norme integrative non prevedono la notificazione dell'impugnativa presso l'Avvocatura dello Stato. L'indirizzo è stato poi sempre confermato: vedi, sempre per i conflitti di attribuzione tra enti, le sentenze n. 355 del 1992, n. 344 del 2005 e n. 107 del 2015. Per quanto riguarda i giudizi di legittimità costituzionale in via principale si vedano le sentenze n. 208 del 2010, n. 344 del 2005, n. 333 del 2000, n. 135 del 1997, n. 295 del 1993, n. 355 del 1992.

[8] Sentenza n. 13 del 1960.

[9] Sentenza n. 333 del 2000.

[10] Sentenza n. 85 del 2012, e con maggiore chiarezza la sentenza n. 161 del 2012. Sulla questione si veda anche F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*

specialità inibisca, in questo caso, il richiamo delle norme contenute nel codice del processo amministrativo.

L'ipotesi secondo cui tale rinvio non opererebbe per la ragione che il processo costituzionale, a differenza di quello amministrativo, non è un processo telematico, non trova riscontro nella sentenza in esame, anche se la precisazione di una inapplicabilità delle notificazioni a mezzo PEC che sussiste "allo stato" sembra preludere ad una futura possibilità di servirsi di tale modalità una volta che fosse introdotto il c.d. processo costituzionale telematico[11].

In ogni caso, l'evocazione, nell'ordinanza e nella sentenza, della inapplicabilità del codice del processo amministrativo, non è di per sé idonea ad escludere la possibilità di notifica con modalità telematica, perché non è nel codice del processo amministrativo che sono contenute le norme sulla notificazioni a mezzo PEC effettuate dagli avvocati, bensì nell'art. 1, comma 1, e nell'art. 3-*bis*, della legge 1° gennaio 1994, n. 53, "Facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali"[12].

Infatti, il codice del processo amministrativo, in punto di notifiche, si limita a stabilire, con la norma di rinvio esterno contenuta nell'art. 39, comma 2, che le notificazioni degli atti del processo amministrativo "sono comunque disciplinate dal codice di procedura civile e dalle leggi speciali concernenti la notificazione degli atti giudiziari in materia civile".

è invece la legge che disciplina il potere degli avvocati di notificare in proprio gli atti giudiziali che prevede la facoltà di notificazione con modalità telematica, eseguita a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Ciò che più conta, tale modalità di notificazione, offerta agli avvocati in alternativa a quella postale, prescinde dalla natura "telematica" o "cartacea" del processo, come è reso evidente dal fatto che la notificazione via PEC era possibile,

---

in via principale, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2014, 191 s.

[11] In questo senso legge la pronuncia R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico* cit., 278.

[12] L'art. 3-*bis*, che regola le modalità di notifica in forma telematica, è stato inserito nella legge n. 53 del 1994 dall'art. 16-*quater*, comma 1, lett. d), del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, come a sua volta inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013. Per la giustizia civile il comma 3 dell'art. 16-*quater* del decreto-legge n. 170 del 2012 differiva l'efficacia di tali disposizioni alla avvenuta modifica del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, recante il regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, modifica che è stata poi disposta dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48.

per gli avvocati, già prima del passaggio al processo telematico, e come risulta anche dall'art. 3-*bis* della legge n. 53 del 1994, che non fa cenno alla forma del giudizio[13]. Diversa sarà soltanto la modalità di deposito, in quanto nel caso di notificazione a mezzo PEC in un processo ancora cartaceo l'atto sarà prodotto corredato dalla prova di notificazione in formato cartaceo, con attestazione della conformità della relata.

Secondo le regole generali, dunque, la possibilità di notificare con la posta elettronica certificata l'atto introduttivo di un giudizio in via d'azione dovrebbe essere ammessa anche se il processo costituzionale è rimasto – con le eccezioni recentemente introdotte in via transitoria in occasione della emergenza epidemiologica da Coronavirus-19 e poche altre[14] – un processo analogico, nonostante gli auspici espressi dal Presidente della Corte nella relazione sulla giustizia costituzionale del 2016[15].

Questa facoltà non sembra esclusa dalla circostanza che la legge del 1994 si applica, secondo quanto dispone l'art. 1, comma 1, alla notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale.

Infatti, tale argomento testuale non ha mai impedito alla Corte costituzionale di considerare rituali le notificazioni effettuate dagli avvocati in proprio ai sensi della stessa legge del 1994, ma mediante il servizio postale[16].

---

[13] Sul punto si veda Consiglio di Stato, Ad. plen. sentenza 9 settembre 2017, n. 6, la quale precisa che la notifica a mezzo PEC, "oltre ad essere prevista da distinta norma primaria, risulta non essere condizionata dalla disciplina specifica del processo amministrativo telematico, che concerne (indispensabilmente) l'applicazione della telematica al sistema processuale amministrativo a partire dal deposito (in via telematica) dell'atto instaurativo del giudizio, già oggetto di notifica a mezzo PEC".

[14] Su tali provvedimenti della Presidente della Corte si vedano le considerazioni di P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0* cit. 158, e di R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico* cit., anche per gli ulteriori aspetti di digitalizzazione dei giudizi costituzionali (che sono limitati alle comunicazioni).

[15] *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, 9 marzo 2017, in cui si menziona l'avvio di "una serie di iniziative volte alla realizzazione, ormai prossima, del processo costituzionale telematico (dopo l'approvazione delle modifiche normative interne, a proposito delle quali uno specifico gruppo di lavoro, composto da funzionari e assistenti di studio, è stato incaricato di predisporre una bozza di articolato)". Nella relazione dell'anno successivo (*Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, presentata il 23 febbraio 2018) si dava conto della "realizzazione del processo costituzionale telematico, per la disciplina del quale è stato di recente approvato un nuovo testo delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, con la previsione dell'emanazione di nuove regole tecniche".

[16] A quanto consta, non sono mai state sollevate eccezioni su questa forma di notificazione, in uso per i ricorsi promossi dalle Regioni. Già in dottrina era stato osservato, da parte di F. DAL CANTO, *La notifica 'inesistente' del ricorso e la rinuncia, 'quasi' accettata,*

Ora, se è pacificamente ammessa la notificazione in proprio a mezzo posta nel processo costituzionale sulla base dell'art. 1, comma 1, primo periodo della legge n. 53 del 1994 non si vedono le ragioni per le quali non possa essere utilizzata la modalità alternativa, prefigurata dalla stessa disposizione, nel secondo periodo.

4. L'affermazione contenuta nella ordinanza 3 luglio 2019, poi ripresa nella sentenza n. 200 del 2019, circa la inapplicabilità delle norme del codice del processo amministrativo al caso di specie appare ancor più singolare se si considera che le norme che regolano il processo costituzionale non contengono alcuna regola sulle modalità con le quali si deve procedere alla notificazione degli atti.

Proprio questa lacuna ha imposto di reperire altrove la disciplina che regola le notifiche e la giurisprudenza costituzionale ha sempre fatto riferimento alle norme valevoli per i giudizi civili, in forza del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 2, del codice del processo amministrativo, a sua volta oggetto del rinvio dinamico di cui all'art. 22 della legge n. 87 del 1953.

In particolare, nella sentenza n. 144 del 2015, resa in un conflitto tra poteri, la Corte ha espressamente richiamato la necessità di osservare, per le notifiche, le formalità richiamate dal codice di rito civile: "formalità che – in virtù del richiamo operato dall'art. 22 della legge n. 87 del 1953 al regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, oggi disciplinata dal codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) – devono osservarsi nel procedimento davanti a questa Corte, secondo il disposto dell'art. 39, comma 2, del menzionato codice"[17].

Già in precedenza, peraltro, la Corte aveva affermato che la facoltà per l'Avvocatura dello Stato di notificare gli atti in proprio mediante il servizio postale, prevista dall'art. 55 della legge n. 69 del 2009 in riferimento agli atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale, è sicuramente estesa anche ai giudizi di costituzionalità, in quanto "compresi nella formula dell'art. 55 in virtù del richiamo operato dall'art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87 alle 'norme del regolamento

allo stesso: spunti in tema di instabilità del diritto processuale costituzionale, in *Giur. cost.* 2011, 4359, che da parte degli avvocati del libero foro non vi erano state esitazioni ad avvalersi di tale facoltà nel processo costituzionale, senza che ciò fosse oggetto di particolari rilievi. Gli unici casi di contestazione hanno riguardato le notifiche effettuate in proprio dall'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 55 della legge n. 69 del 2009, che ha esteso all'Avvocatura erariale la facoltà già prevista per gli avvocati del libero foro. Sul punto vedi *infra* il § 7.

[17] Sentenza n. 144 del 2015, ripresa dalla ordinanza n. 101 del 2017 e dalla sentenza n. 59 del 2018, tutte pronunciate nell'ambito di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato.

per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale', che, 'in quanto applicabili', si osservano nel procedimento davanti alla Corte costituzionale"[18].

5. L'assenza di una motivazione convincente nel corpo di una pronuncia giurisdizionale induce a ricercare altrove i motivi che possono – o *potrebbero* – avere indotto l'autorità decidente a determinarsi in un certo modo.

Nel caso di cui alla sentenza n. 200 del 2019 sarebbe risultato in un certo senso *eccessivo* pervenire alla conclusione della decadenza: sia perché lo stesso ricorrente, procedendo ad una doppia notificazione, aveva mostrato di dubitare della validità della prima notifica, effettuata con la PEC, sia perché si trattava comunque di questione nuova, mai affrontata in modo espresso dalla Corte costituzionale.

Tuttavia, per pervenire al rigetto della eccezione di tardività sarebbe stato sufficiente – e dunque forse preferibile – utilizzare canoni generali del diritto processuale, come ad esempio l'istituto dell'errore scusabile, espressamente previsto dall'art. 37 del codice del processo amministrativo.

Del resto, in altre occasioni, la Corte costituzionale si è dimostrata sensibile a queste esigenze di equità processuale, come è accaduto, ad esempio, nella prima decisione in cui essa ha affermato l'inapplicabilità nei giudizi costituzionali delle norme sulla rappresentanza dello Stato in giudizio[19], o allorché ha fatto valere, dopo decenni di sostanziale disapplicazione, la norma dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige che prevede, per l'impugnazione delle leggi statali da parte della Provincia autonoma, la delibera del Consiglio provinciale, ed ha conseguentemente richiesto che la Provincia ricorrente depositi tale delibera, anche eventualmente a ratifica dell'impugnazione promossa dalla Giunta provinciale, entro il termine perentorio previsto per la costituzione in giudizio del ricorrente[20]. In entrambi i casi la Corte è intervenuta con la tecnica del *prospective*

[18] Sentenza n. 310 del 2011. Su tale questione processuale vedi le osservazioni di F. DAL CANTO, *La notifica 'inesistente' del ricorso* cit., 4358 ss. La successiva sentenza n. 245 del 2017 ha ribadito che tale facoltà dell'Avvocatura erariale è "pacificamente applicabile anche ai giudizi di legittimità costituzionale". Nel senso della ritualità della notifica effettuata in proprio dall'Avvocatura dello Stato vedi anche le sentenze n. 87 del 2014 e n. 277 del 2013.

[19] Sentenza n. 13 del 1960, che, nel respingere l'eccezione di nullità della notifica sollevata dalla Avvocatura erariale in considerazione che il ricorso per conflitto non era stato notificato personalmente al Presidente del Consiglio dei ministri, osserva che si trattava di questione posta per la prima volta, "così che mancava ogni precedente atto a servire di norma".

[20] Si veda la sentenza n. 142 del 2012, ove si rileva che la stessa prassi della Corte aveva determinato, "anche per l'obiettiva incertezza interpretativa delle norme processali in materia, un errore scusabile", tale da ingenerare nelle Province autonome un affidamento.

ruling, individuando la regola valevole per il futuro ma non traendo da quella regola conseguenze decadenziali a carico della parte incolpevole.

Se invece la Corte ha preferito mantenere la regola della notifica cartacea è probabilmente perché essa ha ritenuto ancora non maturi i tempi per collegare, nel processo costituzionale, gravose decadenze a comunicazioni soltanto elettroniche. Se questo è vero, vogliamo leggere nella conservazione della regola una misura di prudenza, e non la determinazione di un principio che porterebbe a codificare a favore degli enti e degli organi convenuti avanti alla Corte costituzionale – un *diritto di ricevere l'atto su carta*, quasi fosse un retaggio di antichi *iura regalia*: e vediamo nella precisazione che la regola vale "allo stato" la conferma di questa interpretazione.

Per una valutazione favorevole di questa tecnica di *prospective overruling* si vedano le osservazioni di A. RUGGERI, *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovverosia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso… giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012),* in *Consulta on-line*, di A. MORELLI, *Limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti* in *federalismi.it* (12 settembre 2012), mentre il merito della sentenza è oggetto dei rilievi critici di E. ROSSI, *Ratifica consiliare della delibera giuntale di ricorrere contro le leggi statali in Trentino – Alto Adige: quando il rigore sembra eccessivo e ingiustificato*, in questa *Rivista*, 2012, 1107 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Osservazioni sulla sentenza n. 227 del 2019 della Corte costituzionale

CLEMENTE FORTE e MARCO PIERONI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 227 del 30 ottobre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0227s-19.html

Sommario

1. Premessa. 2. La pronuncia di illegittimità costituzionale. 3. Le argomentazioni della Corte. 3.1. I presupposti della ragionevolezza: l'iscrizione della spesa in bilancio e la non onerosità della previa copertura amministrativa di una legge. 3.2. Considerazioni sulle modalità di quantificazione e di copertura dell'onere. 3.3. I presupposti di una legge onerosa: individuazione degli interventi, delle risorse, studi di fattibilità, articolazione singole coperture. 3.4. Il ruolo del controllo.

Data della pubblicazione sul sito: 9 giugno 2020

Suggerimento di citazione

C. FORTE, M. PIERONI, *Osservazioni sulla sentenza n. 227 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Consiglieri della Corte dei Conti.

1. Premessa

Con la sentenza n. 227 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo 24 agosto 2018, n. 28, recante «Abruzzo 2019 – Una legge per L'Aquila Capoluogo: attraverso una ricostruzione, la costruzione di un modello di sviluppo sul concetto di Benessere Equo e Sostenibile (BES)»[1]

Secondo la Corte, per quel che riguarda l'esercizio 2018, le radicali innovazioni organizzative e programmatiche – che avrebbero dovuto produrre progetti operativi già nell'esercizio 2019 – denunciano il manifesto contrasto, con l'art. 81 Cost., della locuzione contenuta nel comma 1 dell'art. 16, secondo cui «per l'anno 2018 [dette innovazioni] non comportano oneri a carico del bilancio regionale».

Ritiene la Corte che emerge da tale espressione, se confrontata con elementari canoni dell'esperienza amministrativa, l'"irrazionalità" che la costante giurisprudenza costituzionale individua come qualificazione primaria del difetto di copertura, il quale sussiste non solo quando un'iniziativa onerosa non trova corrispondenza quantitativa nella parte spesa, ma anche quando in sede normativa si statuisce – in contrasto con i canoni dell'esperienza – che una complessa elaborazione organizzativa e progettuale non produce costi nell'esercizio anteriore a quello in cui si prevede l'avvio delle conseguenti realizzazioni.

Pertanto, il comma 2 dell'art. 16 – a parte il refuso normativo che individua come biennio il periodo 2018-2020 (evidente, invece, il riferimento agli esercizi 2019 e 2020) – comporta rilevanti violazioni del principio della copertura giuridica.

[1] Art. 16 (Norma finanziaria) 1. Le disposizioni della presente legge si applicano a decorrere dall'anno 2019 e pertanto per l'anno 2018 non comportano oneri a carico del bilancio regionale. 2. Per il biennio 2018-2020, agli oneri di cui all'articolo 7, stimati per entrambe le annualità in euro 785.000,00, e corrispondenti allo 0,5% dello stanziamento in bilancio relativo al gettito derivante dal bollo auto, si fa fronte con le risorse stanziate nella Missione 9 "Sviluppo sostenibile e tutela del territorio e dell'ambiente", Programma 09 "Politica regionale unitaria per lo sviluppo sostenibile e la tutela del territorio e dell'ambiente", Titolo 2 del bilancio pluriennale 2018-2020, stanziamento di nuova istituzione, iscritte con la legge di bilancio ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42). 3. Agli oneri per gli esercizi successivi, corrispondenti allo 0,5% dello stanziamento in bilancio relativo al gettito derivante dal bollo auto, si fa fronte con legge di bilancio. 4. Le risorse di cui alla presente legge sono assegnate dalla Regione secondo il principio dell'addizionalità.

La Corte ha concluso che i vizi inerenti alle modalità di copertura previste dall'art. 16 rendono illegittima, per contrasto con l'art. 81 Cost., l'intera legge reg. Abruzzo n. 28 del 2018.

2. Art. 19 Cost. e diritto ad un luogo di culto: conferme e novità dalla sentenza n. 254 del 2019 della Corte costituzionale

Sulla base dell'illustrazione delle caratteristiche della legge della Regione Abruzzo, non v'è dubbio che si tratta di una disposizione che, nella sua unitarietà, appare *in toto* in contrasto con l'art. 81 Cost. Questa conclusione è stata efficacemente rappresentata dalla sentenza in esame, cui va dato atto della sinteticità e dell'opportuno carattere *tranchant* del giudicato, attesa l'evidenza dell'illegittimità.

Nei suoi aspetti di base, la legge regionale n. 28 del 2019, art. 16, stabilisce infatti un onere permanente, che parte dall'esercizio 2019. Per il biennio 2019-20, gli oneri, pari allo 0,5% del gettito derivante dal bollo auto, vengono coperti a carico del bilancio 2018-2019 mediante l'istituzione di un nuovo stanziamento. Per gli esercizi successivi, l'onere viene calcolato con la medesima percentuale e ad esso si provvede sempre con il bilancio.

Davanti ad una legge siffatta, i termini della questione sono (ovvero, sarebbero stati) molto chiari e sintetici: il bilancio non costituisce un mezzo di copertura di oneri fissati da un'altra legge ordinaria. Ciò non solo è scolpito nell'obbligo di copertura, come costituzionalmente disciplinato (art. 81, comma terzo, Cost., in base al quale "ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte"), ma è, conseguentemente, suggellato dall'ordinamento contabile, nonché dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 141/2014) e dalla sterminata letteratura al riguardo[2]. Valgano a tale ultimo riguardo le seguenti,

[2] La tematica affrontata si inscrive nel più ampio contesto dello studio della contabilità di Stato e più in generale della finanza pubblica; sicché, in considerazione del ristretto spazio di una nota a sentenza, non v'è margine per un'esplicazione puntuale degli istituti di volta in volta richiamati. Ci si limita ad un mero richiamo alle principali fonti dottrinali; in primo luogo, si fa rinvio all'elaborazione della dottrina tedesca di fine inizio del XX secolo, tuttora fondamento della riflessione sul diritto del bilancio (*Budgetrecht*): si vedano, fra i principali contributi (a cura di C. FORTE): C. SCHMITT, *Democrazia e finanza,* in *Beemoth*, n. 5, 1988-89, p.41 ss.; P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, Milano 2007; R. GNEIST e G. JELLINEK, *Legge e bilancio- Legge decreto*, Milano 1997, p. 271; J. HATSCHEK, *La legge di bilancio quale negozio giuridico parlamentare in forma di legge*, in *Nuovi Studi Politici*, gennaio-marzo 1999; F. V. MARTITZ, *Sul concetto costituzionale di legge in base al diritto pubblico tedesco*, in *Iustitia* , anno LIV, gennaio-marzo 2001; G. MEYER, *La partecipazione delle assemblee alla gestione finanziaria,* in *Nuovi studi politici*, n. 1 del 2002; G. SEIDEL, *Bilancio e diritto del bilancio nella contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco, Introduzione*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n.3-4 maggio-agosto 2016; G. SEIDEL, *Bilancio e diritto del bilancio nella*

icastiche parole: "il piano delle leggi di spesa (o di minore entrata) 'altre' rispetto alla legge di bilancio assume l'equilibrio espresso da quest'ultimo quale ineliminabile parametro di riferimento per valutare la consistenza e la congruità dei mezzi finanziari destinati a coprire gli oneri nuovi o maggiori".
Davanti a tanta chiarezza, la Corte affronta una serie di percorsi argomentativi nel punto 2 del *Considerato in diritto* sui quali appare meritevole svolgere una serie di considerazioni, pur non potendosi non condividere la conclusione circa l'illegittimità *tout court* della legge, come già evidenziato.

3. Le argomentazioni della Corte

I blocchi argomentativi del *Considerato in diritto* possono essere organizzati almeno in quattro parti.

3.1 I presupposti della ragionevolezza: l'iscrizione della spesa in bilancio e la non onerosità della previa copertura amministrativa di una legge

In primis, viene posto l'argomento della "ragionevolezza dei presupposti giuridici ed economici [degli stanziamenti in parte entrata e spesa] che ne sorreggono l'iscrizione in bilancio". Più innanzi si chiarisce che, in base ad "elementari canoni dell'esperienza amministrativa […] il difetto di copertura sussiste non solo quando un'iniziativa onerosa non trova corrispondenza quantitativa nella parte spesa, ma anche quando in sede normativa si statuisce – in contrasto con i canoni dell'esperienza – che una complessa elaborazione organizzativa e progettuale non produce costi nell'esercizio anteriore a quello in cui si prevede l'avvio delle conseguenti realizzazioni". Ciò concorrerebbe a comportare "rilevanti violazioni del principio della copertura giuridica".

Stando a questo primo gruppo di argomenti, il difetto di copertura si verificherebbe dunque se non c'è una iscrizione nella parte spesa (si presume in bilancio) e se non è previsto che una complessa elaborazione organizzativa e

contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco, Rappresentazione dogmatica del diritto del bilancio (sesto capitolo), in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5-6 settembre-dicembre 2016; G. SEIDEL, *Bilancio e diritto del bilancio nella contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco, Cap. III: gli aspetti tecnico-finanziari del bilancio,* in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1-2 gennaio-aprile 2017; A. HÄNEL, *La legge in senso formale e materiale*, Lipsia 1888 - Cap. IV: *La legge di bilancio,* in *Rivista della Corte dei conti*, Anno LXX – n 5-6 – Settembre-Dicembre 2017; A. HÄNEL, *La legge in senso formale e materiale*, Lipsia 1888, Introduzione-Capitolo I-II: *La forma della legge* in *Rivista della Corte dei conti*, Anno LXXI – n.1-2 – Gennaio-Aprile 2018; A. HÄNEL, *La legge in senso formale e materiale*, Lipsia 1888, Capitolo III: *Il contenuto della legge*, in *Rivista della Corte dei conti*, Anno LXXI n. 3-4 – Maggio-Agosto 2018.

progettuale non produca costi nell'esercizio anteriore a quello in cui si prevede l'avvio delle conseguenti realizzazioni riferite alla legge.

Circa l'iscrizione nella parte spesa, l'argomento è sostenibile se riferito ai primi esercizi, quindi, almeno al triennio iniziale (se si tratta di spesa ultratriennale, ovviamente, come nella fattispecie). In linea generale, va ricordato, in linea di principio, che per gli oneri pluriennali non si può pretendere, che per ogni esercizio di validità della legge debba essere indicato l'onere in termini di spesa. Lo schema di cui all'art. 38 del decreto legislativo n.118 del 2011, per le leggi regionali (ma analoga disposizione è prevista a livello statale), contempla che il rinvio ai bilanci futuri, per le leggi con oneri continuativi, è possibile alla condizione che si tratti di onere non obbligatorio (e che dunque esso possa essere modulato, fino al possibile azzeramento, in dipendenza dei mezzi disponibili per la copertura ovvero in base a scelte discrezionali). Nella fattispecie l'onere (permanente) è da considerarsi obbligatorio nella misura in cui è fissato rigidamente dalla legge in discorso nel suo *quantum*. L'argomento della sentenza si sarebbe dovuto basare dunque, per il verso qui considerato, sulla specificazione della natura dell'onere: se è obbligatorio, come nel caso in esame, la legge richiede la copertura per ogni anno dell'onere stesso, mentre, se non è obbligatorio, esso può non essere indicato per ogni esercizio dalla relativa legge istitutiva. Questo statuisce l'ordinamento contabile, sicché la mancata iscrizione della spesa non costituisce di per sé un argomento esaustivo. Lo è nel caso di specie essendo l'onere permanente.

Ma è il secondo argomento che lascia perplessi per varie motivazioni, nel momento in cui si impone che la legge debba statuire che una complessa elaborazione organizzativa e progettuale non produca costi nell'esercizio anteriore a quello in cui si prevede l'avvio delle conseguenti realizzazioni. A parte l'irretroattività di una legge, che evidentemente non può disporre per il periodo antecedente alla propria entrata in vigore, l'argomento della sentenza sembrerebbe risolversi nell'affermazione secondo cui una legge di particolare complessità tecnica, debba essere preceduta, nell'esercizio precedente, da una elaborazione organizzativa e progettuale per la sua futura realizzazione, tale tra l'altro da non produrre costi. Non si comprende se debba a sua volta trattarsi di un'altra legge oppure di un *motu proprio* dell'amministrazione per attrezzarsi – peraltro, senza costi (per non avvitarsi in un altro problema di quantificazione e copertura) – per rendere possibile la realizzazione di una legge futura.

Ma *quid* applicando, per esempio, questo criterio alla legge di bilancio dello Stato?

Ciò sempre se si rimane ad una interpretazione letterale e piatta dell'art. 81, terzo comma, Cost. [3], per cui anche le leggi di bilancio sarebbero sottoposte all'obbligo di copertura e se inoltre si intende per copertura anche quella amministrativa, ai sensi della richiamata norma costituzionale. Tutte le amministrazioni pubbliche interessate alla legge di bilancio si dovrebbero dunque attrezzare nell'esercizio precedente per dare attuazione ad una legge i cui contenuti saranno noti dalla metà di dicembre in poi, secondo l'esperienza delle più recenti sessioni parlamentari di bilancio (a tacere dalla complessità del compito).

Il quesito di base riguarda dunque il fondamento su cui si può basare l'assunto per cui la copertura amministrativa (anche non previa) di una legge poggi sull'obbligo costituzionale di copertura: la sentenza non offre spiegazioni al riguardo.

3.2 Considerazioni sulle modalità di quantificazione e di copertura dell'onere

Nel prosieguo si rinviene nella sentenza un'altra affermazione su cui conviene svolgere qualche considerazione, ossia "a prescindere dal rilievo che il gettito derivante dal 'bollo auto' è un'entrata corrente e quindi la sua destinazione a spese di investimento dovrebbe essere corredata dalla previsa dimostrazione – nella fattispecie del tutto assente – di un *surplus* delle entrate correnti rispetto al complesso delle spese correnti e del rimborso prestiti, lo stanziamento di euro 785.000,00 risulta assolutamente privo di un riferimento all'andamento storico del gettito del tributo e al tipo dei progetti che, nella magmatica enumerazione della legge, si intendono privilegiare".

Si osserva al riguardo che il gettito richiamato dalla legge, come prima riportato, non funge da copertura dell'onere, bensì da parametro di quantificazione dell'onere stesso: in altre parole, la legge impugnata dispone che l'onere sia pari allo 0,5 del gettito del "bollo auto", ma non che il relativo gettito sia la fonte di copertura. Tale equivoco non rende facilmente comprensibile la successiva affermazione circa l'assenza di un riferimento all'andamento storico del gettito del tributo, affermazione che avrebbe un senso se il gettito in questione sostanziasse la copertura dell'onere, il che non corrisponde al contenuto della legge. La sentenza assume, dunque, come copertura il parametro di quantificazione dell'onere.

[3] P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, p. 119 ss., in *Dizionario di contabilità pubblica*, (a cura di) A. BARETTONI ARLERI, Milano, 1989; V. ONIDA, *Le leggi di spesa*, Milano, 1969; A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, 1985. Più di recente, tra gli altri: K. NIKIFARAVA, *Il guardiano dei numeri: l'equilibrio di bilancio visto dalla Corte dei conti in sede di parificazione dei rendiconti regionali*, in C. CARUSO e M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, 2020 (in corso di pubblicazione).

Non si riesce poi facilmente a comprendere il motivo per cui l'utilizzo di un'entrata corrente per la copertura di una spesa di investimento "dovrebbe essere corredata dalla previa dimostrazione […] di un *surplus* delle entrate correnti rispetto al complesso delle spese correnti e del rimborso prestiti". Infatti, al di là dell'aspetto quantitativo, con una tale copertura si avrebbe un miglioramento della qualità del bilancio complessivo, dal momento che mezzi correnti andrebbero a finanziare interventi di parte capitale ed una spesa di investimento genera nel tempo – secondo il classico schema keynesiano – un ritorno in grado di restituire, in teoria, la copertura attraverso l'incremento del prodotto. In secondo luogo, l'obbligo di copertura presuppone un rapporto biunivoco pari all'unità tra l'onere e la compensazione: dato l'equilibrio di bilancio, la legge onerosa non deve peggiorare questo equilibrio dopo la propria entrata in vigore. Non è dato allora comprendere il motivo per cui per utilizzare a copertura un'entrata corrente occorra previamente dimostrare un'eccedenza delle entrate correnti rispetto al complesso delle spese correnti e al rimborso prestiti. L'affermazione non è spiegata e tra l'altro meriterebbe una delucidazione anche circa l'esclusione dal computo dell'equilibrio di partenza circa la spesa per investimenti, se l'eccedenza deve essere dimostrata solo rispetto alle spese correnti e al rimborso prestiti, come sostiene la sentenza. In sintesi, è sufficiente che la nuova o maggiore entrata utilizzata a copertura sia effettivamente aggiuntiva rispetto all'equilibrio dato. Altresì poco chiaro è il requisito della legittimità circa l'enumerazione del tipo di progetti che si intendono privilegiare.

3.3 I presupposti di una legge onerosa: individuazione degli interventi, delle risorse, studi di fattibilità, articolazione singole coperture

Il terzo gruppo di argomenti addotto è in linea di principio del tutto condivisibile. Si sostiene, infatti, che una legge complessa deve 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, tenendo conto del costo ipotizzato degli interventi finanziabili e delle risorse già disponibili". In questo modo, infatti, si realizzerebbe "quella chiarezza finanziaria minima richiesta dalla costante giurisprudenza costituzionale di questa Corte in riferimento all'art. 81 Cost.".

L'argomento, pur ineccepibile, appare però troppo raffinato - ed ideale - per non scontrarsi con la prassi inveterata a livello sia statale che regionale per quanto attiene alla copertura (anche) amministrativa delle leggi. Sicché in base a questo pur condivisibilissimo criterio, almeno in astratto, sarebbe difficile ipotizzare una legge di spesa - sia statale che regionale - costituzionalmente legittima (se non per l'ipotesi di un cd. "fattore legislativo"): anche in questo secondo caso, *quid*, per

esempio, a proposito della legge di bilancio dello Stato (i cui contenuti sono definiti nell'urgenza dei tempi prima ricordati)? Ciò poi senza considerare i riferimenti generici della sentenza a concetti da inquadrare con chiarezza, invece, come le "risorse effettivamente disponibili": "effettivamente" significa cassa, tesoreria, altro?

Il fatto è che, in tema di copertura, non bisogna perdere di vista il fatto che l'essenza giuridica, oltre che politica, dell'obbligo di copertura, al di là dell'equivalenza aritmetica tra le due componenti (onere e compensazione) e della conseguente difesa, dell'equilibrio dato del bilancio, deve rispondere anche e soprattutto a requisiti di trasparenza, per mettere nelle migliori condizioni il cittadino-elettore di comprendere i sacrifici inferti alla collettività (copertura) in vista dei benefici contestualmente accordati (onere): da questo punto di vista è evidente la connessione tra l'obbligo del bilanciamento ed il principio di sovranità di cui all'art. 1 Cost. attraverso il vincolo della trasparenza.

Si può collegare a questo terzo gruppo di argomenti anche la successiva sottolineatura, ad opera della sentenza, circa l'esigenza di evitare che una legge - in sintesi - esprima "una mera ipotesi politica, la cui fattibilità giuridica ed economico-finanziaria non è supportata neppure da una schematica relazione tecnica". A tale ultimo riguardo, vale la pena di ricordare che – *vox clamans in deserto* - la Corte dei conti[4], per le leggi statali, da tempo mette in luce la frequente insufficienza delle relazioni tecniche, per quanto concerne la ricostruibilità degli oneri e la dimostrazione della relativa sostenibilità, soprattutto nel corso del tempo. Un passaggio poi molto più complicato e di non facile accettabilità è sostenere che l'assenza (ovvero l'insufficienza) della relazione tecnica - prevista peraltro dalla legge di contabilità nazionale - costituisca *tout court* un criterio di legittimità per

[4] Sul piano della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte dei conti, si vedano: Corte conti, Sezioni riunite in sede di controllo*, Relazione quadrimestrale sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relativa al quadrimestre settembre-dicembre 2019*, delib. n. 3/SSRRCO/RQ/20; la Relazione riporta in Appendice la sintesi dei profili metodologici riguardanti la legislazione ordinaria e la legge di bilancio dello Stato (p. 153 ss.) ed il Repertorio delle pronunce della Corte costituzionale citate dalla Corte dei conti nelle relazioni quadrimestrali 2012-2019 sulla tipologia delle coperture adottate sulle tecniche di quantificazione degli oneri delle leggi di spesa dello Stato; in tema, va citata anche Corte conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, *Relazione sulle tipologie delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relativi alle leggi della regione Emilia-Romagna pubblicate nell'anno 2018*, delib. n. 46/2019/RQ, che, nel riferire tanto alla Giunta quanto al Consiglio regionale, ricostruisce, tra l'altro, il quadro normativo di riferimento in materia di copertura delle leggi di spesa regionali. In materia, per le ricerche di base, si vedano: Corte costituzionale - Servizio studi, *La finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) M. PIERONI, 2008, STU 198_1.

una disposizione primaria. Vero è che sussistono fonti rafforzate – come i Regolamenti parlamentari – che equiparano le due ipotesi della carenza ovvero della insufficienza delle quantificazioni a quelle relative alle coperture finanziarie. Ma vero è pure che ciò implicherebbe sostenere allora l'illegittimità - per violazione dell'art. 81 Cost. - di tutte le leggi le cui corrispondenti iniziative risultino prive della Relazione tecnica ovvero semplicemente presentino carenze da questo punto di vista. Ciò non sembra trovare cittadinanza nella norma costituzionale in discorso.

Comunque, pare di scorgere, dall'affermazione qui in esame della sentenza, che la Corte intenda considerare illegittima, per violazione dell'art. 81, terzo comma, Cost., la "legge-proclama", che costituisce "una mera ipotesi politica". Sempre tralasciando gli effetti della trasposizione di questo principio alle leggi dello Stato e segnatamente a quelle di bilancio, si può osservare per intanto che questa affermazione permette di cogliere il nocciolo fondante della contabilità pubblica, almeno per gli enti che pongono in essere leggi (Stato e Regioni), ossia il rapporto tra legge e bilancio.

Il punto è che in tanto una legge ricade nell'obbligo di copertura in quanto essa detti oneri che i bilanci siano costretti a recepire nei loro stanziamenti, con il vincolo del non peggioramento dell'equilibrio dato prima dell'approvazione della legge onerosa. Questo è il perno su cui ruota la contabilità pubblica (come, del resto, icasticamente suggellato dall'antica suddivisione tra il terzo e quarto comma dell'art. 81 Cost. previgente alla riforma del 2012, le ragioni del cui superamento non sono state mai del tutto chiare, essendo, la suddivisione, implicita nell'obbligo di copertura, che è stato infatti confermato). Se dunque si verifica che una legge si limiti a prevedere un'agenda senza indicare oneri per singoli esercizi e senza creare obblighi in tal senso per i bilanci (ecco il passaggio essenziale), si può sostenere che tale tipologia di leggi non soggiace all'obbligo copertura. Ne mancherebbe il presupposto, ossia l'onere da iscrivere e da coprire. Coglie nel segno, dunque, la giurisprudenza costituzionale quando evidenzia che "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 o maggiori spese" (sentenza n.197 del 2019, richiamata dalla sentenza qui in esame). Ma è del tutto evidente che il presupposto di validità di tale fondamentale principio è che una legge crei l'obbligo per il bilancio di indicare un onere (con la conseguenza che quest'ultimo deve essere coperto al di fuori del bilancio stesso, ossia appunto nella legge ordinaria che lo istituisce): se ciò non si verifica, ossia se la legge non impone al bilancio di iscrivere l'onere, costituisce pertanto solo una mera petizione di principio che essa debba essere sottoposta alla copertura finanziaria (in assenza oltre tutto dell'indicazione del *quantum* da coprire).

Quindi, non è in sé la tipologia della "legge-proclama" ad essere illegittima ai sensi dell'art. 81, terzo comma, Cost., ma solo quella fattispecie che vincoli il bilancio ad iscrivere un onere. In caso contrario, la legge meramente programmatica non appare violare l'indicato precetto costituzionale: esempio ne possono essere le leggi che rinviano a determinazioni del CIPE ovvero facciano genericamente riferimento ai fondi europei, senza creare cioè obblighi precettivi, ma limitandosi a prescrivere finalità, eventualmente nell'ambito di risorse in essere. Tali considerazioni consentono di ritornare sul tema della frequente legislazione regionale che demanda al bilancio la quantificazione degli oneri (e naturalmente la relativa copertura), il che rimette in campo il principio di base della contabilità pubblica prima evidenziato. In altre parole, la delicatezza e la frequente assenza di chiarezza sul punto rendono opportuno ribadire che, se una siffatta legge lascia libertà alle previsioni di bilancio di indicare o meno una provvista finanziaria per darvi attuazione, senza dunque creare un obbligo in tal senso, essa giuridicamente non appare di per sé in contrasto con l'obbligo costituzionale di copertura, se non indica l'ammontare della prestazione e rinvia pertanto, per la copertura, ai bilanci futuri. Vale naturalmente l'argomento di segno opposto. La massima che se ne può trarre è dunque che solo una legge onerosa vincolante per il bilancio deve essere opportunamente coperta, sicché essa non alteri – *ex ante* – l'equilibrio di bilancio dato. Questa è l'essenza della contabilità pubblica nel rapporto decisione di spesa-bilancio. Ed il citato art. 38 del d.lgs. 118 del 2011 (e l'analoga norma nella legge di contabilità statale) è del tutto coerente con tale assunto.

3.4 Il ruolo del controllo[5]

Un quarto gruppo di argomenti di cui alla parte motiva della sentenza concerne il ruolo ed il nesso tra i profili prima discussi ed il controllo (e dunque) il rendiconto, nelle varie sedi.

[5] C. CHIAPPINELLI, *I controlli*, p. 468 ss., in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte generale (a cura di) G. CORSO, V. LOPILATO, 2006; G. COGLIANDRO, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di) M. CHITI, G. GRECO, 1998, p. 284 ss.; M. CARABBA, *Politiche pubbliche e controllo sui risultati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1997, p. 1207 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) S. CASSESE, Milano 2003; F. STADERINI, *La Corte dei conti e gli enti locali*, in Riv. Corte dei conti, n. 4/2005, p. 221 ss. Più di recente: *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e su gli altri enti pubblici* (a cura di) A. GRIBAUDO, R. PATUMI, Rimini 2020; *Studio dei controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti* (a cura di) V. TENORE E A. NAPOLI, Napoli 2020; *L'attività di controllo delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti* (a cura di) T. TESSARO, S. SIRAGUSA, G. PIZZICONI, Roma 2018.

Nello specifico, la sentenza pone, come evidenziato, l'esigenza - sempre per non incorrere in violazioni dell'art. 81, terzo comma, Cost. - di evitare, a pena di illegittimità, "leggi-proclama" sul futuro, del tutto carenti di soluzioni attendibili e quindi inidonee al "controllo democratico *ex ante* ed *ex post* degli elettori". L'argomento viene ripreso successivamente quando si fa presente che sta "nei principi fondanti della disciplina del bilancio pubblico" il fatto che, tra l'altro, "la successiva gestione e la rendicontazione diano atto - sempre in coerenza con i presupposti economici, giuridici e fattuali - degli effetti delle circostanze sopravvenienti raffrontandoli con il programma iniziale".

Si introducono qui nessi che, per il loro carattere stringente, non risultano del tutto chiari, se naturalmente si verte - come dovrebbe essere in presenza di una sentenza - sui presupposti di legittimità o meno di una legge ai sensi della richiamata norma costituzionale. Nello specifico, non appaiono anzitutto del tutto intellegibili, come parametro di illegittimità, le modalità del citato "controllo democratico *ex ante* ed *ex post* degli elettori" (si veda in proposito la sentenza n. 184 del 2016). L'argomento è talmente ampio che si sarebbe al riguardo dovuto specificare a quali istituti in essere può essere ricollegato il riferimento (soprattutto) al controllo democratico *ex ante*, se quello *ex post* può essere genericamente fatto riconfluire nell'esito della successiva tornata elettorale. Traendo spunto dalla citata sentenza n. 184, forse il riferimento è al programma presentato in campagna elettorale, ma è facile constatare, se così fosse, che la discordanza tra una legge ed il programma elettorale (*quid* in caso di coalizioni di governo?) solo con molta difficoltà può costituire argomento giuridico tale da concretizzare un parametro di illegittimità per difetto di copertura. Troppe sfumature possono far correre il rischio di rendere meno solido il giudizio (si potrebbe discutere *ad infinitum* la misura dell'attuazione di un programma elettorale ad opera della singola legge, senza considerare, inoltre, l'ipotesi della mancata attuazione, totale o parziale, di tale programma). Comunque, è evidente che il pericolo di spostarsi verso la scivolosa problematica del mandato imperativo.

Evocare poi l'esigenza di ritenere, tra i principi fondanti della disciplina del bilancio pubblico, che "la successiva gestione e la rendicontazione diano atto - sempre in coerenza con i presupposti economici, giuridici e fattuali - degli effetti delle circostanze sopravvenienti raffrontandoli con il programma iniziale", se pur in linea di principio del tutto condivisibile, pone complessi problemi circa la concreta fattibilità, dal punto di vista considerato, che l'atto-rendiconto, a livello sia regionale che statale, possa svolgere la funzione qui prevista.

La predetta concettualizzazione non appare sufficientemente esplicitata, considerandone anche un'applicazione ai conti dello Stato; sicché si rendono necessarie delle precisazioni.

1) Il controllo *ex ante* si attaglia indubbiamente al rispetto del principio della copertura finanziaria della legislazione di spesa (cfr. precedenti punti 2 e 3).

Difatti, come evidenziato dalla Corte costituzionale (v. sent. n. 26/2013), l'obbligo di copertura, di quantificare cioè in modo puntuale l'onere e di reperire corrispettive risorse idonee a garantire gli equilibri di bilancio, deve essere osservata dal legislatore necessariamente *ex ante*; detta obbligazione si configura e si precisa solo ove la legge importi un vincolo a carico del bilancio; solo, cioè, se gli oneri configurino attività doverose e obbligatoriamente predeterminate per le pubbliche amministrazioni, condizionando quell'equilibrio in essere del bilancio, come prima evidenziato. In sostanza, è la morfologia giuridica del rapporto che la legge di spesa instaura nel bilancio a determinare l'insorgenza o meno dell'obbligo di risolvere la questione di copertura fuori dell'equilibrio di bilancio e dentro la legge di spesa, assumendo tuttavia il primo come parametro di riferimento, ora anche pluriennale[6], da non peggiorare.

Il modulo di legislazione di spesa è funzione della morfologia giuridica dell'onere e a sua volta la tecnica di copertura è funzione del modulo: alla radice dell'obbligo di copertura c'è dunque la morfologia giuridica dell'onere, nuova o maggiore spesa ovvero minore entrata, intendendo con tale formula il grado di vincolo che la legge sostanziale impone e trasferisce alla struttura e all'equilibrio del bilancio annuale e pluriennale dato.

2) Il contenuto del controllo *ex post* svolto dalla Corte dei conti in sede di rendiconto consiste nell'operazione di raffronto dei risultati del rendiconto generale tanto per le entrate quanto per le spese, con la legge di bilancio, facendo riferimento all'intero ciclo della programmazione finanziaria annuale e, quindi, non solo alla legge di bilancio, ma anche all'eventuale legge di autorizzazione all'esercizio provvisorio, alla legge di assestamento, alle leggi e ai provvedimenti di variazione[7] (cfr., anche, Corte cost. n. 72/2012); va aggiunto che, segnatamente in sede regionale, detto controllo *ex post* sul rendiconto trova il suo perno nel vaglio, ad opera della Corte dei conti, del rispetto dei principi della contabilità armonizzata e in particolare della trasparente costruzione delle componenti contabili che concorrono a qualificare il risultato di amministrazione, che costituisce la posta principale per la verifica del rispetto dell'equilibrio di bilancio regionale.

3) Il controllo *ex post*, nella logica della parte motiva della sentenza in commento, che a sua volta richiama il precedente di cui la sentenza 184 del 2016, riguarda il diverso profilo della sana gestione (97 Cost.), nella parte in cui la Corte dei conti, secondo la prospettazione contenuta nella sentenza n. 227, è chiamata svolgere la valutazione riguardante il rapporto tra gli obbiettivi gestionali della legislazione di

[6] V. P. DE IOANNA, *op. cit.*

[7] C. CHIAPPINELLI*, Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti regionali,* in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3-4/2016, Parte IV – Dottrina, pp. 505 ss.

spesa ed i risultati conseguiti (in ciò implicitamente evocando il disposto di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 20 del 1994).

A quest'ultimo riguardo, non può non evidenziarsi che detta funzione di controllo gestionale esorbita tanto dal controllo sulla copertura quanto dal vaglio degli equilibri come rappresentati nel rendiconto regionale.

Invero, le" sopravvenienze" di cui fa menzione la sentenza, operano *ad extra* rispetto tanto al controllo della copertura finanziaria della legislazione di spesa rappresentata nel rendiconto quanto in relazione alla verifica della corretta costruzione dell'equilibrio; in altre parole, le valutazioni della Corte dei conti, sotto questo versante, non possono che avere, a differenza delle prime due riferite funzioni, una valenza squisitamente di referto sia all'esecutivo che alle assemblee della sovranità regionale, allo scopo: *i*) di rappresentare le osservazioni in merito alla regolarità della gestione e alle conseguenti proposte di misure correttive nonché di interventi di riforma ritenuti adeguati; *ii*) di consentire all'esecutivo regionale e al consiglio - e di riflesso (nell'auspicio della Corte costituzionale) ai cittadini - la valutazione del grado di conseguimento delle politiche pubbliche sottese alla legislazione regionale.

In realtà, l'esercizio di detta funzione, sulla base del criterio dell'esperienza (impiegato dalla Corte costituzionale per fondare la *ratio decidendi* della citata sentenza n. 227), vale a maggior ragione per il caso in esame; infatti, il controllo della gestione in conformità ai principi del buon andamento, esige una conoscenza dettagliata della formazione dei programmi di spesa, del loro finanziamento e della loro rappresentazione contabile, tenuto conto delle "sopravvenienze" (cfr. Corte cost. n. 184/2016), tanto che appare arduo realizzare la suggerita contestualità tra l'esercizio delle predette due funzioni (controllo sulla copertura e controllo sull'equilibrio) e quella di verifica della sana gestione finanziaria come evocata dalla Corte costituzionale; difatti, salvo elementi refertuali di massima, un'analisi dettagliata del grado di realizzazione dei programmi di spesa, di norma, non può che comportare uno slittamento della valutazione di detti profili gestionali riguardanti un determinato esercizio finanziario in quelli successivi, anche lontani nel tempo (se il livello dell'istruttoria raggiunta lo consenta).

4) In conclusione, la sintetica predetta concettualizzazione, in mancanza di queste precisazioni, rischia di mescolare l'ambito e l'oggetto delle funzioni di controllo attribuite alla Corte dei conti, in quanto le componenti della triade copertura-equilibrio di bilancio e sana gestione finanziaria non possono dirsi necessariamente sovrapponibili, essendo, i sottesi parametri costituzionali, posti a presidio di valori costituzionali tra loro non coincidenti[8]. Rimane comunque l'esigenza che

[8] Cfr., sul punto, C. FORTE, M. PIERONI, *Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza*

l'assunzione dell'art. 97, secondo comma, Cost. a parametro di legittimità costituzionale sia adeguatamente esplicitato e motivato, anche perché la lettera e lo spirito ad esso riferibili sembrano riguardare profili altri rispetto a quelli custoditi da principi strettamente riferibili alla salvaguardia della finanza pubblica.

pubblica, par. 5.3.1., in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/04/08-Forte-Pieroni-FQC-2-2020.pdf, Aprile 16, 2020.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Appalti e criminalità organizzata*

GIUSEPPE DI GASPARE**

Sommario

1. Il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici; 1.1. Semplificazione, qualità e trasparenza nelle procedure. – 1.2. Le novità in tema di contrasto alla corruzione e alla mafia. – 2. La normativa sugli appalti e il sistema delle fonti. – 2.1. La sovrapposizione di legislazione statale e regionale in materia di contratti pubblici. – 2.2. L'innesto della *soft law* nella normativa sugli appalti. – 3. Criticità croniche del sistema degli appalti. – 3.1. La persistenza di sacche speculative di un mercato non concorrenziale. – 3.2. La perversa interazione tra *surplus* finanziario e criteri discrezionali di aggiudicazione degli appalti. – 3.3. Il ricorso al *general contractor* nel settore delle grandi opere. – 3.4. La separazione tra progettazione ed esecuzione – i progetti di fattibilità. – 3.5. La deresponsabilizzazione mediante *compliance*. – 3.6. La responsabilità della stazione appaltante e quella dell'impresa appaltatrice. – 3.7. Trasparenza e diffusione delle banche dati. – 4. Alcune proposte per rafforzare il contrasto alla corruzione e alla mafia. – 4.1. Il rafforzamento del progetto e il ruolo delle stazioni appaltanti- - 4.2. Misure di contrasto alla revisione della spesa. – 4.3. Un coerente sistema dei controlli preventivi e successivi. – 4.4. Un Osservatorio nazionale e una banca dati trasparente, completa e interoperabile. – 5. Conclusioni. Una riconfigurazione funzionale del sistema degli appalti pubblici.

Data della pubblicazione sul sito: 9 giugno 2020

Suggerimento di citazione

G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Relazione per la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle Mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, XVII Legislatura, dicembre 2018. Il presente saggio riproduce il testo della relazione rimessa alla Commissione Antimafia e agli atti della Commissione, integrato da riferimenti normativi a quella data. Con l'occasione della pubblicazione ho ritenuto utile corredare il testo con note "glosse" tratte da miei scritti precedenti sul tema al fine di illustrare in modo più circostanziato le criticità rilevate nel testo. Si ringrazia il Prof. Pietro Falletta per la collaborazione nella ricostruzione sintetica della normativa vigente (punti 1 e 2) e le ricercatrici del Centro Vittorio Bachelet della LUISS G Carli, dottoresse Federica Notari, Michela Tresca e Simona Sannino per la sistemazione dei riferimenti normativi, della giurisprudenza e delle note.

** Professore Ordinario di Diritto dell'Economia nella Libera università internazionale degli studi sociali Guido Carli (LUISS). Indirizzo mail: gdigaspare@luiss.it.

1. Il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici

Con l'approvazione del decreto correttivo[1] al nuovo Codice degli appalti[2] si è chiusa la prima fase di definizione della normativa di riferimento generale per la disciplina a livello nazionale del settore degli appalti e delle concessioni.

È in corso d'opera la seconda fase, volta a mettere a punti l'articolato mosaico degli atti di regolazione sub primaria previsti dal legislatore delegante. Nel nuovo codice si è chiaramente optato per il superamento del modello rigido del regolamento unico a favore di un sistema attuativo più snello e flessibile demandato però ad una pluralità di strumenti normativi ed amministrativi, e in particolare, ad almeno tre tipologie di linee guida, nonché a decreti ministeriali, interministeriali, e D.P.C.M, con il rischio, da monitorare, del riproporsi, a valle, di incertezze conseguenti a sovrapposizioni di fonti o a lacune normative.

Nella dicotomia tra rigidità e flessibilità, il Codice ha chiaramente scelto la seconda opzione. Semplificazione, qualità e trasparenza sono i principi ispiratori della riforma, nella conclamata prospettiva di maggiore legalità e minore corruzione da perseguire attraverso la profonda revisione e il rafforzamento di strumenti volti ad arginare fenomeni corruttivi.

1.1 Semplificazione, qualità e trasparenza nelle procedure

La semplificazione, tanto formale quanto sostanziale, è la cornice essenziale della nuova disciplina sui contratti pubblici.

Sotto il profilo formale, si è già accennato alla scelta di un codice - non in sé conchiuso - che si limitasse al recepimento delle direttive e a un "riordino complessivo" della materia, demandando, eminentemente, a linee guida i dettagli operativi.

Dal punto di vista sostanziale, la proliferazione della normativa, generata da un codice a schema attuativo aperto, dovrebbe essere contenuta da un principio di portata semplificatoria generale costituito dal divieto di *gold plating* ossia dal divieto di introduzione di livelli di regolazione maggiori o più incisivi rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni oggetto di recepimento che possono cagionare maggiori oneri amministrativi per i destinatari[3]. Nel dettaglio, i singoli istituti

[1] D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, pubblicato nella G.U. n. 103 del 5 maggio 2017 ed entrato in vigore il 20 maggio 2017.

[2] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 ed entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione.

[3] L'art. 1 della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha stabilito, tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, anche il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee

dovrebbero favorire la diminuzione di tempi e costi della procedura, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti[4], la standardizzazione delle procedure attraverso bandi tipo[5] e la piena informatizzazione delle procedure di gara[6]. La semplificazione viene ricercata con la previsione di una maggiore flessibilità, in particolare per i contratti sotto soglia comunitaria. La flessibilità troverebbe maggiore applicazione nelle diverse ipotesi di partenariato pubblico privato per l'esigenza di lasciare spazi alla negoziazione paritetica cui fa riferimento la IV parte del Codice ove viene enucleato il suo ambito operativo e contenutistico nonché le sue forme esplicative quali il project financing, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche. Tutte formule organizzative da monitorare adeguatamente nella loro concreta applicazione in quanto non esenti, nel passato[7], da profili di criticità dal punto di vista dei controlli e dal rischio di infiltrazioni illegali[8].

Sul versante della qualità della progettazione e della realizzazione delle attività oggetto di appalto, numerose disposizioni del Codice insistono su una migliore idoneità tecnica ed economica di strumenti e soggetti coinvolti nelle procedure. Sotto il profilo soggettivo, la nuova disciplina è più esigente nel riconoscimento dei requisiti di qualificazione degli operatori economici[9], introducendo anche differenti e più elevati requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti, sul presupposto che la preparazione e la competenza professionale di quanti siano

da recepire, facendo salva la tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli, quali, ad esempio, la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia.

[4] L'art. 37, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, impone alle stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 di procedere all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Il comma successivo prevede ulteriori ipotesi di aggregazione in relazione a stazioni appaltanti che siano Comuni non capoluoghi di provincia.

[5] Art. 71, d.lgs. n. 50/2016, in base al quale al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi.

[6] Art. 58, d.lgs. n. 50/2016.

[7] Soprattutto la disciplina del *project financing*, contenuta nel previgente art. 153 del d.lgs. 163/2006, viene ampiamente riscritta dagli art. 183 ss., d.lgs. n. 50/2016, attraverso una considerevole riduzione e semplificazione della fattispecie.

[8] Sul punto, v. *infra*, par. 3.3.

[9] Art. 83, d.lgs. n. 50/2016.

preposti alle relative incombenze rappresenti una delle più valide forme di difesa preventiva contro la corruzione. Sul versante oggettivo della disciplina, si segnala l'importante principio secondo cui gli appalti relativi ai lavori debbono essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto appare maggiormente idoneo a garantire la rispondenza dell'opera a parametri di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi previsti e dei costi preventivati[10].

In merito alla trasparenza[11], il Codice si pone in sintonia con le più recenti innovazioni in tema di pubblicità e accessibilità degli atti amministrativi, specie a seguito della maggiore coerenza impressa da alcune disposizioni del decreto correttivo in tema di accesso agli atti e informazione ai candidati[12]. Nella stessa direzione di una maggiore apertura delle procedure di gara alla partecipazione ai cittadini, va la previsione del dibattito pubblico obbligatorio[13] sulle grandi opere, e l'introduzione di modelli di partenariato "*latu sensu* sociale", quali gli interventi di sussidiarietà orizzontale[14] e il baratto amministrativo[15]. La decisa spinta verso

[10] L'art. 23, comma 8, specifica che il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.

[11] Artt. 29 e 53, d.lgs. n. 50/2016.

[12] Cfr. le modifiche al comma 4 dell'art. 29, e l'aggiunta del comma 4-bis, da parte dell'art. 19, d.lgs. n. 56/2017.

[13] Sul punto, si rinvia a G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 settembre 2017.

[14] L'art. 189, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede che per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza.

[15] L'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, dispone che gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse

una completa digitalizzazione degli appalti attesta, infine, l'intento del legislatore di rendere aperte, accessibili e partecipate le procedure di gara, con vantaggi su tempi, costi e qualità del loro svolgimento.

1.2 Le novità in tema di contrasto alla corruzione e alla mafia

Evidentemente, un quadro normativo così ambizioso ed innovativo non può non prendere in considerazione il contrasto alla corruzione e alle infiltrazioni mafiose, tema cruciale che fa sempre da sfondo ad ogni valutazione in ordine al buon funzionamento delle procedure di appalto.

Il Codice affronta la questione in modo sia diretto che trasversale.

Tra le disposizioni che puntano immediatamente ad accrescere le garanzie di legalità delle procedure di gara, rilevano particolarmente quelle sui requisiti di ordine generale degli operatori economici estesi anche ai subappaltatori[16]. Al riguardo, il nuovo Codice intende segnare il passaggio da un sistema "statico" dei requisiti formali, quale quello assai controverso delle SOA, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, oggettivi e misurabili, che esprimano la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa.

Particolarmente articolata è anche la disciplina dei motivi di esclusione contenuta nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 che ripropone, in parte, la disciplina del precedente codice[17] precisandola, tuttavia, in alcuni punti attesa la maggiore analiticità delle nuove cause di esclusione.

Altro punto fermo della riforma, in coerenza con l'obiettivo di correlare indissolubilmente legalità e appalti, è il rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti[18]. L'ANAC in questo ambito è chiamato, inoltre, ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di

generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

[16] Art. 83, d.lgs. n. 50/2016.

[17] Cfr. art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

[18] Tra le disposizioni che segnano la centralità dell'ANAC, vanno segnalate: quella contenuta nell'art. 38, in base a cui presso l'ANAC viene tenuto l'elenco delle stazioni appaltanti; la previsione di cui all'articolo 211, secondo cui l'ANAC potrà esprimere pareri di precontenzioso su questioni sorte durante lo svolgimento della procedura di gara che, in caso di assenso di entrambe le parti, potranno divenire vincolanti; in termini generali, i compiti di vigilanza, controllo e regolazione previsti dall'art. 213, commi da 1 a 17-*bis*.

regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione ed applicazione del Codice.

Sono, tuttavia, le norme che modificano istituti e strumenti tradizionali quelle che impattano maggiormente sugli obiettivi di legalità, sia pure trasversalmente.

In questo senso, con riferimento alla scelta del contraente, si spinge per una più estesa applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, che in precedenza rappresentava solo una delle alternative a disposizione delle stazioni appaltanti[19] Tale metodo di aggiudicazione assurge a criterio preferenziale per tutte le procedure di appalto divenendo obbligatorio per gli appalti dei servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera nei settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori[20]. Settori nei quali, in concomitanza, e per una effettiva tutela del lavoro, dovrebbe regolarsi in fase di emanazione della normativa sub primaria, con particolare attenzione, il ricorso al subappalto a organismi non tenuti per loro conformazione giuridica al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori (cooperative) ove si è avuto modo maggiormente di riscontrare infiltrazioni della criminalità organizzata.

Si è, inoltre, già fatto cenno alla particolare attenzione che il legislatore ha riposto sui sistemi di qualificazione, tanto delle imprese quanto delle stazioni appaltanti, con l'obiettivo non celato di assicurare in tal modo procedure più limpide, oltre che prestazioni più efficienti. In questa direzione, vanno anche l'istituzione dell'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici[21] e dell'albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore[22]. Tutte misure volte a garantire che, tanto dalla parte del committente quanto da quella dell'appaltatore, vi sia una "patente" certificata di moralità pubblica, oltre che di affidabilità.

Va, comunque evidenziato che, sull'opportunità e sull'efficacia pratica di ciascuno di questi interventi sussistono perplessità - espresse, tra l'altro, a più

[19] Fino al 1994 la regola generale era l'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. G. DI GASPARE, *La grande occasione degli appalti,* in *La Voce*, 21 novembre 1994. La normativa comunitaria impone che l'appalto venga aggiudicato all'impresa che offre il prezzo più vantaggioso. Non si può quindi escludere un'offerta perché troppo bassa, senza averne prima, verificato i costi in contradditorio.

[20] Art. 95, d.lgs. n. 50/2016.

[21] Art. 78, d.lgs. n. 50/2016.

[22] Art. 196, d.lgs. n. 50/2016.

riprese dal Consiglio di Stato in sede consultiva[23] e, solo in parte, superate - nonché repentine retromarce in sede di correttivo, su segnalazione della stessa ANAC.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ha espresso non poche riserve sul sistema del rating d'impresa rilevando che le cause di esclusione per difetto di requisiti morali necessitano d'una formulazione più chiara e immediatamente fruibile da parte delle stazioni appaltanti, nonché di un migliore raccordo con il codice penale e la legislazione antimafia. Lo stesso legislatore ha dovuto modificare in sede di correttivo il carattere obbligatorio del rating nonché la previsione di un sistema sanzionatorio in capo all'ANAC, considerato l'elevato rischio di *gold plating*, previamente segnalato dalla stessa ANAC[24].

Inoltre, un sistema basato sulla presenza di albi ed elenchi, specie per l'accesso ai lavori pubblici, rischia di essere una riproposizione, per la sua valenza eminentemente formale, di espedienti utilizzati in passato a partire dall'albo dei costruttori che, più che disincentivare le infiltrazioni criminali, si sono risolte in barriere all'ingresso di nuovi operatori per cui tali misure incorporino un potenziale limite alla promozione del confronto concorrenziale[25].

Critiche di segno analogo sono state mosse nei confronti dei sistemi di qualificazione e certificazione, che rischiano di risolversi in mere attestazioni cartacee di qualità e affidabilità inidonee a garantire una verifica sostanziale sulla struttura e sulla condotta finanziaria delle "imprese", soprattutto tenendo conto della conformazione giuridica di società di capitale nonché di gruppi finanziari - piuttosto che la veste di gruppi industriali - che molti operatori del settore assumono, riproducendosi così con le certificazioni quel sistema statico di controllo formale dal quale il Codice, nella formulazione dei suoi principi, avrebbe invece voluto distaccarsi integralmente[26].

Altro punto critico è rappresentato dalla commistione di competenze dell'ANAC, sia in chiave regolatoria, sia rispetto ai poteri di vigilanza. Nel primo senso, il massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (c.d. *soft law*) pone

[23] Consiglio di Stato, parere del 21 marzo 2016 su Schema di decreto legislativo recante Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11.

[24] Art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 52, d.lgs. n. 56/2017.

[25] Alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, istitutiva dell'albo dei costruttori, si può far risalire l'avvio della recinzione del mercato nazionale delle opere pubbliche. Cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p.176.

[26] Sulla scarsa efficacia del sistema delle certificazioni, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 6.

non pochi interrogativi sulla collocazione di tali regole all'interno del sistema delle fonti, anche rispetto al procedimento di formazione e agli effetti di una disciplina così rilevante. Rispetto ai poteri di vigilanza si può segnalare il rischio di un loro eccessivo accentramento in capo all'ANAC: lo stesso responsabile dell'Autorità richiama l'attenzione sul carattere non particolarmente penetrante dei predetti poteri confinati nella sostanza in un controllo sulla legittimità degli atti, seppur esteso in alcuni casi (EXPO) con convenzione *ad hoc* alla attività di gestione di diritto privato[27].

In definitiva, benché siano evidenti gli sforzi per creare un sistema complessivo più snello e trasparente, rimangono allo stato nel nuovo Codice degli appalti non pochi nodi irrisolti, alla luce, tra l'altro, delle indiscusse peculiarità del contesto italiano e della storica stratificazione di norme, prassi e istituti difficili da rimuovere solo attraverso disparati interventi di semplificazione, qualificazione e trasparenza. In altri termini, rimangono sullo sfondo della nuova disciplina questioni insolute o risolte con modalità che non tengono in debita considerazione la complessità del contesto fattuale e regolamentare del sistema degli appalti, specie in relazione al tema costantemente critico della inadeguatezza del mero rispetto della legalità formale delle procedure e dei controlli di legittimità a fungere da efficace surrogato nella prevenzione e nel contrasto delle infiltrazioni criminali.

2. La normativa sugli appalti e il sistema delle fonti

2.1 La sovrapposizione di legislazione statale e regionale in materia di contratti pubblici

Un primo profilo di complessità della disciplina sugli appalti pubblici attiene alla tradizionale disarticolazione del quadro normativo, considerata la sovrapposizione di competenze *multilevel* in materia e la frenetica e variegata stratificazione di fonti di produzione del diritto nello specifico settore.

A rendere ancor più complicato il predetto assetto delle fonti ha contribuito la riforma del Titolo V della Costituzione incidendo sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici. La Corte costituzionale è intervenuta sulla questione con diverse pronunce volte a far rientrare la materia "lavori pubblici", di volta in volta, tra quelle di potestà legislative esclusive dello Stato o concorrenti[28] attraverso una restrizione dell'ambito di competenza del

[27] Sulla natura formale dei controlli da parte dell'ANAC, cfr. audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 8.

[28] Corte cost. 25 settembre 2003, n. 303.

legislatore regionale, anche con riguardo alle Regioni a statuto speciale[29]. Nonostante gli interventi del giudice costituzionale, volti a dare disciplina più omogenea a livello nazionale al fine di contrastare la segmentazione del mercato degli appalti pubblici, le Regioni hanno comunque continuato ad introdurre disposizioni difformi dal quadro normativo nazionale, come attestano recenti provvedimenti legislativi della Regione Sicilia che, in forza della propria specialità, ha introdotto una disciplina con tratti di originalità, anche con riserva di deroga, rispetto a quella codicistica[30].

2.2 L'innesto della *soft law* nella normativa sugli appalti

Un altro profilo di criticità da segnalare è relativo agli ampi spazi di regolazione concessi all'ANAC per l'attuazione del Codice. Al riguardo, l'obiettivo della semplificazione in fase attuativa viene perseguito, principalmente, attraverso un massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (c.d. *soft law*) in particolare attraverso gli svariati rinvii "in bianco" del Codice a "linee guida" dell'ANAC per l'applicazione della stessa disciplina codicistica[31]. In particolare andranno prese in esame, in fase di implementazione del Codice, l'impatto di tali misure, sostanzialmente a contenuto regolamentare ma che, tuttavia, evitano le scansioni procedimentali, i controlli e gli obblighi di partecipazione previsti per l'emanazione dei regolamenti veri e propri. Rimane, inoltre, aperto, sullo sfondo, il problema dell'incidenza delle suddette fonti di *soft law,* della loro efficacia vincolante verso i soggetti estranei alla amministrazione nonché del possibile conflitto tra norme eterogenee, della loro riconduzione alla tipologia delle direttive amministrative e dei conseguenti eventuali spazi di autonomia da riconoscersi alle stazioni appaltanti.

---

[29] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 17 dicembre 2008, n. 411, e Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401.

[30] L.r. n. 12/2011, come modificata dalla l.r. n. 8/2016 e dalla l.r. n. 1/2017.

[31] Non si può fare a meno di ricordare come la semplificazione sia stato un obiettivo tanto astrattamente perseguito quanto di fatto disatteso. Cfr. G DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p. 142 in cui si evidenzia che «*Anche la gestione degli* ***appalti pubblici*** *per l'esecuzione delle opere pubbliche di ricostruzione è* ***all'epoca celere ed efficiente****, benché gli appalti vengano realizzati tramite una legislazione che, successivamente, giudicata farraginosa, verrà variamente modificata e rimossa.* ***Siamo ancora lontani dagli anni '70****, quando si innesca un trend di* ***interventi legislativi cosiddetti di accelerazione e semplificazione*** *delle procedure di gare per le opere pubbliche al quale si accompagna, con lo stesso crescendo di intensità,* ***un risultato di segno opposto: la continua diminuzione di efficienza, un allungamento dei tempi e un esorbitante incremento dei costi di realizzazione delle opere pubbliche****».*

3. Criticità croniche del sistema degli appalti

3.1 La persistenza di sacche speculative di un mercato non concorrenziale

Non si può non richiamare l'attenzione sul fatto che, già nel 1992, l'AGCM segnalava il settore degli appalti come scarsamente competitivo e dunque a rischio corruzione. L'irrompere di Tangentopoli avrebbe di lì a poco confermato in pieno la bontà di tale rilievo. La prima risposta del legislatore ai gravi fenomeni corruttivi ivi svelati aveva cominciato a segnare un cambio di rotta con consistenti riduzioni dei prezzi di aggiudicazione degli appalti a seguito dell'approvazione della legge n. 109/1994 (legge Merloni nella prima formulazione).[32]

La normativa successiva, a partire dalle modifiche (ter, quater) della stessa legge, e le stratificazioni normative degli ultimi vent'anni hanno segnato più un'inversione di rotta che un miglioramento [33]. Il Codice degli appalti approvato nel 2006 può considerarsi il punto di arrivo di tale controtendenza avendo eliminato definitivamente i due cardini positivi pro-concorrenziali della legge Merloni, ossia l'aggiudicazione dell'appalto unicamente con il metodo del prezzo più basso e la separazione netta tra progettazione ed esecuzione dei lavori.[34]

L'abbandono di questi due principi portanti per un sistema degli appalti orientato in senso pro concorrenziale ha generato il ricorso sempre più indifferenziato a criteri di aggiudicazione altamente discrezionali e conseguentemente ha provocato una tendenza al rialzo fuori controllo di prezzi e tariffe, specie con riferimento a quelle tipologie di lavori e di opere con interventi altamente complessi ed intricati, come nel caso delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, favorendo di risulta l'affermarsi di una logica a-concorrenziale intrinsecamente collusiva per i conflitti di interesse e di ruolo.

Si sono, così, consolidate prassi che hanno reso particolarmente appetibile alla criminalità organizzata soprattutto il settore degli appalti di lavori, per il formarsi

[32] Sull'abbattimento dei costi di aggiudicazione degli appalti per un breve periodo subito dopo tangentopoli, si v. G. DI GASPARE, *La grande occasione degli appalti,* in *La Voce*, 21 novembre 1994.

[33] Sul successivo cambio di rotta e ripresa della lievitazione dei costi, *ibidem*.

[34] G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2°ed., 2017, p. 345 ss in cui si evidenzia che *«Il codice degli appalti del 2006* ***elimina,*** *inoltre, definitivamente i due cardini positivi pro-concorrenziali della legge 109/1994:* ***l'aggiudicazione dell'appalto unicamente con il metodo del massimo ribasso*** *(rendendo in più complicate ed opache le modalità di gara)* ***e la separazione netta tra progettazione ed esecuzione dei lavori*** *che possono essere affidati allo stesso soggetto».*

di ingenti extraprofitti dovuti alla concomitante interazione di fenomeni distorsivi della concorrenza e della legalità.[35]

Specialmente nel settore delle grandi opere, i costi e i rischi della realizzazione dell'opera per le imprese, data la loro ricercata complessità, non possono essere calcolati preventivamente, e legittimano, quindi, continue revisioni del progetto seguendo gli stati di avanzamento delle opere con spese impreviste e imprevedibili a carico dell'amministrazione appaltante.

Il *surplus* di costo che si produce intorno alle grandi infrastrutture – superiore anche del 50% rispetto alla spesa preventivata dalla stazione appaltante – rappresenta inevitabilmente un richiamo fortissimo per la criminalità organizzata.[36] Un richiamo talmente pericoloso e ricorrente da avere indotto in un passato non troppo lontano esponenti qualificati delle istituzioni a dichiarazioni accomodanti circa l'opportunità, se non la necessità, di convivere con le infiltrazioni mafiose.

Fenomeni analoghi si possono riscontrare in mercati ad accesso ristretto basati sulle concessioni di servizi di pubblica utilità e con prestazioni remunerate con tariffe differenziate e complesse che creano margini per spregiudicate prese di beneficio scaricando sulle esternalità ambientali i maggiori profitti conseguenti a

[35] Si rinvia ancora a G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p.185 in cui si evidenzia che «*Nel settore degli* ***appalti****, i criteri di aggiudicazione non concorrenziali, l'effetto cumulativo al rialzo nel tempo dei prezzi inefficienti contenuti nei capitolati di appalto (i listini ufficiali dei prezzi di base per definire i costi di base delle gare), i metodi di realizzazione a lotti, la prassi di revisione dei prezzi in corso d'opera, il rifinanziamento delle opere non interamente realizzate e il largo ricorso al subappalto, creano* ***sacche speculative che attirano la criminalità organizzata*** *soprattutto per i lavori pubblici in quelle zone del Paese ove la stessa è in grado di esercitare una qualche forma di controllo territoriale. Fenomeni analoghi si registreranno in altri mercati ad accesso ristretto e con tariffe complesse che creano margini per spregiudicate speculazioni, come nel settore del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti in particolare di quelli nocivi e pericolosi (le* ***discariche abusive e la cosiddetta ecomafia****). Nelle mani della criminalità organizzata sono le transazioni che si svolgono su beni e prestazioni il cui commercio è vietato dalla legge (res extra commercium): dalla droga alla prostituzione, dal traffico di armi all'esportazione illegale di valuta e al trasporto clandestino di persone. Traffici destinati a svilupparsi anche nei decenni successivi e che destano ancora notevoli preoccupazioni. Secondo stime della Confcommercio, riferite al 2000, il volume di affari della criminalità ammonta al 15% del PIL».*

[36] *Ibidem*, «*La forbice tra il 50% di riduzione dei prezzi d'asta ed il 15% di riduzione dei contratti in corso (decreto legge 537/93 lascia intravedere una bolla finanziaria di circa il 30% di sovrapprezzo nel mercato complessivo degli appalti pubblici».*

riduzioni o eliminazioni di costi per fasi essenziali delle procedure di realizzazione del servizio, come, ad esempio, non eseguendo le bonifiche preliminari all'istallazione delle opere, oppure come nel ciclo della raccolta e del trattamento dei rifiuti, riducendo il costo degli smaltimenti con sversamenti e interramenti dei rifiuti. Tossici in particolare, delegandoli se non subappaltandoli e avvalendosi di operatori in relazione con organizzazioni criminali che dispongono di fatto del controllo del territorio.[37]

Discorso in parte analogo rischia di riprodursi nel comparto degli appalti misti con accentramento della domanda ed esperimento della gara per ambiti nazionali che finisce per attribuire all'aggiudicatario un potere di mercato esercitabile in modo abusivo nei confronti degli operatori del settore tramite commesse e subappalti in cui l'aggiudicatario assume la veste di un *market maker* cioè di colui che ha il potere di imporre il prezzo a qualsiasi controparte interessata ad inserirsi nella filiera dell'appalto [38].

3.2 La perversa interazione tra *surplus* finanziario e criteri discrezionali di aggiudicazione degli appalti

Come accennato, il primo fattore che incide sull'indebita creazione di sacche speculative nell'esecuzione degli appalti è il generalizzato ricorso a criteri non

[37] Sul controllo del territorio e le modalità di contrasto, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 401 ss, in particolare quando si evidenziano gli effetti eversivi anche del potere fiscale dello Stato*: «**L'esazione monetaria della criminalità organizzata (pizzo) e da parte della corruzione politico/amministrativa (tangente) sui redditi e sui patrimoni costituiscono, a ben vedere, anche una forma concorrenza illecita** da parte di "sistemi impositivi" privati e criminali **nei confronti dell'imposizione fiscale dello Stato e riducono il gettito complessivo**. **Il loro cumulo** sulle attività economiche **deprime gli investimenti** nell'economia nazionale: il prelievo illecito, sommato a quello legale, **può spingere le imprese al fallimento**».*

[38] Si fa riferimento, al ricorso consolidato ad affidamenti, tramite Consip, di grossi appalti aventi ad oggetto un sistema integrato ed eterogeneo di servizi e forniture. Sul punto, cfr. la deliberazione del 25 maggio 2017, n. 6/2017/G della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, sul *global service* immobiliare nelle amministrazioni centrali dello Stato, che ha rimarcato la scarsa economicità delle convenzioni di *facility management* stipulate da Consip, oltre che la bassa qualità dei servizi resi. Sui rischi per la concorrenza di tali affidamenti, cfr., altresì, la Relazione dell'Autorità Antitrust sull'attività svolta nel 2016, dove si segnala la lotta ai cartelli che si generano, nell'ambito delle gare Consip, intorno agli appalti pubblici integrati, come, nel caso sanzionato, del cartello tra imprese nella gara per la pulizia delle scuole.

pienamente concorrenziali di aggiudicazione degli appalti pubblici. In quest'ottica, va preso in esame l'ambito di utile esperibilità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che sembra prestarsi, più del criterio del massimo ribasso, a logiche di formazione di prezzi generanti margini speculativi, considerata la discrezionalità più ampia dell'amministrazione ma anche dell'impresa nella presentazione dell'offerta. Tale discrezionalità facilita il riproporsi di criticità storicamente consolidatesi nell'esecuzione dei singoli appalti, ossia: l'effetto cumulativo al rialzo dei prezzi inefficienti contenuti nei capitolati di appalto, i metodi di realizzazione a lotti, la prassi di revisione dei prezzi in corso d'opera, il rifinanziamento delle opere non interamente realizzate, il largo ricorso al subappalto.

Bisogna, quindi, porre particolare attenzione su misure di segno alternativo che riducano, anzitutto, la perversa combinazione tra criteri discrezionali di aggiudicazione e un sistema complesso di formazione prezzi che, favorisce, anche attraverso revisioni successive dei meccanismi di spesa, il formarsi di sacche speculative incentivanti sistemi di corruzione e appetite dalla criminalità organizzata.

3.3 Il ricorso al *general contractor* nel settore delle grandi opere

Gli effetti speculativi sopra accennati risultano ancora più evidenti e gravi in relazione al settore delle grandi opere laddove si è concretizzato un vero e proprio trasferimento del rischio contrattuale per la realizzazione dell'opera dall'appaltatore privato allo Stato.

Il largo ricorso alle figure del *general contractor* e del fiduciario, strettamente collegate all'impresa aggiudicataria capofila, può consentire, infatti, a quest'ultima di aumentare la redditività dell'appalto e, al contempo, di far gravare sullo Stato le incognite di costi e rischi in corso d'opera. In sostanza, all'interno di questo meccanismo, l'aggiudicatario non è più controparte contrattuale ma un "fiduciario" dell'Amministrazione che assume artatamente un ruolo "neutralizzato" dalla qualifica di *general contractor*. [39]

[39] Più diffusamente al riguardo, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2017, p. 394, in cui si mette in luce che «***Il Codice degli appalti del 2006 innovava anche la disciplina delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale*** *(d.l.190/2002), per cui* ***l'appalto viene aggiudicato nelle grandi opere non a chi offre il prezzo più basso ma a chi dimostra di avere le migliori capacità progettuali ed organizzative. È un'impostazione anticoncorrenziale ed intrinsecamente collusiva.*** *L'aggiudicatario dell'appalto non è più controparte contrattuale, ma "un fiduciario" e come tale si sostituisce* ***all'appaltatore come general contractor****. Contro la figura*

Nella vigenza della "legge obiettivo" e del precedente Codice, tale artificio ha prodotto conseguenze ancor più gravi considerato, tra l'altro, che il *general contractor* poteva assumere anche le vesti di direttore dei lavori, incaricato di collaudare le opere a tutela dell'interesse pubblico ma con ovvie influenze di interessi privati[40].

Si è, quindi, posto in essere un conflitto d'interessi legalizzato, giacché è stato lo stesso appaltatore a controllare la conformità e la regolarità dell'opera realizzata; e lo stesso contraente privato ha risolto le incognite progettuali accertabili, in lavori complessi come quelli infrastrutturali, solo in corso di esecuzione dell'opera.

Il nuovo Codice degli appalti ha rivisitato la figura del contraente generale, superando, in parte, alcune criticità della precedente disciplina, introducendo maggiori contrappesi al precedente strapotere organizzativo e gestionale del contraente generale.

In primo luogo, già la legge delega ha specificato, con disposizione autonoma e immediatamente precettiva, che al contraente generale non spetta più la direzione dei lavori, in quanto è il soggetto aggiudicatore che nomina il direttore dei lavori e i collaudatori[41]. Viene, altresì, previsto un costante monitoraggio dei lavori anche mediante un comitato permanente, costituito dai rappresentanti sia dell'amministrazione sia del contraente generale[42]. Infine, viene demandata al contraente generale solo la progettazione esecutiva e non più quella definitiva[43],

del ***general contractor*** *(di fatto una riesumazione del* ***concessionario*** *già vietato dalla normativa comunitaria negli anni '80) si appuntano le critiche della Commissione UE per contrasto con la direttiva lavori 93/37/CE. La Commissione UE apre una procedura di infrazione in quanto* ***le regole italiane "consentono un'area troppo ampia di arbitrio****". La situazione è critica soprattutto per le grandi opere nelle quali* ***il direttore dei lavori*** *– che deve collaudare le opere a tutela dell'interesse del committente che paga, cioè dello Stato* ***– non è più nominato dallo Stato – committente, come in qualsiasi altro appalto pubblico e privato,*** *ma è nominato dalla controparte contrattuale, camuffata dietro la qualifica di "general contractor". Insomma, è l'appaltatore stesso che realizza l'opera e che si sostituisce allo Stato, dal quale deve essere pagato, che decide e verifica la conformità e regolarità dell'opera che ha realizzato e chiede conseguentemente allo Stato – cioè alla collettività – di pagare.* ***Un palese conflitto di interessi legalizzato che può risolversi in danno dello Stato e dei contribuenti****».*

[40] Sulle storture provocate dal meccanismo dell'affidamento dei lavori con il general contractor, cfr. intervento del Sen. Stefano Esposito durante la seduta del 4 febbraio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, pp. 18-19.

[41] Art. 1, comma 3, lett. ll), l. n. 11/2016.

[42] Art. 194, comma 3, lettera b), d.lgs. n. 50/2016.

[43] Art. 194, comma 2, lettera a), e art. 195, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

anche se è consentito l'appalto integrato per appalti di importi pari o inferiori a 100 milioni di euro[44]. Cifra sicuramente di tutto rilievo e che potrebbe prestarsi ad aggiramenti in caso di interventi infrastrutturali con ricorso ad una pluralità di appalti sotto quella soglia.

Rimane, peraltro invariata la disciplina relativa all'affidamento a terzi dei lavori da parte del contraente generale, che conferma pedissequamente le disposizioni del previgente d.lgs. 163/2006, permettendo, di fatto, al soggetto privato l'affidamento a terzi dei lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici.

In tal senso, rimane, comunque, assai elevato il livello di discrezionalità del contraente generale - specie nei casi in cui è consentito ricorrere all'appalto integrato - in misura tale da non scongiurare affatto i fenomeni corruttivi già verificatisi in passato.

3.4 La separazione tra progettazione ed esecuzione - i progetti di fattibilità

Un ulteriore profilo essenziale e connesso ai precedenti risiede nelle regole sul rapporto tra progettazione ed esecuzione dell'appalto, specie nel settore delle grandi opere. Il nuovo Codice, nella sua versione originaria, intendeva procedere verso una netta separazione, stabilendo il divieto dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione.

Si ripropongono tuttavia, alcune perplessità in ordine alle eccezioni previste dal Codice, in particolare a seguito degli interventi correttivi. È così consentito l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori nei casi di: affidamento a contraente generale, anche in questo caso – con la stessa soglia prevista per l'appalto integrato - qualora l'importo dell'affidamento sia pari o inferiore a 100 milioni di euro; finanza di progetto; affidamento in concessione; partenariato pubblico privato; contratto di disponibilità.

Aldilà di tali ipotesi derogatorie, che aprono comunque larghi varchi nella concreta applicazione dell'opzione per il progetto esecutivo, rimane il principio che nella vigenza del nuovo Codice il progetto deve essere portato al livello esecutivo prima dell'avvio della gara, e spetta all'impresa il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione. Ne dovrebbe conseguire, come avviene del resto negli appalti tra privati (art. 1665 c.c.) che l'assunzione del rischio in fase di esecuzione e sui costi dell'opera viene a gravare sull'impresa stessa. In questo modo il trasferimento del rischio, se effettivamente perseguito e generalizzato, comporterebbe nella prassi un forte disincentivo al ricorso alle

[44] Sul punto, v. *infra*, par. 3.4.

varianti e riserve in quanto non potrebbero più innescare aumenti dei costi attualmente tanto inopinati quanto prevedibili [45].

Altro strumento introdotto dal Codice nella medesima prospettiva di un controllo dei prezzi è quello del progetto di fattibilità che sostituisce i progetti preliminari. In particolare, il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare «tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire»[46]. Quindi, rispetto al passato, il primo livello di progettazione appare più focalizzato sull'impatto concreto dell'opera e sulle sue conseguenze in termini economici. Da chiarire, peraltro, le conseguenze di tale scelta in ordine all'effettiva realizzazione dell'opera - le diverse fasi progettuali dovrebbero essere inserite in un sistema di programmazione [47]che consentisse chiaramente di espungere dalla fase di realizzazione opere che non superano il vaglio di un previo esame costi benefici [48]; si dovrebbe, in questi casi, introdurre, come riscontrabile nelle migliori pratiche in materia nella legislazione comparata, il cosiddetto progetto di pre-fattibilità al fine di escludere o ridimensionare l'opera e dunque l'appalto sulla base del rapporto tra costi e benefici attesi[49].

---

[45] Sul rapporto tra variabilità delle spese di un appalto e introduzioni di varianti e riserve, cfr. audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, pp. 18-19.

[46] Art. 23, d.lgs. n. 50/2016.

[47] G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 settembre 2017, p. 7: *«Certo non si può non rimpiangere la chiarezza della versione originaria della legge Merloni (art. 14 della legge n. 109/1994 sulla programmazione dei lavori pubblici) che disciplinava la programmazione triennale delle opere, nella quale potevano essere inclusi solo i lavori di cui sia stato redatto almeno il progetto preliminare e la cui utilità sia stata accertata sulla base di una verifica delle esigenze cui i lavori devono corrispondere delle caratteristiche generali degli stessi, della stima sommaria dei relativi costi nonché dei benefici economici e sociali conseguibili».*

[48] Il rilievo è risalente, cfr. G. DI GASPARE, *Appunti per un primo bilancio sull'attuazione della legge 64/86*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2. 1989, p. 414 in cui si è evidenziato che *«invece di effettuare un incongruo e nella prassi evanescente sbarramento di ammissibilità, per cui il progetto deve essere corredato di tutti gli assensi, i pareri, gli atti amministrativi necessari alla sua realizzazione, si sarebbe potuto […] considerare come fase di ammissibilità, proprio la valutazione dell'impatto economico sociale dei progetti, e cioè l'analisi costi benefici […]. Sarebbe tuttora sufficiente che il progetto presenti tutti gli elementi necessari in termini di costi benefici […] senza per questo dover scendere nel dettaglio di un progetto esecutivo».*

[49] Sul punto, v. *infra*, par. 5.

3.5 La deresponsabilizzazione mediante *compliance*

Va considerato inoltre che, allorquando si far riferimento alle "imprese" nel codice degli appalti, siamo in presenza normalmente di imprese costituite in forma di società di capitali nelle quali è più complesso e a volte arduo individuare, sotto lo schermo della personalità giuridica dell'ente, specifiche responsabilità individuali. In questo ordine di idee bisogna prendere attentamente in considerazione il ruolo svolto dai meccanismi della *compliance*. Un sistema procedurale che innesca e legittima forme di deresponsabilizzazione all'interno dell'imprese, incentivando la formazione di zone opache in cui la responsabilità personale viene diluita attraverso il vaglio della *compliance*, ossia una procedura standard per l'individuazione e valutazione del rischio di non conformità alle regole da parte delle società di capitali. Questo sistema, di derivazione anglosassone e adottato in via generalizzata attraverso il d.lgs. n. 231/2001, può dar luogo ad un inutile palliativo giacché trasferisce ad un soggetto interno all'impresa il compito di vigilare sulle aree di attività a rischio di responsabilità penale. La *compliance* di prevenzione, si risolve - nella nostra concezione formale dei controlli - spesso nella compilazione burocratica di appositi formulari con diverse tipologie di certificazione esternalizzate a professionisti abilitati o rilasciate da amministrazioni competenti, sul tipo della certificazione antimafia.[50] Se alla valenza eminentemente formale di tale onere burocratico si aggiunge il dato per cui il soggetto interno responsabile della vigilanza è solo apparentemente in una condizione di autonomia, dipendendo in realtà economicamente da chi gli conferisce l'incarico, si chiarisce il rischio altamente deresponsabilizzante della metodologia in questione, in particolare all'interno delle imprese appaltatrici ad architettura complessa costituite nella forma di gruppo societario.

Un meccanismo del genere si rivela quindi inefficace sia in termini di prevenzione, visto il suo scarso rilievo sostanziale, sia in chiave sanzionatoria, giacché esso consente tendenzialmente all'impresa di escludere la presunzione di illecito in capo ai propri vertici una volta dimostrata la regolarità delle procedure messe in atto in conformità alla disciplina dei settori a rischio, qual è, ovviamente, anche quello degli appalti.

3.6 La responsabilità della stazione appaltante e quella dell'impresa appaltatrice

Altro aspetto critico da riconsiderare è quello della responsabilità dell'amministrazione in caso di comportamenti illeciti nell'ambito dell'appalto. Le riforme di fine anni Novanta non hanno, infatti, intaccato l'idea che dietro l'atto

[50] Sulla deresponsabilizzazione mediante *compliance*, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 386.

amministrativo rimangano schermati i comportamenti del funzionario responsabile della procedura.

In questo senso, si appalesa oltremodo inadeguata la fattispecie della denuncia per omissione di atti d'ufficio del responsabile del procedimento in base alla legge n. 241/90 tuttora vigente anche se scarsamente applicata mentre sarebbe auspicabile nei settori a forte rilevanza economica sostituirla con un'azione per risarcimento del danno per illecito civile verso terzi.

Nello stesso senso, andrebbero rivisti tempi e modi del processo amministrativo specie in rapporto alla responsabilità del funzionario e al tema del risarcimento, procedendo sulla strada appena intrapresa dal nuovo codice di giustizia amministrativa[51], ancora però parametrato alla gravità dell'annullamento piuttosto che a quella del danno provocato ai terzi o all'erario. Andrebbe infine, anche sotto il profilo del danno erariale, riconsiderato l'incerto confine della separazione delle responsabilità gestionali tra politica e amministrazione, nella configurazione della cosiddetta "esimente politica" della responsabilità amministrativa per danno erariale dei vertici politici delle amministrazioni pubbliche *ex* art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive integrazioni ed estensioni.

Anche nei confronti dell'impresa appaltatrice il sistema di responsabilità dovrebbe essere riconsiderato in modo da garantire in via preventiva la certezza della sanzione, e, in via successiva, la rapidità dell'escussione della somma dovuta a titolo sanzionatorio.

Al riguardo, una prima questione si pone per effetto della rimodulazione di alcuni istituti, come il soccorso istruttorio[52], che lasciano ampi spazi di interpretazione in ordine alle conseguenze previste in caso di irregolarità più o meno gravi commesse dal concorrente nell'ambito di una procedura di gara.

Un altro ordine di problemi riguarda l'escussione da parte delle stazioni appaltanti delle garanzie presentate dalle imprese. In proposito, Banca d'Italia ha segnalato un fenomeno «allarmante» rappresentato dalle gravi difficoltà incontrate dalle stazioni appaltanti, anche quelle attive nei settori ordinari, nell'escussione della garanzia prestata da alcuni intermediari finanziari. Si tratta della copertura di rischi assunta da intermediari non commisurata alle proprie strutture patrimoniali ed organizzative, o anche da soggetti non autorizzati a svolgere tali attività in quanto non iscritti nell'elenco speciale di cui al richiamato art. 106 del TUB, né assoggettati a vigilanza prudenziale da parte di Banca d'Italia bensì sottoposti a forme di controllo più blande. Un rimedio auspicabile a tale criticità può consistere

[51] Cfr. art. 30, d.lgs. n. 104/2010.

[52] Art. art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

nella previsione di un sistema assicurativo che copra, a monte, i rischi delle imprese, e di una garanzia bancaria che tuteli, a valle, le stazioni appaltanti[53].

3.7 Trasparenza e diffusione delle banche dati

Un'altra criticità di fondo del sistema dei contratti pubblici consiste nella mancanza di disponibilità dei nuovi sistemi tecnologici necessari per supportare i nuovi processi, primo tra tutti la creazione della BDOE, la Banca Dati unica degli Operatori Economici prevista dall'art. 81 del Codice. Tale banca dati avrebbe dovuto e dovrebbe – nelle intenzioni del legislatore e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – superare la farraginosità del processo di comprova e controllo dei requisiti di partecipazione alle gare tuttora svolto dall'Autorità Anticorruzione all'interno di AVCpass. La BDOE sarà istituita, almeno nei primi elementi essenziali, nella prima parte del 2018 ammesso che siano resi effettivamente disponibili, da parte dei soggetti che li detengono, i dati previsti dalla nuova disciplina.

Evidentemente, la creazione di una banca dati aggiornata periodicamente, se non quotidianamente, potrà risolvere gli annosi deficit informativi delle stazioni appaltanti e delle stesse imprese, creando un circolo virtuoso anche in termini di legalità perché consentirebbe sia all'amministrazione che agli operatori di conoscere e rendere conoscibili fatti e circostanze rilevanti nell'ambito della gestione degli appalti[54].

Restano, tuttavia, ancora incerti i tempi e, soprattutto, i sistemi tecnologici che siano in grado di supportare il funzionamento di uno strumento così ambizioso.

In particolare, il Governo dovrà porre in essere le condizioni tecniche e giuridiche indispensabili per il buon funzionamento di tale banca dati in modo da garantirne la massima trasparenza, completezza e interoperabilità delle informazioni ivi contenute. In questo senso, la banca dati dovrebbe essere unica, *open access* e pienamente fruibile anche da parte degli operatori economici e non solo delle stazioni appaltanti, e la sua gestione andrebbe affidata a un soggetto pubblico indipendente che assicuri e verifichi interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi[55].

---

[53] Sul punto, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 8.

[54] Sull'opportunità di una banca dati aggiornata quotidianamente nel settore dei contratti pubblici, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 17, nonché l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla stessa Commissione, p. 5.

[55] Sul punto, v. *infra*, par. 4.4.

4. Alcune proposte per rafforzare il contrasto alla corruzione e alla mafia

4.1 Il rafforzamento del progetto e il ruolo delle stazioni appaltanti

Il progetto esecutivo deve essere il fulcro del nuovo sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici. La pubblica amministrazione dovrebbe superare il principio del *project financing*, mettendo sullo stesso piano i competitori ed evitando quel meccanismo di prelazione che oggi condiziona pesantemente sia la qualità, sia la competizione. Nel settore delle grandi opere, in particolare, occorre abbandonare la stagione dei preliminari sostituendoli con i progetti di pre-fattibilità in modo che siano messi a gara progetti esecutivi accettati dall'impresa in modo da ridurre il rischio di variazioni in corso d'opera e conseguentemente contenere gli incrementi della spesa. In questa direzione, l'affidamento dei lavori con metodo del *general contractor* va evitato perché legittima una palese situazione di conflitto di interessi dell'appaltatore rispetto alla direzione dei lavori.

4.2 Misure di contrasto alla revisione della spesa

Occorre affidarsi alla concorrenza e all'efficienza dei mercati competitivi che, abbassando i prezzi, abbattono all'origine il formarsi di extra profitti. Le incognite su tempi e costi dell'appalto, alimentate dagli strumenti della concessione di costruzione e del *general contractor*, creano potenziali sacche speculative che andrebbero eliminate alla radice. Andrebbero, quindi, spostati, come avviene nei contratti di appalto tra privati, i rischi degli aumenti dei costi dell'esecuzione dell'appalto dalla stazione appaltante pubblica all'impresa appaltatrice privata attraverso regole, anche contrattuali, chiare che eliminino sensibilmente lo spazio per riserve e varianti a carico della parte pubblica per difetti o carenze del progetto messo a base di gara. Tali regole devono riguardare, anzitutto, i criteri di aggiudicazione che non possono lasciare margini di discrezionalità tali da consentire agevolmente, all'indomani dell'aggiudicazione, variazioni al rialzo dei prezzi. Nella stessa direzione, l'impresa aggiudicataria avrebbe il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione, attraverso l'accettazione del progetto esecutivo, da cui non può discostarsi, in sede di realizzazione dell'appalto salvo per circostanze impreviste e imprevedibili. Va, infine, assicurato un trattamento rigoroso del ricorso all'avvalimento e al subappalto, istituti che storicamente si sono dimostrati veicoli di infiltrazioni da parte della criminalità giacché innescano più agevolmente l'accennato meccanismo di revisione dei prezzi, favorendo, altresì, maglie più larghe nei controlli sostanziali sui lavori demandati a tali operatori economici apparentemente marginali[56].

[56] G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 401 in cui si mette in luce che *«Le sacche di rendite speculative sono*

4.3 Un coerente sistema dei controlli preventivi e successivi

Va messo a punto un sistema efficiente e coerente di controlli preventivi e successivi sulla gara. Il ruolo di ANAC è fondamentale ma non può essere esclusivo e onnicomprensivo. Vanno responsabilizzate le stazioni appaltanti e i funzionari preposti all'aggiudicazione in prima persona. Occorre rafforzare la qualificazione di questi ultimi - data la nuova centralità da riconoscersi al progetto - nonché il ruolo di vigilanza del committente nei confronti dell'impresa. Il sistema di qualificazione non deve, tuttavia, basarsi, quasi eminentemente su elenchi e certificati che spesso si risolvono in una garanzia solo formale di legalità. In realtà, il rafforzamento della prevenzione sui fenomeni criminali nel settore dei contratti pubblici necessita di una revisione delle regole mirata ad evitare il formarsi di potenziali conflitti d'interesse nell'esecuzione dell'appalto e a volta ad un efficace e trasparente controllo su prezzi da ottenersi essenzialmente tramite un confronto concorrenziale aperto.

Di pari passo, vanno anche introdotte misure effettive e più certe di responsabilità. Il rafforzamento delle centrali di committenza, volto principalmente a semplificare e digitalizzare le procedure di gara, non deve, infine, agevolare un sistema di neutralizzazione dei controlli e delle responsabilità. In questo ordine di idee un sistema informativo che facilità la comparazione tra prezzi e tipologie standardizzare di contratti renderebbe il mercato degli appalti pubblici più aperto, più contendibile e con prezzi di aggiudicazione meno onerosi per la committenza pubblica.

4.4 Un Osservatorio nazionale e una banca dati trasparente, completa e interoperabile

In questo senso occorre sfruttare a pieno le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie attraverso la creazione di una banca dati nazionale che tracci costantemente non solo i profili e le attività delle imprese, come nell'istituenda banca dati, ma anche l'attività delle stazioni appaltanti in funzione della gara, monitorando anche l'andamento dei contratti di appalto pubblici.[57]

---

l'altro versante dell'assenza di concorrenza e si accompagnano a fenomeni di corruzione e concussione. Gli alti profitti negli appalti, aggiudicati con metodi scarsamente concorrenziali, continuano ad attirare la criminalità economica organizzata che partecipa ai subappalti inutilmente contrastati dai certificati antimafia».

[57] Una prima ipotesi dell'Osservatorio e del suo funzionamento si ritrova in G. DI GASPARE, *Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 2, 1992, ora ripubblicato in www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/07/Di-Gaspare-Trasparenza-contratti-pubblici_riv_doc.pdf. Nell'articolo, a p. 7, si

La piena interoperabilità della banca dati ridurrebbe costi e tempi della burocrazia giacché consentirebbe alle amministrazioni di conoscere in tempo reale il *track record* delle singole aziende, garantendo, al contempo, alle imprese modalità più veloci e sicure per il rafforzamento della propria qualificazione. Elenchi e certificati richiesti a queste ultime assumerebbero, peraltro, un rilievo sostanziale in quanto inseriti in un sistema reputazionale complessivo e dinamico, utile sia per i controlli da parte delle stazioni appaltanti, sia per l'effettiva auto-qualificazione dell'azienda interessata, ma anche per la possibilità di verifica offerte alle altre imprese candidate e concorrenti nelle procedure di gara.

La gestione dinamica di tale banca dati andrebbe affidata ad un Osservatorio nazionale istituito *ad hoc*, incluso nella struttura ANAC, con il compito di assicurare e verificare interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi.

A tal fine, sarebbe anche necessario introdurre un obbligo di comunicazione dei dati ed in particolare dei contratti di appalto (di lavori forniture e servizi, misti) e loro modifiche e revisioni, pena la nullità dei contratti stessi in modo da assicurare la piena ed integrale alimentazione della banca dati. Tale trasmissione andrebbe effettuata con utilizzo di format standardizzati facilmente fruibili in modo da consentire la comparazione tra dati relativi alle stesse tipologie di appalti. La fruibilità dell'Osservatorio da parte di chiunque interessato verrebbe a realizzare una forma di controllo aperto e incrociato sugli stessi dati. Differenze e anomalie di formule contrattuali, di costi, di tempi e di prezzi per tipologie di appalti

---

evidenzia che: «*In sintesi, si pensa ad* ***una procedura congegnata nel modo seguente****.* ***Presso l'Osservatorio dovrebbero affluire tutti gli atti*** *unilaterali o plurilaterali* ***riguardanti opere pubbliche, forniture e servizi, nonché gli atti di disposizione dei beni pubblici*** *di un certo rilievo per tutto il settore pubblico allargato. Sarebbe auspicabile, infatti****, estendere il controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale anche agli atti di disposizione del patrimonio immobiliare pubblico e del demanio****, come deterrente per usi impropri o scarsamente remunerativi ed anche per monitorare, come si dice, la politica di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico****. La trasmissione degli atti all'Osservatorio si dovrebbe basare su di un meccanismo coattivo:* ***registrazione obbligatoria*** *– a tassa fissa – e successiva trasmissione a cura delle parti, pena la nullità dell'atto e le conseguenti responsabilità dirette dei firmatari, in primo luogo ovviamente i pubblici funzionari. Insieme agli atti relativi a contratti, appalti e concessioni, dovrebbero essere* ***trasmessi sia quelli presupposti (avvisi di gara, deliberazioni di alienazione, sia, successivamente e di volta in volta, sempre a pena di nullità, quelli conseguenziali (subappalti, variazioni in corso d'opera, successivi lotti di aggiudicazione, etc.)***».

comparabili verrebbero evidenziate, trattando i dati con sistemi statici e quantitativi, con riferimento alle medie formulate sui dati trasmessi rafforzandosi in questo modo una conoscenza diffusa del settore in primo luogo tra le stazioni appaltanti ma anche da parte della platea dei soggetti - imprese amministrazioni ma anche cittadini - interessati al buon andamento del sistema degli appalti pubblici.[58]

[58] *Ivi*, p. 8. Sul funzionamento di tale Osservatorio sembra tuttora valida la seguente formulazione: «*Si può pensare, al riguardo, ad un sistema informativo "a rete" dell'Osservatorio, con terminali presso le conservatorie oltre che presso le sedi centrali e periferiche della Corte dei conti.*

Gli ***atti dovrebbero essere archiviati e consultabili secondo parametri predeterminati*** *(oggetto del contratto, ubicazione, nome delle parti, tipo di fornitura od opera, tempi di esecuzione previsti, importi, etc.), in modo comunque da averne integrale contezza.*

Il diritto d'accesso dovrebbe essere garantito in modo assoluto a chiunque*, intendendo per "chiunque" ogni cittadino o impresa che avrebbe diritto alle informazioni immesse nella banca dati del sistema informativo, in modo da assicurare la piena trasparenza dell'Osservatorio, tutelando altresì lo stesso contro eventuali interferenze (quis custodiet custodes?).*

È questo dell'accesso, comunque, un primo e forte contrappeso, ci sembra, per bilanciare la concentrazione di funzioni dell'Osservatorio*. Per alcune categorie di appalti a rischio,* ***le società anonime verrebbero assoggettate all'obbligo di comunicazione di un prospetto informativo sull'assetto proprietario e su eventuali collegamenti*** *(tipo quello previsto per la quotazione in borsa): entrato a regime l'Osservatorio, quest'obbligo di redazione del prospetto potrebbe essere progressivamente ridotto per ambito di estensione e reso più mirato nelle informazioni.*

Questa basilare funzione di raccolta e di catalogazione degli atti, oltre che strumentale all'esercizio del diritto di accesso, è fondamentale per l'attività di regolazione e controllo.

In altri termini, ***a partire dalla documentazione archiviata l'Osservatorio dovrebbe elaborare i dati raccolti ai fine di formulare medie e parametri di valutazione degli oneri contrattuali, sulla base anche di raffronti con il settore privato e con quello pubblico europeo****.*

Una funzione ispettiva*, organizzativamente autonoma all'interno dell'Osservatorio, dovrebbe poi* ***verificare, a campione e a sondaggio, i casi di scostamento rispetto alle medie e ai parametri di costo elaborati****.*

Questa specie di ispettorato, comunque, dovrebbe avere ***poteri di indagine di polizia giudiziaria****.*

L'avvio del procedimento a campione, un meccanismo automatico dunque, andrebbe mirato attraverso ***meccanismi di concentrazione del campione su fasce***

Il funzionamento dell'Osservatorio fornirebbe al contempo all'ANAC indicazioni utili per l'esercizio della propria attività di vigilanza concentrando l'attenzione verso le situazioni che palesano evidenti criticità di prezzo e/o di modalità contrattuali.

5. Conclusioni. Una riconfigurazione funzionale del sistema degli appalti pubblici

I contratti pubblici per opere, forniture e servizi rappresentano annualmente più del 15% del PIL italiano[59]. A tali percentuali, vanno ragguagliati i costi diretti della corruzione, stimati nel 2009 dalla Corte dei Conti in 60 miliardi di euro l'anno (pari a circa il 4% del PIL). Nel solo caso delle grandi opere pubbliche, la corruzione (comprese le perdite indirette) è stimata a ben il 40% del valore totale dell'appalto[60].

Grandi opere di costruzione come quelle per la ricostruzione a l'Aquila dopo il terremoto del 2009, per l'Expo Milano 2015 o per la futura linea ferroviaria ad alta velocità Torino-Lione sono state quelle maggiormente esposte al rischio di distrazione di fondi pubblici e infiltrazioni criminali. L'alta velocità, in particolare, è tra le opere infrastrutturali più costose e criticate per gli elevati costi unitari rispetto a opere simili. Al riguardo, essa è costata 47,3 milioni di euro al chilometro nel tratto Roma-Napoli, 74 milioni di euro tra Torino e Novara, 79,5 milioni di euro tra Novara e Milano e 96,4 milioni di euro tra Bologna e Firenze, contro gli appena 10,2 milioni di euro al chilometro della Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia e i 9,3 milioni di euro della Tokyo Osaka. Queste differenze di costo possono rivelarsi una spia, da verificare alla luce di altri indicatori, di un malaffare derivante da una carente gestione o da irregolarità delle gare per gli appalti pubblici[61].

---

a rischio individuate sulla base di parametri statisticamente predeterminati. *Il ricorso agli automatismi avrebbe il pregio di* ***azzerare tendenzialmente ogni valutazione discrezionale nella fase di apertura del procedimento ispettivo****. Un correlato obbligo* ***di comunicazione dei risultati alla magistratura, anche in caso di proposta di archiviazione****, ridurrebbe inoltre la discrezionalità nella fase di chiusura dell'indagine».*

[59] Cfr. *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, allegato sull'Italia*, 3 febbraio 2014.

[60] Cfr. Corte dei conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2011. Memoria del Procuratore generale*, udienza del 28 giugno 2012. La tendenza era peraltro evidente da tempo cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003.

[61] La stretta correlazione tra corruzione e opere strategiche è evidenziata all'interno delle Relazioni redatte dal Procuratore generale della Corte dei Conti

In sostanza, in Italia, specie nel settore delle infrastrutture, il rischio di corruzione e di infiltrazioni criminali negli appalti rimane particolarmente elevato soprattutto a causa dei cospicui extraprofitti che si generano nella fase successiva all'aggiudicazione, in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti. In contesti normativi e amministrativi complessi, in presenza di complicazioni procedurali e di bandi di gara molto articolati e al contempo lacunosi, solo pochi sperimentati e assuefatti prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi richiesti mantenendo un dialogo constante con le stazioni appaltanti e gli organismi di controllo.

Per contrastare questa tendenza alla realizzazione degli extraprofitti che costituisce il bacino colturale e culturale in cui allignano potenzialmente corruzione e criminalità organizzata, il sistema degli appalti dovrebbe riposizionarsi con più decisione su due cardini essenziali ed interconnessi: lo spostamento consapevole dei rischi di esecuzione del contratto in capo all'appaltatore, alla stregua del contratto privato di appalto regolato nel codice civile [62]; e la piena ed effettiva apertura del settore alla concorrenza.

Nel primo senso, è fondamentale la responsabilizzazione dell'impresa in sede di progettazione esecutiva: abbattere l'eventuale successivo extraprofitto, trasformandolo nel caso in un costo aggiuntivo a carico dell'appaltatore responsabile della fase esecutiva del progetto, riduce evidentemente, indebiti margini lucrativi disincentivando l'attrattività degli appalti per la criminalità organizzata. In particolare nella realizzazione delle grandi opere, l'abbattimento a monte del rischio di extraprofitti può essere garantito dall'introduzione di una fase di "pre-design" attraverso lo strumento dello "studio di pre-fattibilità". Nei progetti europei e internazionali, il ciclo di vita del progetto inizia proprio con uno studio di pre-fattibilità, affidato con procedure concorsuali a consulenti di grande esperienza. Esso consente di individuare la domanda da soddisfare e le caratteristiche del contesto territoriale, le strategie progettuali e le alternative esistenti, gli elementi principali di sostenibilità finanziaria, economica ed istituzionale-amministrativa, i principali *stakeholders* coinvolti, nonché di decidere se il progetto è meritevole di ulteriore approfondimento attraverso studi e progettazioni. In questo modo, il committente ha tutte le informazioni utili per

negli anni 2015, 2016 e 2017 che rilevano la presenza di fenomeni corruttivi in importanti interventi strutturali - EXPO, MOSE, Mondiali di nuoto, G8 - o ambiti di amministrazione locale.

[62] *Ex* art. 1655 del Codice civile, per la opzione «*a favore di una struttura contrattuale di diritto privato nella quale in definitiva il rischio dell'inadempimento graverebbe sull'appaltatore piuttosto che sullo Stato*» (in G. DI GASPARE, *Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici*, in *Amministrazione in Cammino*, 19 maggio 2014, p. 9).

valutare la soluzione preliminarmente prescelta ed impostare le successive fasi del progetto[63].

A valle, risulta essenziale, ai fini del controllo del formarsi di indebiti extraprofitti e della piena assunzione del rischio da parte dell'appaltatore, un sistema di nomina degli organi di collaudo atto ad evitare qualsiasi potenziale conflitto di interessi[64].

Rispetto all'innalzamento del livello di concorrenza nel settore, assumono un ruolo centrale il controllo e la trasparenza dei prezzi. In tal senso, l'analisi di prefattibilità e la chiarezza del progetto esecutivo riducendo i margini di discrezionalità nell'esecuzione dell'opera permettono un'effettiva concorrenza sul prezzo dell'appalto. In altri termini, creare le condizioni per un mercato aperto sui costi di esecuzione, favorendo il metodo del prezzo più basso, può consentire di abbattere gli extraprofitti e specularmente arrivare ad elevate riduzioni sui costi della prestazione appaltata con evidente sollievo anche per la finanza pubblica.

Ulteriori benefici in termini di riduzione dei costi e di contrasto alla rarefazione della concorrenza nel mercato degli appalti possono derivare dalla scelta di dimensionare, per quanto possibile, le prestazioni oggetto dell'appalto favorendo la partecipazione diretta alla gara di piccole e medie imprese, evitando in questa prospettiva e a maggior ragione, il ricorso agli appalti misti. Gli accorpamenti misti dovrebbero essere limitati solo in presenza di precise economie di scala. Un appunto critico in questo senso va fatto al ricorso a centrali uniche di committenza per l'aggiudicazione di appalti su scala nazionale. Tale sistema non ha prodotto sin qui i risparmi di spesa auspicati ed ha, invece, sacrificato il livello di concorrenza in molti settori favorendo, anziché economie di scala, effetti distorsivi tali da generare situazioni oligopolistiche e comportamenti anticoncorrenziali. Mettere a gara le specifiche prestazioni per singoli appalti, in presenza di prezzi trasparenti e monitorati dall'Osservatorio, contribuirebbe a creare un mercato aperto e concorrenziale, riducendo avvalimenti e subappalti e allontanando al contempo corruzione e le correlate aspettative di lucro della criminalità organizzata[65].

[63] Sulla necessità di un'analisi sull'utilità del progetto, cfr. intervento dell'On. Andrea Vecchio durante la seduta del 4 febbraio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 16.

[64] Cfr. l'art. 102, d.lgs. n. 50/2016, che circoscrive la possibilità di nominare quali collaudatori soggetti esterni alla stazione appaltante alla sola ipotesi di accertata carenza, nell'organico della stazione appaltante ovvero di altre amministrazioni pubbliche, di personale qualificato allo scopo.

[65] Aspettative consolidatesi, cfr. G. DI GASPARE, *Amministrazione e promozione economico-sociale del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4, 1996, p.1000: *«un sistema quindi strutturalmente in squilibrio*

Benché il nuovo Codice degli appalti abbia introdotto una serie di accorgimenti che vanno nel senso di mutare le misure di contrasto alla corruzione alla criminalità organizzata - come le citate disposizioni sulla separazione tra progettazione ed esecuzione dell'opera, sulla standardizzazione e informatizzazione delle procedure di gara, sulla nomina dell'organo di collaudo – la bonifica del settore non può considerarsi ancora conchiusa.

Si è insistito ancora troppo su requisiti e certificazioni che, seppur utili per accrescere la qualificazione di imprese e stazioni appaltanti, non contribuiscono di per sé ad accrescere l'apertura del sistema in termini di accessibilità ai dati e alla concorrenza.[66]

Le stesse interdittive antimafia risultano sì funzionali a tamponare situazioni di malaffare emergenti in corso d'opera, ma non suppliscono all'esigenza di un'indagine preliminare più approfondita sulle distorsioni e opacità nella cangiante *governance* di aziende incluse in gruppi a natura finanziaria, piuttosto che industriale, che operano con le carte apparentemente in regola ma a volte con capitali in rientro con passaggi *offshore* non sempre tracciabili e spesso imputabili a soggetti coperti dall'anonimato. Queste entità finanziarie operano con compiti, nella sostanza, di intermediazione nell'appalto e con conseguente ricorso a forme di subappalto manifestando carenze organizzative e gestionali presenza o supplenze della criminalità organizzata che possono prendere forma solo nella fase esecutiva dell'appalto. In questa prospettiva, il ricorso ai commissariamenti delle imprese oggetto di indagine per infiltrazioni criminali si appalesa essere più una modalità compromissoria e anomala di amministrazione controllata a salvaguardia di interessi di lavoratori e di terzi nonché della realizzazione dell'opera. Un rimedio sintomatico di riduzione dei danni *ex post*, più che una misura di prevenzione e di contrasto alle infiltrazioni criminali negli appalti.

La circolarità del sistema andrebbe inoltre portata a regime tramite la obbligatorietà di garanzie assicurative e bancarie poste a carico delle imprese appaltatrici e tali da consentire l'immediata escussione delle somme in caso di inadempienti da parte della stazione appaltante. Tale obbligatorietà avrebbe il

che per mantenersi distrugge le risorse ambientali…che si alimenta prevalentemente attraverso risorse trasferite, anche con il ricorso alla criminalità organizzata».

[66] Anzi, possono piuttosto costituire un ostacolo all'accesso al mercato. Si v. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 345 in cui si evidenzia anche «

la certificazione è richiesta per la partecipazione a bandi di gara e appalti pubblici che, qualora prevedano che le imprese certificate abbiano già una presenza attiva nel settore, possono costituire ***una barriera di fatto all'accesso per nuovi concorrenti, come nel caso degli appalti per le certificazioni SOA*** *(art. 42 codice degli appalti 2006)".*

pregio di innescare conseguentemente il controllo, sulla correttezza della progettazione al fine del buon esito dell'opera, anche da parte del soggetto finanziario richiesto di rilasciare le coperture assicurative o bancarie *ad hoc*. Quest'ultimo infatti assumendosi l'onere della copertura del rischio dell' appalto, sarebbe indotto necessariamente a verificarne la fattibilità sotto il profilo oggettivo e soggettivo e quindi ad aumentare, nel caso, il premio richiesto per la copertura assicurativa - se non ad escluderla - in carenza di adeguate garanzie reputazionali e/o patrimoniali dell'impresa e in ragione dell'effettiva realizzabilità dell'appalto per la cui esecuzione è richiesta la specifica prestazione assicurativa [67]. La necessità di copertura assicurativa finirebbe in questo modo per promuovere in modo sistemico la bonifica del mercato degli appalti mettendo ai margini imprese senza adeguate competenze e patrimonio e fuori dal quadro della cantierabilità improbabili progetti infrastrutturali con costi - ed esiti - non chiaramente preventivabili.

[67] Si rinvia ancora a G. DI GASPARE, *Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici, in Amministrazione in Cammino*,19 maggio 2014, p. 2 in cui si evidenzia che «*Lo spostamento del rischio a carico dell'appaltatore induce effetti virtuosi [...] l'obbligo dell'appaltatore di assicurarsi per i danni conseguenti alla sua responsabilità contrattuale fidejussione bancaria o assicurativa […]Le compagnie di assicurazione a loro volta per non trovarsi esposte […] dovrebbero svolgere un'attività di due diligence sui progetti e contratti […] finirebbero per garantire solo imprese affidabili e per opere con progetti realmente fattibili sulla base dei costi programmati […]*».

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il ritardo dei pagamenti della PA: una disciplina a tutela della concorrenza*

ILARIA DE CESARE**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 78 del 24 aprile 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0078s-20.html

Sommario

1. Profili introduttivi: la Corte costituzionale tra ridondanza e profili economici. – 2. Il ritardo dei pagamenti della PA e la sua incidenza sul sistema economico. – 3. (segue): Gli effetti (macro)economici prodotti dai ritardi dei pagamenti della PA – 4. Un possibile diverso inquadramento: la «tutela della concorrenza».

Data della pubblicazione sul sito: 9 giugno 2020

Suggerimento di citazione

I. DE CESARE, *Il ritardo dei pagamenti della PA: una disciplina a tutela della concorrenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*

** Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia. Indirizzo mail: ilaria.decesare@unipv.it.

1. Profili introduttivi: la Corte costituzionale tra ridondanza e profili economici

Nella decisione in commento la Corte costituzionale si è pronunciata su diverse questioni di legittimità costituzionale, sollevate in via principale delle regioni Lazio e Sicilia nonché dalle province autonome di Trento e di Bolzano, avverso l'art. 1, commi 857 (tutte le ricorrenti)[1], 859, 862, 863 (la regione Sicilia), 865 e 866 (la regione Lazio nonché entrambe le province autonome), l. 145/2018 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021). Tutte le disposizioni impugnate riguardano istituti volti ad incidere sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali delle Pubbliche amministrazioni (PA). Diversi i profili di illegittimità eccepiti dalle ricorrenti, alcuni comuni. In generale, in tutti i ricorsi si lamenta anzitutto la lesione diretta del riparto di competenze legislative di cui all'art. 117 Cost., nonché la violazione degli artt. 3, 97, 118, 119 e 120 Cost., ridondando dunque sulle competenze regionali e delle province autonome[2].

La complessità delle questioni prospettate dalle ricorrenti, connesse alla stessa natura della legge di bilancio, la quale, inevitabilmente, presenta istituti e previsioni che si pongono al crocevia tra competenze legislative esclusive statali, concorrenti e residuali regionali, ha determinato in capo alla Corte costituzionale la necessità anzitutto di chiarire il quadro competenziale nel quale le disposizioni censurate andavano inserite. In connessione a tale aspetto, essa ha ammesso – salvo poi dichiarare non fondate – le censure relative a lesioni indirette delle competenze regionali e provinciali prospettate dalle ricorrenti.

Senza dubbio, questa pronuncia si rivela meritevole di attenzione sul versante della ridondanza, che da tempo ha sollecitato un ripensamento complessivo del

[1] A seguito dell'abrogazione dell'art. 1, comma 857, l. 145/2018, viene dichiarata cessata la materia del contendere.

[2] In dettaglio: la Regione Lazio lamenta la lesione degli artt. 5 e 120 Cost. – principio di leale collaborazione. Lamenta, poi, la lesione diretta dell'art. 117, commi 3, 4, 6, Cost. da parte dell'art. 1, comma 865, l. 145/2018 nonché la lesione degli artt. 3, 97, 118, commi 1 e 2, Cost., ridondante sull'art. 117, da parte del medesimo comma nonché del comma 866. La Regione Sicilia, dal canto suo, lamenta la lesione degli artt. 3, comma 1, 97, comma 2 (violazioni entrambe ridondanti sull'autonomia regionale), 117, comma 4, e 120 Cost., nonché dello Statuto della Regione siciliana, da parte dell'art. 1, commi 857, 859, 862 e 863, l. 145/2018. La Provincia autonoma di Trento impugna l'art. 1, commi 857, 865 e 866, l. 145/2018 per aver violato gli artt. 3 (violazione ridondante sulle funzioni provinciali), 117, comma 3, 119 (in combinato con l'art. 10 l. Cost. 3/2001) e 120, comma 2, Cost. Infine, la Provincia autonoma di Bolzano ricorre avverso l'art. 1, commi 865 e 866, l. 145/2018, denunciando la lesione degli artt. 3 (anch'essa ridondante sulle funzioni provinciali), 117, commi 3 e 4, 119, comma 2, (in combinato con l'art. 10 l. Cost. 3/2001) e 120 Cost.

ruolo delle Regioni nel contenzioso con lo Stato e, più in generale, dello stesso giudizio di legittimità in via principale[3].

Al riguardo, giova rammentare la recente decisione n. 194 del 2019 (sul cd. «decreto sicurezza») in cui la Corte ha riconosciuto, per la prima volta esplicitamente, la possibilità di lesioni indirette delle competenze regionali, quando la legge si ascrive a *materie di competenza esclusiva statale*[4]. Al contempo, però, la Corte ha chiarito che le regioni, «argomentando adeguatamente», devono dimostrare la ridondanza «in concreto»[5] delle lesioni sulle proprie competenze. Ciò ha determinato un irrigidimento di tale profilo[6]. Nella sentenza qui annotata, invece, la ridondanza è apoditticamente ritenuta adeguatamente motivata[7]. Invero, le disposizioni censurate sono tutte ricondotte alla *finalità* di «coordinamento della finanza pubblica»[8], anche quando esplicitamente riconosciute afferenti a materie di competenza esclusiva. La Corte, dunque, sembra non ritenere necessario, quando la *ratio* della disciplina impugnata è attribuibile a materie trasversali o concorrenti, che le regioni dimostrino la ridondanza in concreto sulle proprie competenze[9].

In questa sede, però, ci si soffermerà sui passaggi della decisione in commento che si riferiscono alle implicazioni macroeconomiche associate al ritardo nei pagamenti della PA. Tra quelli degni di attenzione:

---

[3] A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 216 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 288 ss.; F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il* giudizio *di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino 2017, 153 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2018, 156 ss.; AA. VV., *I ricorsi in via principale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010*, Milano 2011.

[4] I precedenti ammettevano la ridondanza in materie di competenza esclusiva statale solo implicitamente. Cfr. C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, in questa *Rivista* n. 3/2019, 737 ss.

[5] Corte cost., sent. n. 194 del 2019, *Considerato in diritto*, ∫∫ 7.7 e 7.8.

[6] F. BIONDI Dal MONTE, *Ridondanza «in concreto» e interpretazione conforme a Costituzione del decreto sicurezza nel giudizio in via principale*, in questa *Rivista*, n. 4/2019, 1137 ss., secondo cui restano comunque incerti i profili dell'onere di motivazione richiesto alle regioni, considerata anche l'ampiezza delle argomentazioni sviluppate nei ricorsi.

[7] Cfr. Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫∫ 5.3.1 e 5.4. Sulle diverse posizioni della Corte costituzionale in relazione ai presupposti di ammissibilità dei ricorsi fondati sulla ridondanza si veda D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. Cost.* n. 1/2019, 131 ss.

[8] Cfr. Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫∫ 5.3.1., 5.4.1. e 6.6.

[9] La Corte ha fatto, nel corso del tempo, un uso elastico del concetto di ridondanza. Sul punto v. E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la «ridondanza»*, in *Giur. Cost.* n. 1/2012, 248 ss.

- «La disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie dei soggetti pubblici ha (…) una notevole incidenza sul sistema economico»;

- «I tardivi pagamenti rischiano di pregiudicare anche "il corretto funzionamento del mercato interno", nonché "la competitività delle imprese e in particolare delle PMI"»[10];

- «Il rilevante tema dell'esposizione debitoria per interessi passivi per ritardati pagamenti che […] riduce le effettive risorse da destinare alle finalità istituzionali»[11].

Questa riflessione verrà condotta alla luce dei principi costituzionali che governano l'economia.

2. Il ritardo dei pagamenti della PA e la sua incidenza sul sistema economico

Lungi dall'indugiare sui soli profili competenziali che, normalmente, animano il contenzioso tra Stato e Regioni, la Corte premette al suo ragionamento una serie di considerazioni relative all'impatto che i ritardi delle PA nei pagamenti ai privati possono sortire sugli equilibri e sulle dinamiche del sistema economico. Essa, anzitutto, è perentoria nel riconoscere che la disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie delle PA ha notevole incidenza sul «*sistema economico*»[12]. Questo testuale riferimento ad un contesto di relazioni tra unità di decisione economica, e al suo essere inciso dalla fattispecie regolata dalle disposizioni censurate, induce a riflettere sul senso di tale allusione.

Invero, la sentenza qui annotata non offre indicazioni sul sistema economico, limitandosi a individuare il ruolo in esso svolto dalle pubbliche amministrazioni (acquirenti) e alle modalità (impiego di ingenti risorsi finanziarie). Sebbene l'espressione sia divenuta corrente non solo nel linguaggio giuridico, ma anche nelle decisioni della stessa Corte costituzionale, essa è mutuata dalle scienze economiche e va, pertanto, delimitato il suo significato guardando anche a tale contesto.

Se per economia s'intende il complesso delle attività che comportano transazioni di scambio tra persone[13], allora il "sistema" è l'insieme coordinato di interazioni tra tali unità di decisione, che si muovono sui versanti della domanda e dell'offerta (di beni e servizi) e che si influenzano reciprocamente[14]. Con

[10] In questo passaggio la Corte si riferisce alla Direttiva 2011/7/UE su cui *infra* par. 2.

[11] Qui la Corte richiama un proprio precedente, la sentenza n. 250 del 2013, su cui *infra* par. 4.

[12] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫ 5.

[13] P. A. SAMUELSON, *Economics*, New York 1980, trad. it., *Economia*, Bologna 1983, 4.

[14] Così O. LANGE, *The Scope and Method of Economics*, in *13 Review of Economics Studies* 1945-46, 19 ss., secondo cui il sistema trae origine dalla volontà degli individui di

l'espressione "sistema economico", dunque, si indica un meccanismo di coordinamento delle attività di realizzazione e distribuzione di beni e servizi[15]. L'economia, però, non può essere valutata quale sistema a sé, il quale, pur potendo essere inciso da elementi esterni, si sviluppa secondo regole appartenenti esclusivamente ad esso. Com'è noto, la Costituzione non ignora il fattore economico, anzi questo è positivamente considerato[16], tanto che in essa è presente un intero titolo dedicato ai rapporti economici[17].

L'economia è stata ricondotta, nella Carta costituzionale, ad un disegno orientato all'inveramento dei princìpi fondamentali, a cominciare da quello di eguaglianza sostanziale. È, pertanto, strumento necessario a realizzare quel progetto di rinnovamento sociale che attraversa la Costituzione e che mira alla costruzione di una società in cui tutti possano arrivare alla piena realizzazione di sé[18]. Pertanto, il legislatore ordinario, nonché gli organi giurisdizionali e la stessa Corte costituzionale, sono chiamati ad intervenire sul diritto pubblico dell'economia sviluppando i princìpi costituzionali[19]: le evoluzioni e gli equilibri del sistema economico non sono rimessi alle sole dinamiche di interazione tra domanda e offerta. A tutto ciò si è aggiunto l'ordinamento dell'Unione europea, le cui determinazioni hanno inciso profondamente sulla fisionomia dei sistemi economici nazionali. Proprio quest'ultima circostanza appare evidente se si considera la Direttiva 2011/7/UE - richiamata esplicitamente nella sentenza in commento - la cui adozione si è resa necessaria perché il fenomeno dei ritardi dei pagamenti delle transazioni commerciali (non solo da parte delle pubbliche

avere determinate *risorse* (beni e servizi), che però non sono sufficienti per tutti (sono *scarse*) e dunque devono essere *amministrate*.

[15] P. KRUGMAN, R. WELLS, M. L. OLNEY, *L'essenziale di economia*, Bologna 2007, 2.

[16] Si parla tradizionalmente di "economia mista". Sul «classico sentimento misto» dell'Assemblea costituente v. G AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *La Costituzione economica. Atti del Convegno, Ferrara 11-12 ottobre 1991*, Milano 1997, 7 ss.

[17] Proprio in relazione al titolo III è stata coniata l'espressione "Costituzione economica". Sul punto v. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., V, Torino 1990, 373 ss. Più in generale, impiegando la nozione in senso descrittivo, ad essa possono essere ricondotte tutte quelle previsioni che, anche in via mediata, investono il sistema economico. Sull'evoluzione della "costituzione economica" e dei rapporti tra Stato ed economia, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 2012, 7 ss., nonché 319 ss.

[18] Il titolo dedicato ai rapporti economici non è una monade, ma è espressione dell'unitario progetto di rinnovamento sociale di cui la Carta costituzionale è portavoce. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione, Economia, Società*, Bari 2017, 39 ss.

[19] v. L'inquadramento storico e le riflessioni di M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, 20 ss.

amministrazioni) ha prodotto effetti distorsivi sul funzionamento del mercato interno all'Unione. L'adozione della direttiva, cioè, è stata determinata del concreto dispiegarsi del sistema economico, all'interno del quale si sono creati dei comportamenti non virtuosi e patologici degli attori, che hanno prodotto effetti negativi sul mercato[20], in contrasto con i principi europei.

Poiché la disciplina nazionale censurata si inserisce in un più ampio spettro di interventi legislativi volti a dare concreta attuazione a tale direttiva (recepita con d. lgs. 192/2012) e, pertanto, ad eliminare la patologia che caratterizza l'*agere* della PA nel sistema delle transazioni commerciali, il perentorio riferimento al sistema economico sembrerebbe indicare gli effetti distorsivi che si generano sul mercato. A conferma di ciò, le parole della stessa Corte, la quale specifica che il contesto di inserimento della normativa censurata riguarda il ruolo di acquirenti delle PA (quindi la loro posizione sul mercato) e le ingenti risorse a cui esse ricorrono. La dimensione da considerare, dunque, è quella che vede la Pubblica amministrazione quale acquirente e, pertanto, i rapporti commerciali che essa instaura con le imprese private.

3. (segue): Gli effetti (macro)economici prodotti dai ritardi dei pagamenti della PA

Invero, il ritardo della PA nei pagamenti è «considerato sotto i suoi *profili macroeconomici*»[21]. Se la macroeconomia è quel settore della scienza economica che studia le dinamiche del sistema nel suo complesso, ossia come le decisioni delle unità interagiscono e quali effetti di prestazione economica producono[22], i ritardi nei pagamenti devono essere valutati con riferimento alle modalità di funzionamento del sistema.

Il fenomeno - problematico sempre, ma ancor più quando investe le transazioni commerciali realizzate da contraenti pubblici[23] - è diventato oggetto di osservazione, anzitutto da parte delle Istituzioni europee, con lo scoppio della crisi finanziaria del 2008. La Commissione europea, nello svolgere il suo ruolo di monitoraggio dei conti pubblici, ha dedicato particolare attenzione ai ritardi dei pagamenti della PA, in quanto potenziale strumento per aggirare le regole di bilancio europee: con esso, infatti, è possibile evitare (di registrare) un aumento

[20] G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna 1987, 139 ss., secondo cui il mercato è un elemento che compone i sistemi economici.

[21] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫ 5.

[22] Cfr. P. KRUGMAN, R. WELLS, M. L. OLNEY, *L'essenziale*, cit., 3, 328-329.

[23] M. DEGNI, P. FERRO, I tempi e le procedure dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni, in www.siep.it, 2012, 4 ss.

del debito pubblico[24]. Studi di settore, peraltro, hanno dimostrato come l'accumulo dei ritardi sia da ricollegare non soltanto a caratteri strutturali del sistema italiano (in parte modificati con interventi normativi recenti), ma anche ad una scelta di politica economica[25]. Incisiva, inoltre, è stata la denuncia proveniente dal mondo imprenditoriale, seguita da esplicite prese di posizione del mondo istituzionale: dal Presidente della Repubblica ai Presidenti del Consiglio[26].

Non è un dato casuale che l'attenzione si sia intensificata a partire dalla crisi finanziaria[27]. Il tempo, soprattutto la *certezza* del tempo di pagamento e quindi dei flussi di liquidità, giova al mercato perché consente alle imprese che hanno avuto accesso a forme di finanziamento di ripagarle, con una complessiva riduzione dei tassi di interesse per tutti[28]. Un primo possibile effetto macroeconomico, dunque, conseguente al ritardato pagamento dei debiti, potrebbe essere rappresentato dall'aumento dei tassi di interesse per l'accesso ai finanziamenti, o comunque dalla pratica di tassi più elevati di quelli che si avrebbero in assenza di tale patologia.

Inoltre, come evidenziato nella Direttiva europea del 2011, nei periodi di crisi economica l'accesso a forme di finanziamento esterno diviene più difficile da ottenere[29], con conseguente rischio di fallimento delle imprese: questo rappresenta il secondo effetto macroeconomico del fenomeno. Le più esposte a tale rischio, peraltro, sono le PMI (piccole e medie imprese), le quali, soprattutto nei cicli economici negativi, difficilmente possono sopportare crisi di liquidità, ottenere accesso al credito o riuscire a sostenerlo[30]. Ancora, la stessa fiducia nel mercato viene meno, quando uno dei suoi principali contraenti - la PA, che gode di «flussi di entrate più certi, prevedibili e continui rispetto alle imprese»[31] – non garantisce certezza sui tempi di adempimento[32]. E questo rappresenta un terzo effetto macroeconomico collegato al ritardo nei pagamenti.

---

[24] L. D'AURIZIO, D. DEPALO, S. MOMIGLIANO, E. VADALÀ, *I debiti commerciali delle amministrazioni pubbliche italiane: un problema ancora irrisolto*, in *Pol. Ec.* n. 3/2015, 421 ss., spec. 427-428. Per un'analisi degli «artifici contabili» connessi alla disciplina sui debiti commerciali si rinvia all'analisi di C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore legale? I perduranti ritardi nel pagamento dei debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni*, in *Amministrazione In Cammino* 19 giugno 2017, 1 ss., spec. 5-7.

[25] C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore*, cit., 11-12.

[26] S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* n. 4/2014, 977 ss.

[27] La stessa disciplina europea aveva già emanato in passato delle disposizioni sul punto. La direttiva 2011/7/UE, infatti, è stata adottata in sostituzione della precedente direttiva 2000/35/CE, recepita in Italia con d.lgs. 231/2002.

[28] S. LUCATTINI, *Lo Stato*, cit., 997.

[29] Direttiva 2011/7/UE, *considerando* (3).

[30] M. DEGNI, P. FERRO, *I tempi*¸ cit., 12.

[31] Direttiva 2011/7/UE, *considerando* (23).

[32] S. LUCATTINI, *Lo Stato*, cit., 997.

Infine, i tempi di pagamento delle pubbliche amministrazioni sono diversi e variano sia a seconda delle zone che dei servizi[33], finendo di fatto per incidere sulla stessa "sopravvivenza" di alcune imprese piuttosto che altre[34]. Quest'ultimo elemento, unitamente agli effetti già evidenziati, determina un'alterazione della libera concorrenza tra imprese, anzitutto a livello nazionale, ma anche europeo, contravvenendo a quello che è l'obiettivo principale della Direttiva 2011/7/UE, la quale all'art. 1 pone a suo fine «garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMI». Un'impresa creditrice della PA non soddisfatta – oltre al rischio fallimento – potrebbe non disporre di sufficienti risorse da destinare alla ricerca e allo sviluppo tecnologico, o ad altri interventi strutturali e operativi, idonei a renderla competitiva nel mercato in cui opera.

Le conseguenze sin qui elencate possono essere ricondotte ai cd. effetti "indotti" e "dinamici" (a cui deve aggiungersi l'effetto "diretto", ossia il beneficio diretto lordo che le singole imprese ottengono quando i propri crediti sono pagati tempestivamente), individuati dal primo studio sui complessivi effetti economici che il ritardo dei pagamenti della PA genera nel sistema italiano[35]. Mentre l'effetto indotto riguarda i maggiori redditi che avrebbero a disposizione le famiglie e la stessa pubblica amministrazione a seguito del pagamento sollecito dei debiti commerciali, quello dinamico rappresenta il beneficio lordo derivante dall'evitato fallimento delle imprese[36].

Deve evidenziarsi un ultimo elemento. Come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, a seguito dell'entrata in vigore - nel 2013 - della Direttiva 2011/7/UE, si sono succeduti diversi interventi legislativi, volti a ridurre i ritardi accumulati e a modificare strutturalmente il sistema dei pagamenti delle Pubbliche

[33] Sui dati relativi alle dimensioni delle imprese creditrici delle PA (tra il 2012 e il 2014) e sui tempi medi dei pagamenti (tra il 2008 e il 2014) si rinvia a L. D'AURIZIO, D. DEPALO, S. MOMIGLIANO, E. VADALÀ, *I debiti commerciali*, cit., 440 ss.

[34] C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore*, cit., 3. Per una riflessione sulle conseguenze relative a maggiori/minori flussi di liquidità in settori imprenditoriali diversi v. S. LUCATTINI, *Lo Stato*, cit., 1021 ss.

[35] F. FIORDELISI, D. MARE, N. RADIC, O. RICCI, G*overnment late payment: the effect on the Italian economy – I ritardi di pagamento della Pubblica Amministrazione: l'effetto per l'economia italiana*, in *Financial Intermediation Network of European Studies*, n. 1/2012, 1 ss.

[36] F. FIORDELISI, D. MARE, N. RADIC, O. RICCI, *Government late payment*, cit., 9. Lo studio, in base alle stime condotte, riporta le conseguenze positive che si sarebbero verificate sul PIL se nel 2011 i debiti fossero stati pagati nel rispetto dei tempi previsti dalla direttiva del 2011, o anche con un ritardo fino a complessivi 150 giorni (comunque inferiore al ritardo medio registrato di 180 giorni).

amministrazioni[37]. Si segnalano, in particolare, i dd.ll. 35/2013 e 66/2014[38], con cui, tra le altre misure, sono state immesse forti liquidità, al fine di saldare e smaltire i debiti accumulati; e il d.lgs. 93/2016, il quale è intervenuto su due dei tre elementi che sono ritenuti causa fisiologica dei ritardi della PA[39]. Nonostante ciò, la patologia ha continuato a caratterizzare i pagamenti dei debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni, tanto che la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione, sfociata nel ricorso alla Corte di Giustizia UE (CGUE), che a sua volta ha riconosciuto l'Italia inadempiente rispetto alla direttiva del 2011 (pur avendo del pari ammesso che la situazione sia «in via di miglioramento»[40])

4. Un possibile diverso inquadramento: la «tutela della concorrenza»

I richiami che la Corte opera alla direttiva europea del 2011 e alla disciplina normativa che ne è conseguita, nonché alla sua inadeguatezza - fotografata dalla CGUE nella decisione del 2020 - mostrano un chiaro inquadramento dei profili macroeconomici che caratterizzano il contesto in cui si inserisce la normativa impugnata. La Corte riconosce l'art. 1., commi da 859 a 866, l. 145/2018 quali interventi volti a garantire «il rispetto dei termini di pagamento e ridurre l'importo del debito commerciale residuo da parte delle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato»[41]. Un intervento, dunque, che mira a realizzare il corretto funzionamento del mercato, impedendo che si continuino a determinare le condizioni per una sua alterazione e, in ultima istanza, per un'alterazione della regola concorrenziale[42].

Se, dunque, è questo il contesto di riferimento delle norme impugnate, non avrebbe destato meraviglia un riferimento della Corte ad un ambito materiale, anzi

[37] Per una ricostruzione della disciplina, che ne evidenzia anche la complessità interpretativa e applicativa, v. A. M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *I ritardi nei pagamenti*, Milano 2016.

[38] A cui deve aggiungersi il d.l. 145/2013. Cfr. Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫ 5.

[39] C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore*, cit., 14 ss.

[40] ∫ 65, Sentenza della CGUE – Grande Camera, 28 gennaio 2020. La decisione della Corte di Giustizia è richiamata in Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫ 5.1, unitamente al referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei Servizi sanitari regionali, per sottolineare l'esigenza che lo Stato continui ad intervenire sul fenomeno, che continua a rappresentare un problema del sistema economico italiano.

[41] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto*, ∫ 5.2.

[42] Sull'attualità del fenomeno si veda l'ultimo studio ANCE (novembre 2019) nel quale si registra un tempo medio di pagamento alle imprese di costruzione di 133 giorni. Le imprese colpite dal ritardo sono, invece, circa i due/terzi. www.ance.it/search/ultimenotizie.aspx?docId=38485&id=16&pid=11&pcid=12.

ad un compito trasversale, distinto da quelli esplicitamente evocati: la «tutela della concorrenza».

Al contrario, nell'inquadrare il comma 865 - il quale dispone una riduzione del trattamento economico dei direttori generali e direttori amministrativi del Servizio sanitario nazionale, qualora non raggiungano l'obiettivo di rispettare i tempi di pagamento dei debiti della PA - la Corte dapprima riconosce che si tratta di norma espressiva di competenza esclusiva statale, attenente alla materia «ordinamento civile», successivamente evidenzia che, per il suo tramite, il legislatore ha inteso perseguire una diversa finalità (il tempestivo pagamento dei debiti commerciali), riferibile alla materia «coordinamento dinamico della finanza pubblica» *ex* art. 117, comma 3, Cost. La medesima finalità è riconosciuta anche nei commi 866 e 862[43], nonché 859 e 863 (ascrivibili alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»)[44].

La Corte ha dato seguito ad un suo precedente orientamento, espresso nella sentenza n. 272 del 2015. In tale decisione si era attribuito all'art. 41, comma 2, d.l. 66/2014 lo scopo di far fronte ad una situazione che provoca gravi conseguenze per il sistema produttivo e di favorire la ripresa economica, producendo effetti positivi anche sulla finanza pubblica[45]. La disposizione era stata ascritta alla materia del coordinamento della finanza pubblica, a cui ricondurre non solo le norme volte a limitare la spesa pubblica, ma anche quelle volte a riorientarla[46].
Nella decisione n. 78 del 2020 la Corte richiama anche un altro suo precedente, proprio nelle argomentazioni volte ad inquadrare il contesto di riferimento della normativa impugnata, ossia la sentenza n. 250 del 2013, che pure si era occupata del fenomeno dei ritardi dei pagamenti. Ciò che accomuna le decisioni del 2013 e del 2015 è il collegamento dei ritardi dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni alla finanza pubblica, sottolineando le conseguenze sfavorevoli che esso determina *anche* in questo ambito[47]. Non v'è dubbio che l'indebitamento

[43] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto* (rispettivamente) ∫ 5.4.1. e ∫ 6.2.

[44] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto,* ∫ 6.6.

[45] La norma imponeva il blocco delle assunzioni per tutte le PA (tranne gli enti appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale) che non rispettavano i termini di pagamento disposti dal d.lgs. 231/2002, per l'anno successivo a quello di riferimento.

[46] Cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2015, *Considerato in diritto,* ∫ 3.1. Riconosce portata innovativa alla decisione T. SCARABEL, *L'evoluzione del coordinamento della finanza pubblica: brevi considerazione*, in questa *Rivista* n. 2/2016, 414 ss.

[47] Nella sentenza n. 250 del 2013, *Considerato in diritto,* ∫ 4, la Corte riconosce che «il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione è obiettivo prioritario […] non solo per la critica situazione economica che il ritardo ingenera nei soggetti creditori, ma anche per la stretta connessione con l'equilibrio finanziario dei bilanci pubblici, il quale

della PA determini tali effetti negativi[48], ma proprio i profili macroeconomici già individuati, nonché la disciplina europea - in adempimento della quale è adottata quella interna - dimostrano che le prime criticità, quelle che più di tutte caratterizzano il fenomeno, si producono sul mercato, sul suo corretto funzionamento concorrenziale e sulla vita delle imprese.

Il profilo relativo alle conseguenze negative che i ritardi dei pagamenti producono sui bilanci delle pubbliche amministrazioni, peraltro, non sembra rientrare negli obiettivi e nelle considerazioni svolte in sede di disciplina europea. La Direttiva 2011/7/UE, al contrario, al *considerando* (23), sottolinea la posizione favorevole delle pubbliche amministrazioni sul mercato, tanto per il continuo e stabile afflusso di risorse e per il ricorso al credito *a condizioni agevolate* (corsivi dell'autore), quanto per la scarsa dipendenza dalle imprese nell'intessere relazioni commerciali.

Ad un diverso inquadramento competenziale della disciplina non può ostare neanche l'esplicita qualificazione contenuta all'art.1, comma 858, l. 145/2018, il quale recita «Ai fini della tutela economica della Repubblica, le disposizioni di cui ai commi da 859 a 872 costituiscono princìpi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione»[49], ben potendo la Corte procedere ad una sua riqualificazione. Dunque, la materia alla quale sembrerebbe più corretto ascrivere la disciplina normativa volta ad eliminare il fenomeno dei ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali della pubblica amministrazione parrebbe essere la «tutela della concorrenza» di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.[50].

La giurisprudenza costituzionale è costante nel riconoscere anzitutto il carattere trasversale di tale materia, capace dunque di "tagliare" diverse altre competenze,

viene intrinsecamente minato dalla presenza di situazioni debitorie non onorate tempestivamente».

[48] Conseguenze «meno evidenti ma altrettanto gravi» quali l'aumento degli oneri a carico della PA, connessi non solo al ritardo, ma anche ad un aumento dei prezzi praticati dalle imprese, a scapito di tutte le pubbliche amministrazioni, anche se virtuose. Così C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore*, cit., 2.

[49] Corte cost., sent. n. 78 del 2020, *Considerato in diritto,* ∫ 5.4.1.

[50] Sull'incidenza che l'esplicita previsione della tutela della concorrenza ha avuto nell'ordinamento, *ex plurimis*, M. GIAMPIERETTI, *Art. 41*, in S. BARTOLE, R. BIN, (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 403 ss.; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, III, Milano 2010, 191 ss.; R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Milano 2006, 194 ss.; G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. Cost*. n. 3/2019, 597 ss. Si consenta di rinviare anche a I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it* n. 8/2020, 55 ss.

sia concorrenti che residuali, delle regioni[51]. Inoltre, alla tutela della concorrenza è riconosciuto carattere finalistico, dal quale discende non solo la possibilità di influire sulle competenze legislative regionali fino alla «totalità degli ambiti materiali» a cui la disciplina statale si applica, ma anche l'obbligo, per le regioni, di conformarsi a questa finalità nell'esercitare la propria competenza in altre materie[52].

Per quanto riguarda, poi, il contenuto della competenza *ex* art. 117, comma 2, lett. e), Cost., si può far riferimento a quanto la Corte ha enunciato sin dalla prima decisione sul punto: sent. n. 14 del 2004. Chiamata a pronunciarsi su previsioni normative riconducibili agli "aiuti di Stato", la Corte ricostruisce anzitutto la nozione di concorrenza e afferma che essa ricomprende «nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato» e ancora che la materia, pur non avendo confini certi, si presenta come «funzione esercitabile sui *più diversi oggetti*», per poi riconoscere l'intenzione del legislatore costituzionale del 2001 «di unificare in capo allo Stato *strumenti di politica economica* che attengono allo sviluppo dell'intero Paese»[53] (corsivi dell'autore). Certamente l'ambito di riferimento è, nella sentenza n. 14 del 2004, quello degli aiuti finanziari alle imprese e, pertanto, sono questi che vanno ricondotti agli *strumenti di politica economica* citati. Ciò non toglie che le parole della Corte ricostruiscono i caratteri generali della materia concorrenza. Pertanto, considerati gli effetti che i tardivi pagamenti della PA generano sul mercato e sulle imprese, la disciplina volta alla loro rimozione ben può essere ritenuta proprio *uno strumento di politica economica* orientato a favorire lo sviluppo dell'intero Paese.

Il ritardo nei pagamenti non è solo una condotta omissiva idonea ad incidere sui contratti di lavoro dei direttori generali e amministrativi degli enti coinvolti (in termini di indennità di risultato), né rileva solo sul versante della corretta gestione della finanza pubblica. Come evidenziato, il ritardo della PA finisce con l'alterare il gioco della concorrenza, danneggiando alcune imprese a vantaggio di altre. A conferma di ciò può ricordarsi l'art. 9, comma 3-bis, l. 192/1998, il quale prevede il potere dell'AGCM di intervenire con diffide e sanzioni, «qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato». A seguito della modifica intervenuta con l. 180/2011, lo stesso comma attualmente dispone che, in caso di ritardi reiterati in danno alle imprese creditrici «con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». Il legislatore ha

[51] L. CUOCOLO, *Articolo 117*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo,* Bologna 2018, 339.

[52] Cfr. S. PARISI, *Le potestà normative*, in R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, II ed., Bologna 2018, 241.

[53] Corte cost., sent. n. 14 del 2004, *Considerato in diritto*, ∫ 4.

dunque ricondotto a tali ipotesi di abuso, anche il ritardo nei pagamenti della PA, in quanto pratica idonea a «paralizzare il corretto funzionamento del mercato»[54].

La disciplina sui ritardi appronta e potenzia una serie di strumenti al fine di promuovere condizioni più congeniali allo sviluppo di relazioni economiche orientate alla libera competizione tra imprese, scongiurando il rischio di ingerenze nei rapporti di forza tra i concorrenti. Se gli "aiuti di Stato" sono interventi positivi che favoriscono alcune imprese a danno di altre, i ritardi nei pagamenti – come si è detto – danneggiano alcune imprese a favore di altre, producendo entrambi i fenomeni il medesimo effetto distorsivo sul mercato.

Inquadrare la disciplina censurata, nonché più in generale tutte le previsioni legislative volte ad eliminare il fenomeno del ritardo dei pagamenti della PA, nell'ambito della concorrenza non solo consentirebbe una più precisa corrispondenza alla disciplina europea e agli obiettivi in essa previsti[55], ma soprattutto porrebbe in risalto le conseguenze più gravi del fenomeno: la sofferenza e il sacrificio delle PMI, struttura imprenditoriale che caratterizza maggiormente il tessuto economico italiano, determinando di fatto un rallentamento della realizzazione del progetto sociale costituzionale.

Questo diverso inquadramento competenziale non avrebbe probabilmente modificato l'esito dei ricorsi che hanno portato alla decisione n. 78 del 2020, ma potrebbe aprire nuovi profili. La concorrenza, infatti, è anzitutto una regola di funzionamento del mercato. Poiché il mercato è elemento costitutivo del sistema economico e, pertanto, non è avulso dai principi che fondano e governano l'ordinamento, questa regola deve sempre essergli conforme. Aderendo alla tesi per cui la concorrenza debba essere orientata all'utilità sociale *ex* art. 41, comma 2, Cost.[56], il diverso inquadramento amplierebbe in concreto il margine di intervento del legislatore statale, in quanto la competenza *ex* art. 117, comma 2, lett. e), Cost. serve a disciplinare una regola del mercato che *deve* essere orientata ai principi costituzionali.

---

[54] C. MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità¸* in *Merc. Conc. Reg.* n. 3/2016, 549 ss., spec. 553-554, la quale svolge una più ampia riflessione su tale previsione e sulla prima decisione dell'AGCM nell'ambito degli abusi di dipendenza economica - prov. n. 26251 del 26 novembre 2016.

[55] La Corte dei Conti, nella deliberazione n. 53/PAR/2013, dovendo chiarire se il d.lgs. 192/2012 fosse da riferire anche alla materia dei lavori pubblici, ha evidenziato come la Direttiva 2011/7/UE abbia lo scopo di garantire il corretto funzionamento del mercato «atteso che i ritardi nei pagamenti rappresentano un effetto distorsivo della concorrenza», concludendo per una necessaria interpretazione conforme a tale scopo della disciplina nazionale.

[56] Sull'inopportunità di trarre dall'art. 117 Cost. il "valore" costituzionale della concorrenza, da bilanciare con l'utilità sociale *ex* art. 41, comma 2, Cost, si vedano le riflessioni di O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli 2016, 131-133.

Il legislatore statale deve, dunque, verificare che gli interventi volti a garantire il funzionamento concorrenziale del mercato, siano idonei a conseguire l'utilità sociale, cioè il benessere collettivo della società. Quest'ultimo, come visto, sarà in parte ostacolato fintanto che le modalità di pagamento dei debiti commerciali operate dalla pubblica amministrazione incideranno negativamente tanto sulla vita delle piccole e medie imprese, mettendone in pericolo la stessa sopravvivenza, quanto sulla finanza pubblica, finendo così per deteriorare tutto il sistema economico.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC dopo il vaglio della Consulta: un'occasione per riflettere*

VALENTINA GIOMI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 56 del 26 marzo 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0056s-20.html

Sommario

1. La nuova disciplina del servizio NCC: dalla lunga attesa... – 2. (segue) ... alla prova di resistenza costituzionale. – 3. I caratteri essenziali del servizio NCC. – 4. L'avvento di nuove tecnologie e la titubanza del legislatore europeo. – 5. La rilettura dell'assetto regolatorio del servizio NCC: i dubbi di legittimità – 6. (segue) e la decisione della Corte. – 7. Metodo e merito nella logica della Corte. – 8. Rileggere la decisione: fra nuove prospettive legislative e rispetto della coerenza del sistema.

Data della pubblicazione sul sito: 9 giugno 2020

Suggerimento di citazione

V. GIOMI, *Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC dopo il vaglio della Consulta: un'occasione per riflettere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*

** Professoressa Associata in Diritto Amministrativo nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: valentina.giomi@unipi.it.

1. La nuova disciplina del servizio NCC: dalla lunga attesa...

La riflessione sull'attuale assetto regolatorio del servizio di autotrasporto con NCC e sulle persistenti criticità ancora rinvenibili all'interno di tale rinnovato quadro prende spunto dalla recente vicenda in cui la Regione Calabria ha investito la Consulta[1] in ordine a numerosi profili di dubbia legittimità costituzionale sollevati in relazione a vari precetti della legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, così come da ultimo novellata[2].

L'attuale approdo normativo del servizio NCC, a fatica raggiunto dopo un decennio di vicissitudini giuridiche che hanno accompagnato (e mai abbandonato) il delicatissimo tentativo di revisione di una disciplina consolidata da ben oltre un ventennio[3], non ha da subito lasciato presagire che il traguardo conseguito dal legislatore avrebbe comportato una automatica stabilità per il settore.

A pesare negativamente su un giudizio di piena solidità giuridica è, per lo più, la scarsa fermezza con cui il legislatore ha inteso conferire efficacia ad una disciplina costruita proprio per risolvere le principali questioni strutturali inerenti a questo tipo di servizio ed al relativo funzionamento.

Il costante ritardo nell'entrata a regime del pacchetto regolatorio del servizio NCC ha inevitabilmente trascinato con sé l'idea che il quadro normativo su cui viene richiamata, oggi, l'attenzione della Corte costituzionale, fosse già nato con una debolezza intrinseca.

A far vacillare le poche certezze a fatica raggiunte in un settore attraversato da opposte tensioni, contribuiscono le recentissime vicende legislative che hanno costruito lo sfondo entro cui è stata chiamata a muoversi la Consulta.

Nelle more della invocata decisione, il cui fine remoto era implicitamente rinvenibile nella volontà di arrestare ancora una volta l'ingresso di una riforma che avrebbe segnato un nuovo punto di equilibrio nella concorrenza interna degli

[1] Ricorso per questione di legittimità costituzionale formulato della Regione Calabria, ai sensi dell'art. 127 comma 2 Cost. e dell'art. 32 legge n. 87/1953, depositato in cancelleria il 17 aprile 2019, n. 52, pubblicato in GU, Serie Spec. - Corte Cost. n.24 del 12 giugno 2019.

[2] Nel dettaglio viene impugnato l'art. 10-bis, commi 1, lettere a), b), e) e f), 6, 7, 8 e 9, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 11 febbraio 2019, n. 12.

[3] Va ricordato che uno degli scopi della legge n. 21/1992 fu proprio quello di formalizzare la distinzione fra le due forme di autotrasporto non di linea, già emersa dalle prime norme sul settore: dal combinato disposto dell'art. 113 della legge 8 dicembre 1933, n. 1740, con l'art. 57, d.p.r. 15 giugno 1959, n. 393, "il trasporto di persone e cose in servizio di piazza (taxi)" fu classificato come "uso pubblico", mentre "il trasporto di autonoleggio con conducente" come "uso privato".

operatori del settore del TPL non di linea, il percorso creativo del legislatore non si è interrotto ed ha dato vita ad una falsa partenza di una delle principali regole operative introdotte con la mini-riforma del 2018, in tal modo provocando all'effetto pratico di sterilizzare il mercato del servizio NCC[4].

Non si è interrotto neppure il dibattito accesosi intorno alla neo approvata mini-riforma del settore, che, da interno alle diverse categorie di operatori del servizio di TPL non di linea, si è trasferito nelle sedi legislative, rischiando di vanificare il traguardo conseguito poco prima[5].

Rivolgendo lo sguardo al passato, poi, è sufficiente ripercorrere a ritroso le tappe che hanno accompagnato l'ingresso del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135[6], nel testo formalizzato dalla legge di conversione[7], per trovare un certo supporto all'ipotesi prospettata.

Come è noto, infatti, l'approvazione e la conversione del decreto recante la contestata novella con cui si disciplina il servizio NCC, ha rappresentato soltanto un passaggio formale volto ad identificare il momento e lo strumento di emersione delle principali modifiche alla disciplina del servizio NCC, ma non ha coinciso don l'origine della scelta politico-legislativa con cui si è deciso come rimettere le mani su un tipo di servizio cristallizzato in una normativa datata oltre un quindicennio e che, in origine, non forniva alcuna regolamentazione specifica di tale attività.

[4] Genera stupore l'operato del MIT, che il 19 febbraio 2020 (Decreto Dirig. N. 4 del Dip. Affari generali), come per legge richiesto, istituisce il registro informatico pubblico nazionale per i titolari di (regolare) titolo abilitativo all'esercizio del servizio taxi ed NCC (licenza/autorizzazione), dichiarandone l'operatività dal 2 marzo 2020; contestualmente, il 20 febbraio 2020, con un comunicato pubblicato sul proprio sito, ne dispone l'immediata sospensione degli effetti, rinviando l'operatività alla previa definizione, concertata con il Ministero dell'Interno, delle specifiche tecniche del foglio di servizio elettronico, ritenuto prodromico al corretto funzionamento del primo. Ad oggi, quest'ultimo adempimento, unitamente alla regolamentazione delle piattaforme informatiche di intermediazione, non risulta ancora completato e ciò continua a bloccare il rilascio di nuove autorizzazioni NCC (art. 10 bis, comma 6 d.l. 135 del 2018).

[5] A seguito della forte pressione delle associazioni di categoria, in sede di conversione del decreto "milleproroghe" per il 2020 (d.l. 30 dicembre 2019, n. 162) sono state presentate ben 16 proposte emendative della legge n. 12 del 2019, tutte miranti a paralizzare l'efficacia delle novelle con cui venivano introdotte le principali regole più restrittive del settore; la blindatura del decreto con la fiducia, necessaria per non far cadere il testo, ha contribuito al rigetto degli emendamenti non ritirati, ma non ha risolto in radice il problema, per il momento solo accantonato.

[6] Il decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, reca "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione".

[7] Avvenuta con la citata legge n. 12 del 2019, recante: Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione..

Più precisamente, la legge n. 12 del 2019, con cui si è blindato il cosiddetto decreto semplificazioni che, in origine, non prevedeva alcuna norma sul servizio NCC, ha offerto - ma solo in sede di conversione - la mera copertura giuridica alla novella oggetto del presente scrutinio costituzionale, essendo quest'ultima una riproduzione pressoché fedele di un testo già varato dall'esecutivo pochi giorni prima, ma decaduto, il quale, a sua volta, era intervenuto per apportare qualche modifica non sostanziale alla prima radicale disciplina con cui il Governo, dieci anni prima di tale data, aveva dato avvio alla riforma del servizio NCC.

L'eco acquisita dall'ingresso delle nuove regole non può quindi essere considerata diversa o maggiore di quella già maturata in relazione ai citati precedenti, ma in questo caso la norma si giova del completamento dell'iter che ne ha segnato l'avvio dell'efficacia.

Dietro l'apparente impatto rivoluzionario con cui è stato accolto il nuovo quadro regolatorio, si cela, però, una portata innovativa "per derivazione".

Per risalire, allora, alle radici dell'odierno assetto regolatorio del servizio NCC, fatto di obblighi e vincoli più stringenti del passato, occorre muovere dal d.l. 30 dicembre del 2008, n. 207[8].

L'intervento legislativo del 2008, contenuto in un provvedimento urgente varato per disporre il solito pacchetto di proroghe in limine alla scadenza annuale dei termini, si consuma in una unica norma ad oggetto esorbitante dal contesto, ma dall'impatto decisamente dirompente sull'intero settore dell'autotrasporto non di linea.

Con una sola prescrizione fu riscritta gran parte della vecchia normativa quadro sul servizio pubblico non di linea, introducendo nuove regole operative per l'attività di NCC[9].

Si trattò di un rilevante colpo di mano passato indenne dalle modifiche apportate in sede di conversione[10] ma che, al momento dell'auspicato ingresso nel panorama normativo, fu subito al centro di un aspro dibattito che vide protagonista anche l'AGCM perché sospettato di anticoncorrenzialità[11].

Ne fu quindi cautelativamente deliberata l'immediata sospensione, nelle more della ridefinizione generale del settore del trasporto pubblico non di linea[12],

[8] Decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207, recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti.

[9] La norma in oggetto è l'art. 29 comma 3-quater.

[10] Con legge 27 febbraio 2009, n. 14.

[11] Prima in AS501 "Disciplina dell'attività di noleggio con conducente" in Boll. n. 7/2009; poi in AS683 "Disciplina dell'attività di noleggio con conducente" in Boll. 16/2010.

[12] L'immediatezza dell'esigenza di una proroga ha costretto il legislatore ad inserire la moratoria nel primo provvedimento disponibile, intervenendo all'ultimo momento ed in

adempimento non portato a termine nei tempi prestabiliti, ma, vista l'importanza della questione, subito prorogato[13].

Continuando a rimanere inevaso l'invito al complessivo riordino della materia che muovesse dai principi, a complicare la vicenda, già tradottasi in un blocco dell'efficacia dell'unico pacchetto innovativo di regole per il servizio NCC varato dall'ingresso della legge quadro del 1992, si aggiunse, poco prima della scadenza dell'ultima proroga, un ulteriore invito legislativo al Governo[14], che operava in due distinte direzioni: per una parte l'esecutivo avrebbe dovuto condurre a termine la predetta riforma della vecchia normativa, per altra parte il Ministero competente in materia, con procedura concertata, avrebbe dovuto intervenire sul fenomeno dell'abusivismo con apposita regolamentazione.

La formale contestualità delle due distinte previsioni ha dato vita ad un tacito intreccio che ha generato una pericolosa confusione sfociata nella frequente identificazione del regime di proroga dell'efficacia, disposto formalmente per la seconda e non anche per la prima[15].

Così, se, da un lato, la perdurante inerzia del MIT ad ottemperare al remoto invito a fornire una disciplina tesa a scongiurare le pratiche di esercizio abusivo del servizio NCC (e taxi) ha costretto il legislatore a disporre continui differimenti dei termini finali per provvedere, dall'altro ed in modo contestuale, tale differimento è stato esteso anche ai termini per provvedere in via generale sulla disciplina

sede di conversione di un decreto a tutt'altro destinato, con una norma come l'art. 7-bis, comma 1, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5 (recante Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario), convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33.

[13] Più precisamente, con la prima sospensione, disposta dall'art. 7-bis, del d.l. n. 5 del 2009, si arrivava fino al 30 giugno 2009, con la seconda, l'efficacia dell'art. 29 quater del d.l. 207 del 2008 veniva prorogata al 31 marzo 2010.

[14] Con l'art. 2, comma 3, del decreto-legge 25 marzo 2010 n. 40, convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2010, n. 73, si disponeva che Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa con la Conferenza Unificata, varasse urgenti disposizioni attuative, tese a impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente e fornisse indirizzi generali per l'attività di programmazione e pianificazione delle regioni ai fini del rilascio dei titoli autorizzativi da parte dei comuni.

[15] Sulle conseguenze di tale incertezza applicativa, N. CANZIAN, *Il legislatore tentennante sul servizio di noleggio con conducente: l'incertezza ricostruttiva fra reviviscenza e assenza di una disciplina positiva*, in *Media Laws*, n. 1 del 2018, p. 161.

complessiva del settore, con conseguente protrazione della sospensione dell'efficacia delle novelle introdotte nel 2008[16].

Tale blocco, reiterato senza soluzione di continuità fino al 1 gennaio 2019, pur originando da un'erronea sovrapposizione di norme, è stato avallato dalla maggior parte della giurisprudenza e, seppur con una certa timidezza, anche dal Ministero Infrastrutture e Trasporti[17].

Pertanto, fino alla caducazione definitiva delle norme oggetto di inesatta sovrapposizione, la disciplina applicabile al servizio NCC, priva, tanto delle norme esecutive, quanto della regolamentazione del fenomeno dell'abusivismo, risultava essere riconducibile, seppur con qualche incertezza, a quella originaria della legge quadro del 1992.

L'auspicata richiesta di intervento sulla legge quadro del 1992 sembrava finalmente aver trovato accoglimento a fine 2018, quando, con un apposito decreto varato al limite di scadenza dell'ennesima opaca proroga, il Governo si è deciso ad intervenire sull'intera disciplina dell'autoservizio NCC[18], introducendo regole che, ad assetto strutturale invariato, rimodulavano la pregressa normativa del 2008 attraverso un'attenuazione del rigore di alcuni degli stringenti vincoli in origine previsti[19].

Ma si è trattato di una partenza claudicante, perché la mancata conversione del decreto sembrava aver condannato sul nascere l'ingresso della "nuova" disciplina[20].

L'arresto legislativo non si è però trasformato in una radicale esclusione della tanto attesa operatività del dettagliato regime del servizio NCC, inclusivo delle modifiche migliorative appositamente studiate per attutire l'impatto della riforma,

---

[16] Per una lettura critica del fenomeno, vedi V. ROSSI, *Proroga, la ladra di tempo: il caso del noleggio con conducente*, in www.ilmerito.org., 2017.

[17] Come precisato in una nota direttoriale del 31 marzo 2016, emanata dalla Direzione Generale per il Trasporto Stradale e per l'Intermodalità, dove si leggeva altresì che "in considerazione della complessità della questione interpretativa, cui afferiscono interessi sensibili e delicati per l'ordinamento giuridico e tenuto anche conto delle già intervenute pronunce di merito e di legittimità da parte dell'Autorità giudiziaria, allo stato non può darsi un'interpretazione certa e definitiva".

[18] Decreto-legge 29 dicembre 2018, n. 143, Disposizioni urgenti in materia di autoservizi pubblici non di linea.

[19] Quanto rilevato trova esplicita conferma nelle affermazioni della Corte (punto 3.1), laddove si precisa che il decreto impugnato, "integralmente e letteralmente" riproduttivo delle regole già presenti nel del d. l. n. 143 del 2018, rende più flessibili i vincoli già introdotti dall'art. 29, comma 1-quater, del d.l. n. 207 del 2008, conservandone l'essenza.

[20] Il d.l. 143 del 2018 è entrato in vigore il 30 dicembre 2018 ed è stato abrogato dal 13 febbraio 2019, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 135/2018.

poiché la ripresentazione dell'articolato pacchetto di norme, confluito all'interno della legge di conversione del d.l. n. 135 del 2018[21], ha consentito al legislatore di chiudere in modo positivo l'annosa attesa di una regolamentazione del settore.

A fugare ogni ulteriore dubbio ingenerato dalle passate vicende, l'efficacia della neo-introdotta disciplina del settore viene rafforzata attraverso una doppia espressa abrogazione - con effetto retroattivo - delle pregresse norme di proroga di sospensione dell'efficacia dettate a copertura della perdurante inerzia dell'Esecutivo nei due ambiti indicati dal legislatore[22], così da escludere una tacita reviviscenza di blocchi passati.

Se il decreto diviene la sintesi fra vecchie scelte legislative e nuovi temperamenti, può allora parlarsi, ma entro tale contenuta accezione, di "attenuazione" della portata riformatrice del nuovo quadro regolatorio, pur senza sminuire la rilevanza dell'oggetto dell'indagato scrutinio costituzionale, né attenuare l'intensità del sindacato invocato.

2. (segue) ... alla prova di resistenza costituzionale

Venendo al merito della vicenda in esame, è importante premettere che il controllo di costituzionalità sulla cennata legge, richiesto in via principale dalla Regione, viene operato in assenza di un giudizio concreto nel cui ambito le norme impugnate debbano essere applicate[23].

Ciò conduce ad una duplice conseguenza.

La prima, più immediata, sull'attività interpretativa della Corte, che si sviluppa in un contesto giuridico in cui non ha ancora avuto modo di foggiarsi, né di consolidarsi un "precipitato giurisprudenziale" *ad hoc*.

[21] Con la legge di conversione del D.L. n. 135/2018, all'art. 1, si dispone l'abrogazione del D.L. n. 143/2018, facendone salvi gli effetti giuridici.

[22] L'art. 10 bis comma 7 del d.l. n. 135 del 2018 abroga, a decorrere dal 1° gennaio 2019, rispettivamente l'art. 7-bis del d. l. n. 5 del 2009, n. 5 (art. 7) ed il comma 3 dell'art. 2 del d. l. n. 40 del 2010, n. 40 (art. 5).

[23] Per una disamina generale su accesso alla tutela costituzionale e connesse criticità, R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006; sul ruolo di supplente-sostituto oggi assunto dalla Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi per conflitti di competenza, M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale,* in R. BALDUZZI E P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 221.

La seconda, meno evidente ma non irrilevante, sui limiti e sulle criticità delle strette maglie entro cui va ricondotta la lesione competenziale del riparto Stato/Regioni, nel caso di giudizio in via principale avanzato dalla Regione[24].

In questo frangente, infatti, la lamentela non può risolversi nella rilevazione di un mero vizio di eccedenza dello Stato (nel suo legiferare), ma deve trasformarsi, per il tramite di quest'ultimo, nella sussunzione di una specifica lesione delle competenze proprie della Regione, che necessitano, a loro volta, di puntuale individuazione[25].

La natura del tipo di accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi riservato alla Regione, oltre a dissimulare un pericoloso strumento di conflittualità politica da innescare in relazione alla specifica realtà di riferimento[26], di fatto quasi mai consente alla Corte di giungere ad un vaglio effettivo sul merito delle questioni.

Stante, infatti, la natura oggettiva del giudizio d'azione[27], la Corte, pur fermandosi ad un livello di indagine che difficilmente raggiunge la dimensione più concreta della tutela dei diritti, non sempre riesce a conseguire la finalità più meritoria auspicabile per questo tipo di giudizio e neppure si epura dal sostanziale disallineamento soggettivo fra ricorrenti istituzionali[28].

Fatte queste premesse, la sollecitata verifica di compatibilità costituzionale, nei termini (e nei limiti) in cui è stata prospettata, dato lo spessore della argomentazione logica seguita dalla Corte, ben si presta ad alcune più ampie valutazioni.

Riflettere su quanto salvato e quanto travolto dalla censura di incostituzionalità e, per il tramite di esso, su quell'idea che guida la Corte nell'elaborare il rapporto

---

[24] Su cui, in dottrina, vedi E. ROSSI, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: Riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale, Atti del seminario svoltosi in Roma*, Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010, Milano 2011, p. 129.

[25] Sul punto, vedi C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova 2005, 256.

[26] Evidenzia tale rischio C. SALAZAR, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in *Corte Costituzionale*, *I ricorsi in via principale*, *Atti del seminario svoltosi in Roma*, Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010, Milano 2011, p. 45.

[27] In questo senso in dottrina c'è chi propone una valorizzazione di tale tipo di giudizio, sollecitandone una rilettura in termini funzionali alla garanzia delle "unitarie finalità costituzionali", così B. Randazzo, La "manutenzione" del giudizio in via principale, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOSECCHI (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Francia e Spagna*, Atti del Seminario svolto alla LUISS il 18 novembre 2011, Giappichelli, Torino, 2012, p. 163.

[28] Tale profilo è spesso messo in luce in dottrina, fra i molti, vedi M. CARLI, *Il giudice delle leggi: arbitro o protagonista nei rapporti Stato-Regioni?*, in AA. VV., *Studi in onore di Enzo Cheli*, Il Mulino, Bologna 2010.

intercorrente fra le regole di cui si avalla la tenuta costituzionale ed il limite fino a cui può spingersi il legislatore statale nel disciplinare gli equilibri e gli assetti di un mercato sviluppatosi in settori in cui domina l'utilità sociale, stimola l'interesse sul permanere di alcuni vuoti regolatori che proprio con tali aspetti regolamentati finiscono per intrecciarsi[29].

A finire sotto il critico sguardo del Giudice delle leggi, per mezzo di una disciplina che ridisegna il servizio di trasporto auto con conducente, è, quindi, l'attualizzazione proposta di un servizio dalle origini antiche, ma dalla rinnovata utilità moderna[30].

La miniriforma del settore NCC diviene lo strumento giuridico di opposizione, non esente da una malcelata conflittualità politica[31], con cui il legislatore regionale contesta già dall'origine le scelte di politica legislativa statale su cui si regge la nuova impostazione varata e, di conseguenza, mira ad una sua decostruzione.

Sotto scacco vengono messe le linee portanti entro cui, per la prima volta, viene tipicizzata la disciplina dell'attività di noleggio con conducente[32].

L'interruzione di una prassi che aveva consolidato l'applicazione di un regime modulato entro gli ampi spazi normativi precedenti, è il risultato di significative scelte che spesso stravolgono in modo radicale l'equilibrio pregresso.

L'eco dell'impatto generato si trasferisce nella reazione del legislatore regionale, che si traduce in una strategia giuridica fatta di un solido intreccio fra regole contestate e parametri violati, all'esito del quale si chiede alla Corte un giudizio sul nuovo assetto normativo del servizio NCC, ma, si badi bene, per come esso viene

[29] Per una rilettura più ampia di tale contrasto e dei rischi connessi alla creazione di un mercato de-regolato originato allo scambio dei titoli pubblici di esercizio nei settori ancora formalmente contingentati come quello dell'autotrasporto pubblico non di linea e delle farmacie, se si vuole, V. GIOMI, *Mercati in attesa di mercato. La trasferibilità del provvedimento amministrativo tra ragioni pubbliche e dinamiche private*, Torino, 2019.

[30] Il bisogno di un certo tipo di mobilità sicura dei soggetti privati è esigenza insopprimibile e comune nella quotidianità delle persone, ma non sempre filtrata dal servizio pubblico; fin da epoche remote, si è sviluppata secondo l'evoluzione delle relazioni socio-economiche e è stata influenzata dal mutamento delle esigenze lavorative e di vita delle persone, richiedendo di essere soddisfatta con intensità sempre maggiore ma differenziata in rapporto alle esigenze dei richiedenti. La domanda di servizi di mobilità è fortemente elastica, perché funzionale ai bisogni variabili dell'utente, ed eterodeterminata, perché influenzata dalle condizioni del peculiare momento.

[31] Espressamente sul punto, vedi A. PERTICI, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. CAMPANELLI, F. DAL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, P. PASSAGLIA, A. PERTICI (a cura), di *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino 2011, 65.

[32] Come noto, infatti, ad essa erano dedicate solo poche e generiche norme nella legge quadro n. 21 del 1992.

ad incastrarsi nell'ambito della vecchia struttura legislativa portante, nella quale, per differenza, continua ad essere contenuta anche la disciplina del servizio taxi[33].

Quanto rilevato in merito all'inquadramento del giudizio, oltre, però, a portare allo scoperto la difficoltà che assiste questo tipo di controllo di costituzionalità delle leggi, specialmente a riforma costituzionale incompiuta[34], mette in rilievo anche l'affidamento alla Corte di un compito interpretativo di sempre più ampia portata[35].

Il ruolo di quest'ultima, nella definizione degli equilibri fra le competenze, diverrà la premessa per un percorso argomentativo gradualistico, ma capillare, con cui si tracceranno i confini per rileggere vecchie regole e per aprire nuovi spazi legislativi in un settore destinato a divenire nevralgico in conseguenza delle recenti vicende sanitarie che hanno paralizzato il sistema pubblico di trasporto[36].

L'eterocomposizione dell'oggetto delle regole impugnate e dei parametri di legittimità evocati, spostano il focus dello scrutinio costituzionale oltre il vincolo imposto dallo strumento impiegato, costituendo una interessante opportunità per far emergere, attraverso l'intervento chiarificatore della Consulta, criticità mai risolte all'interno di una tematica da sempre così spinosa.

L'esistenza di una certa ampiezza di prospettica è già rinvenibile dalla presenza di numerosi interventi delle associazioni di categoria rappresentative delle distinte tipologie di prestatori del servizio di trasporto non di linea di opposto tenore[37].

---

[33] Questo particolare, come sarà precisato in seguito, consentirà di attribuire un nuovo taglio prospettico alla pronuncia resa dalla Corte.

[34] In proposito vedi G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n.2/3 del 2011, 241.

[35] Tanto che, come condivisibilmente rilevato, la Corte costituzionale ha costituito il maggio fattore attuativo della riforma della Costituzione, così A. D'ATENA, *Giustizia costituzionale e autonomie regionali in tema di applicazione del nuovo Titolo V*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza Costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 278.

[36] Il riferimento è alla recente emergenza pandemica Covid-19 che ha costretto Governo e Ministero competente ad intervenire d'urgenza con una serie di decreti volti ad un riadeguamento dell'attività di trasporto alle condizioni di sicurezza imposte dalle nuove vicende epidemiologiche, a pochissimi mesi di distanza dall'entrata in vigore di due importanti eventi normativi: l'approvazione del Piano Strategico Nazionale della Mobilità Sostenibile (DPCM 30 aprile 2019) e la modifica dei criteri di attribuzione delle risorse del Fondo nazionale per il Trasporto pubblico locale (decreto fiscale n. 124 del 2019).

[37] Nello specifico, a fronte dell'intervento *ad adiuvandum* (depositato il 5 giugno 2019) di due associazioni di noleggiatori titolari di autorizzazioni per il noleggio con conducente, il successivo intervento *ad opponendum* (depositato il 1° luglio 2019), raggruppa ben sette associazioni di tassisti, quali titolari di licenze per il suddetto servizio.

A prescindere dalla inutilizzabilità processuale di tale strumento d'ingresso nel giudizio in via principale[38], si ricava comunque l'impressione complessiva di aver demandato alla Corte un compito di delicata valutazione delle scelte di politica legislativa tracciate nel settore del trasporto non di linea ed il cui esito terminale non sempre ha rappresentato il frutto di accordi generalmente condivisi[39].

Non è superfluo rammentare, a completamento di quanto già rilevato, che se è indubbio che le decisioni di rigetto della Corte non conferiscono, tout court, un attestato di legittimità costituzionale alle disposizioni non caducate, è parimenti innegabile che un intervento del giudice delle leggi che vada così in trasversale sui principali nodi nevralgici di un assetto regolatorio, difficilmente lascia molti margini di manovra per un nuovo sindacato di costituzionalità in relazione a differenti profili di contrasto del medesimo assetto normativo.

Va parimenti ricordato che già in passato la Corte era stata sollecitata a pronunciarsi su alcune spinose problematiche giuridiche inerenti alle regole sull'esercizio dell'attività svolta a mezzo NCC, le quali avevano evocato tematiche di fondo del settore di ben più ampia portata.

Più precisamente, in successione cronologica contratta, sono giunti all'esame della Consulta differenti segmenti normativi della disciplina dell'autotrasporto di persone con noleggio di conducente, sia con riferimento al servizio non di linea effettuato mediante auto, sia con riferimento al servizio non di linea effettuato a mezzo bus.

Nel dettaglio, il primo richiamo riguarda una decisione del 2016, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma regionale del Veneto con la quale si introduceva una riserva di esclusiva nell'esercizio dei servizi pubblici non di linea su strada a favore di alcune tipologie di attività esplicitate in modo tassativo dal legislatore[40].

Il secondo investe due distinte pronunce con cui il Giudice delle leggi censura, in sequenza, due precetti della legislazione regionale piemontese relativi, rispettivamente, all'obbligo di incrementare con autobus nuovi il parco mezzi

[38] La declaratoria di inammissibilità viene disposta con ordinanza letta in udienza il 25 febbraio 2020: tale provvedimento, allegato alla sentenza del 26 marzo 2020, n. 56, costituisce parte integrante di quest'ultima.

[39] A sostegno di ciò si rammenta che, nelle more dell'attuazione della delega contenuta nella legge per la concorrenza del 2017, con cui il Governo avrebbe rivedere la disciplina in materia di servizi pubblici non di linea, definendo principi, criteri direttivi e deleghe attuative, al Protocollo d'intesa fra MIT e rappresentanti di categoria, varato in data 2 febbraio 2018, prodromico dell'entrata in vigore della novella oggetto di scrutinio di costituzionalità, parteciparono soltanto le associazioni con rappresentanza più significative del settore, nonostante l'accordo mirasse a definire i principi di revisione del settore.

[40] La decisione è del 15 dicembre 2016, n. 265.

utilizzabili[41] ed al divieto di utilizzo per l'effettuazione del servizio, di mezzi ultra quindicennali con percorrenza chilometrica superiore al milione, nelle more dell'entrata in vigore di apposita normativa nazionale regolatrice dei requisiti di età dei veicoli adibiti alla suddetta attività[42].

Tutto ciò ha consentito alla Corte, pur nella singolarità di ciascuna disciplina e nel rispetto dei limiti di cui alle rispettive modalità del rinvio, di costruire una trama interpretativa di ausilio per una lettura congiunta delle diverse angolazioni che compongono un fenomeno alla radice unitario per bisogno soddisfatto, modalità di soddisfazione e interessi contrapposti.

Su tale trama si sviluppa, non in termini meramente confermativi, la decisione in commento, che si afferma come preziosa occasione per stimolare il legislatore a riempire nuovi spazi all'interno di una cornice in cui il rafforzamento ed il consolidamento dei tratti qualificanti del servizio di NCC, va a collocarsi in una sorta di "statuto regolativo" della materia, ricavato dalla Corte, non diversamente da quanto accaduto in tema di servizi pubblici[43], proprio dalla logica sottesa all'intero quadro regolatorio in cui sono chiamate ad operare le modifiche di cui si dubita l'incostituzionalità.

3. I caratteri essenziali del servizio NCC

Per meglio comprendere le cause della rimessione alla Corte di un intero intervento riformatore di una disciplina operante da oltre un ventennio, è utile retrocedere fino ad individuare l'emersione e l'affermazione delle caratteristiche che contraddistinguono il servizio NCC da altre forme di autotrasporto non di linea.

È utile, poi, verificare se l'avvento delle nuove tecnologie informatiche ha inciso sullo svolgimento del servizio NCC.

---

[41] Corte cost., 17 febbraio 2016, n. 30, con nota di A. CLARONI, *Sul noleggio di autobus con conducente*, in *Le Regioni*, 2016, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 3, della legge della Regione Piemonte 26 giugno 2006, n. 22 (Norme in materia di trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente).

[42] Corte cost., 11 gennaio 2019, n. 5, con nota di M. CARRER, A*lla Corte in corriera. Nota alla sentenza n. 5/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni Cost*., con cui cadono i commi 1 e 2dell'art. 12 della legge della Regione Piemonte 26 giugno 2006, n. 22 (Norme in materia di trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente), come modificati dall'art. 46 della legge della Regione Piemonte 11 marzo 2015, n. 3 (Disposizioni regionali in materia di semplificazione).

[43] Per una conferma dell'impressione ricavata dal *modus agendi* della Corte, vedi C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3 del 2006, dove è possibile cogliere un rilievo simile in relazione ai servizi pubblici a rilevanza economica.

Infine, è opportuno sondare, sul piano sovranazionale, l'esistenza di coordinate giuridiche comuni per una gestione più attuale ed omogenea del trasporto NCC.

Soltanto la combinazione congiunta di questi elementi può fornire una migliore giustificazione al forte impatto reattivo avverso l'ingresso della miniriforma del settore.

C'è una duplice premessa da cui muovere.

Un possibile incremento di richiesta di servizi di autotrasporto con NCC, connessa recentissime circostanze emergenziali e sanitarie[44], porterà questo fenomeno già ad alta diffusione, a ricevere una spinta ancor maggiore.

Tuttavia l'auspicata implementazione del servizio verrà frenata dalla consueta difficoltà di regolamentazione giuridica che ha contrassegnato fin dall'origine questo tipo di attività e la sua corretta collocazione in un sistema legale a maglie rigide, e, finendo per attivare un circolo chiuso destinato ad alimentare nuove controversie tese alla ricerca della quadra costituzionale.

In generale, la necessità dei soggetti privati di soddisfare, in sicurezza, una mobilità diversa[45], ulteriore e complementare[46] rispetto a quella assicurata dai servizi di trasporto pubblico di linea, costituisce da sempre un bisogno insopprimibile animato da svariate ragioni, ma costantemente crescente in modo elastico.

La risposta a tale esigenza non è interamente filtrata dal servizio pubblico, ma viene assicurata da altri soggetti privati, che, con spirito imprenditoriale e attraverso l'impiego di mezzi propri all'uopo predisposti, hanno colmato le predette lacune pubbliche, costruendo un'offerta idonea, stabile e continuativa.

All'origine dello sviluppo di due distinte modalità con cui, ancora oggi, vengono assicurate alcune porzioni di trasporto pubblico mediante il servizio di taxi e di noleggio con conducente, sta, quindi, la spinta a risolvere una esigenza primaria che accomuna una pluralità eterogenea di soggetti.

---

[44] Si vedano, in prospettiva di una ripresa e della possibile implementazione dell'utilizzo dei servizi di trasporto pubblico, le nuove disposizioni operative e logistiche contenute nel Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica» di settore, sottoscritto fra MIT e le principali associazioni datoriali il 20 marzo 2020 ed allegato (n. 8) al D.P.C.M. del 26 aprile 2020.

[45] L'alterità rispetto ad esso è formalizzata dal legislatore all'art. 1 della legge 14 gennaio 1992, n. 21. A sostegno della rigidità di tale distinzione, vedi Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1658, in cui si fa questione della preclusione operata dal legislatore campano nei confronti della prestazione del servizio pubblico di trasporto scolastico da parte di soggetti già in possesso di licenza/autorizzazione al servizio taxi e NCC.

[46] In posizione peculiare si segnala N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2033, p. 2266, che esclude la qualificazione in termini di servizio pubblico di taxi ed NCC, in ragione della complementarità e dell'accessorietà del servizio.

Già dai primi sforzi di messa a sistema del quadro regolatorio con legge 14 gennaio 1992, n. 21[47], è emersa l'asperità della distinzione fra le diverse tipologie di trasporto ammesse in via normativa.

Essa rappresenta, al contempo, l'origine ed il limite evolutivo del sistema, posto che tale duplicità di piani non stemperandosi, ha finito con l'acuirsi, soprattutto a seguito delle recenti modifiche della cui compatibilità costituzionale la Regione Calabria ha dubitato.

Ricomponendo gli elementi essenziali minimi del servizio di trasporto a mezzo NCC, esso è caratterizzato da una mobilità rivolta ad un'utenza specifica che avanza all'operatore, presso la propria sede o rimessa, una richiesta di prestazione a tempo e/o per singola tipologia di viaggio, dietro pagamento di corrispettivo.

La richiesta non attiva, in capo al vettore, l'obbligo di prestare il servizio[48].

L'assenso è su base volontaria e l'assenza di tariffe amministrate non livella le condizioni economiche di accessibilità al servizio.

Permane tuttavia il vincolo pubblico del formale monitoraggio della regolarità di svolgimento di ciascun servizio, attraverso l'obbligo di compilazione e la tenuta di appositi fogli dell'attività.

L'autotrasporto con NCC non prevede un'accessibilità indifferenziata al servizio, né l'obbligo di erogazione continuativa del medesimo mediante un sistema di turnazione con intercettazione accidentale della clientela, pertanto il non casuale incontro fra utente e prestatore dell'attività, non imponendo al vettore di assicurare la parità di trattamento connessa all'obbligo di garanzia del servizio, consente l'instaurazione di un rapporto di tipo negoziale tra quest'ultimo e l'utente.

Di conseguenza la contrattazione della tariffa, per ciascun servizio NCC, è libera ed a prezzi di mercato[49].

Lo stazionamento del mezzo, a differenza della temporanea fermata necessaria al corretto espletamento del servizio, non può avvenire sul suolo pubblico, ma soltanto all'interno delle rimesse, eccetto nel caso in cui vi sia una previa autorizzazione espressa dell'amministrazione comunale.

---

[47] La legge fu varata al termine di un tormentato iter di durata quinquennale ed in essa confluirono ben 5 proposte di legge di diversa provenienza politica, mediate e riunite in un unico testo elaborato da un apposito Comitato ristretto, poi approvato, previo dibattito parlamentare biennale presso le Commissioni affari costituzionali e lavoro pubblico e privato; per una analisi in merito, S. ZUNARELLI, *Prime considerazioni sulla legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi non di linea*, in *Trasp.*, 1993, p. 65.

[48] A conferma, T.A.R. Liguria, sez. II, 14 aprile 1993 n. 117.

[49] Vedi espressamente Cass. civ. sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22483.

Sia la sede del vettore che almeno una rimessa fra quelle consentite[50], devono essere situate nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione[51], il cui conseguimento ed il cui mantenimento presuppongono la disponibilità giuridica delle predette sedi fisse[52].

Le prenotazioni del servizio devono essere effettuate, oggi anche a mezzo di strumenti tecnologici, presso la rimessa o la sede, sebbene il prelevamento e l'arrivo a destinazione dell'utente siano possibili anche sul territorio di altri comuni[53].

A seguito della declaratoria di incostituzionalità sancita dalla pronuncia in esame, occorre dar conto della caducazione della discussa regola che individuava la rimessa come luogo necessario di inizio e di fine di ogni singolo servizio e con essa di due ulteriori precetti derogatori e limitativi dell'efficacia della medesima.

Una particolare attenzione, meritano poi, le disposizioni concernenti la regolamentazione dello spazio di mercato delineato per questo tipo di servizio e la predisposizione delle condizioni di accesso e di operabilità degli imprenditori all'interno dello stesso.

Si ritiene, infatti, che questo, non diversamente da quanto accade per il trasporto a mezzo taxi, costituisca il vero punto di tensione di tutto il quadro regolatorio dettato per il servizio di autotrasporto con NCC.

Come sarà argomentato in seguito, le regole di accesso e permanenza degli operatori nel settore, sono l'espressione più tangibile della logica originaria con cui già la legge quadro ha predeterminato il difficile ed instabile equilibrio fra la garanzia della libertà economica privata e la necessità di una regolamentazione pubblica di un mercato funzionale a quelle finalità sociali ad esso intrinseche.

Per ricercare le ragioni della attuale resistenza, in un regime di libero mercato, di un segmento del medesimo predefinito in rapporto a regole diverse dalla libertà

[50] Il novellato comma 3 dell'art. 3 della l. 21 del 1992, intervenendo sul pregresso obbligo di localizzazione esclusiva delle sedi fisse nel territorio del comune autorizzante (comma 3, art. 29 quater d.l. 207 del 2008), oggi consente la possibilità che il vettore disponga di ulteriori rimesse nel territorio di altri comuni della medesima Provincia o area metropolitana in cui ricade il territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione, salvo diversamente disposto dall'intesa che avrebbe dovuto raggiungersi in Conferenza unificata entro il 28 febbraio 2019, mai siglata.

[51] Così già dal nuovo art. 3 comma 3, come modificato dal d.l. 30 dicembre 2008, n. 207.

[52] La giurisprudenza ha rafforzato tale vincolo giuridico, identificando nella disponibilità giuridica un elemento coessenziale e distintivo dell'attività NCC, obbligatorio ai fini del rilascio dell'autorizzazione, così Tar Toscana, Sez. II, Sentenza 17 giugno 2009, n. 1061.

[53] Sulla questione, ancora controversa, vedi T.A.R. Lazio, Sez. II, 8 aprile 2015, n. 5148, in cui si rinforza la strumentalità, funzionale alla natura del servizio, della dimensione locale dello stesso.

di concorrere degli operatori che ne hanno libero accesso, occorre rivolgersi al piano europeo, che, inversamente rispetto al consueto, dà vita ad una rilettura della politica delle liberalizzazioni, proprio con riferimento a tale segmento di attività economica.

In conseguenza della esclusione del servizio NCC,[54] dalla liberalizzazione dalla Direttiva servizi imposta agli Stati membri[55], si legittima la sottrazione del medesimo rispetto all'obbligo di creazione di un mercato in concorrenza, a condizione che le regole di protezione dall'affermarsi del libero mercato mantengano la funzione di garantire quelle stesse finalità sociali che ne giustificano l'esclusione e non si trasformino in regole discriminatorie e sproporzionate[56].

Tale deroga è ribadita dalla successiva legislazione nazionale[57] ed avallata dalla giurisprudenza[58], che ha rafforzato in via interpretativa le ragioni poste a supporto di tale esclusione, ancorandole ad un bisogno primario di mobilità degli utenti[59].

L'ulteriore verifica da operare riguarda il rapporto della deroga con le libertà economiche europee.

Trattandosi di un servizio a rilevanza economica, è necessario controllare se i principi della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi posti a presidio ed in funzione della costruzione di un mercato concorrenziale, ostino all'applicazione della predetta normativa interna.

[54] Art. 2, par. 2, lettera d), e considerando 21 (confermato in regime di attuazione dir. n. 2006/123/Ce da art. 6, d.lg. 26 marzo 2010, n. 59), con cui si escludono i servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani e i taxi, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo VI, terza parte, TFUE.

[55] In tal senso, sentenza del 1 ottobre 2015, Trijber e Harmsen, C-340/14 e C-341/14, EU:C:2015:641, punto 49.

[56] Chiaramente in tal direzione vedi art. 9 della direttiva servizi.

[57] A rafforzare l'eccezione hanno contribuito le puntuali ed esplicite deroghe presenti in tutte le leggi di liberalizzazione del mercato dei servizi varate sul piano nazionale, fra cui, la legge 14 settembre 2011, n. 148 (all'art. 11-bis), o, ancora, la legge 24 marzo 2012, n. 27 (art. 1, comma 5) e infine, il decreto c.d. "Salva Italia", convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214.

[58] In modo esplicito, T.A.R. Veneto, Sez. I, 11 novembre 2014, n. 1373.

[59] Vedi Cons. St., Sez. V, del 18 dicembre 2017, n. 5943. È da rilevare che sulla questione, ritenuta di rilevanza meramente interna, la Corte UE non si è mai pronunciata, neppure in via interpretativa generale.

La questione, affrontata dalla Corte di Giustizia in differenti occasioni[60], viene solo parzialmente definita sul piano generale, non risultando risolutiva la collocazione del servizio nell'alveo di quelli economici di interesse generale[61].

La Corte UE ha mancato di fornire l'auspicata uniformità applicativa fra gli Stati per scongiurare eventuali e future situazioni di discriminazione fra gli operatori europei[62].

Del resto neppure avrebbe potuto farlo.

Essa, infatti, deve limitarsi a precisare che, ai sensi dell'art. 58 Tfue[63], la libera prestazione di servizi in materia di trasporti è disciplinata non dall'art. 56 Tfue, oggi armonizzato, ma dal titolo VI della terza parte del Tfue, che concerne la politica comune dei trasporti[64], ancora sottratta ad un regime unitario, pertanto affidata alla disciplina nazionale disposta dagli Stati membri[65].

È purtroppo noto che l'attuale mancanza, sul piano europeo, di strumenti di armonizzazione europea del settore del trasporto non di linea, sia imputabile ad una precisa volontà di riservare alle scelte politiche degli Stati la gestione di quei servizi che presentano un forte connotato di socialità, pur nei limiti della proporzionalità e della necessarietà degli strumenti di diritto interno con cui i pubblici poteri incidono sulla libertà di impresa[66].

La rimessione, all'ambito degli ordinamenti nazionali, della scelta di come configurare la libertà economica di fare impresa nel settore servizio di trasporto

[60] Corte giust., 1 ottobre 2015, in cause riunite C-340/14 e 341/14, R.L. Trijber, agente sotto la ditta Amstelboats (C-340/14), J. Harmsen (C-341/14).

[61] Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-434/15, con commento di D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in www.federalismi.it. Ad analoghe conclusioni giunge la Corte Ue nella pronuncia sulla questione francese, decisa con sentenza 10 aprile 2018, le cui motivazioni appaiono interamente sovrapponibili alla precedente decisione

[62] Su tale aspetto, oltre alle pronunce già citate, vedi anche Corte Giust., 1° luglio 2010, Sbarigia, C-393/08, punto 23; sentenze del 7 maggio 1997, Pistre e a., da C-321/94 a C-324/94, punto 45; del 5 dicembre 2000, Guimont, C-448/98, punto 21, nonché Duomo Gpa e a., punto 26.

[63] v. sentenza 7 novembre 1991, causa C-17/90, Pinaud Wieger, Racc. pag. I-5253, punto 7.

[64] v. Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-338/09, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, Foro it., Rep. 2011, voce Unione europea, n. 1192 ed ancora, sentenza 13 luglio 1989, causa 4/88, Lambregts Transportbedrijf, punto 9

[65] Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1023.

[66] In una diversa prospettiva, si vedano gli sviluppi della costruzione di una politica comune dei trasporti, nel delicato intreccio fra l'esigenza di una mobilità sostenibile e l'impatto delle nuove tecnologie di trasporto digitalizzato e condiviso, vedi, L. AMMANNATI E A. CANEPA, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in www.federalismi.it, n. 1 del 2018.

con NCC, accetta il rischio di soluzioni non convergenti, che possono oscillare soluzioni più estreme di totale liberalizzazione, in cui la reale concorrenzialità elimini il monopolio delle rendite dei titolari delle autorizzazioni e riporti il mercato a condizioni di efficienza[67], e risposte più caute, volte al mantenimento di una politica programmatoria, strettamente funzionale alla protezione di interessi esternali che mai sarebbero assorbiti in modo positivo dal mercato[68].

4. L'avvento di nuove tecnologie e la titubanza del legislatore europeo

Agli effetti della resistenza all'introduzione degli auspicati elementi proconcorrenziali[69] nel mercato regolamentato di un servizio a carattere imprenditoriale, si somma il ritardo con cui il legislatore ha provveduto all'adeguamento normativo del trasporto NCC in relazione alle nuove dinamiche con cui possono incontrarsi domanda ed offerta[70].

L'inerzia del decisore politico ha aperto un doppio fronte di crisi.

L'avvento delle nuove tecnologie ha generato un impatto ancipite sul settore NCC: da un lato è divenuto un importante elemento deflagratorio della vecchia disciplina[71], dall'altro ha costituito una vigorosa spinta per un ammodernamento del settore, consentendo aperture laterali alla concorrenza, ma a struttura legislativa invariata.

Muovendo proprio da quest'ultimo aspetto, si può osservare come l'attuale testo legislativo, seppur con anni di ritardo, costituisca un primo timido esempio del compromesso fra modernità tecnologica e garanzia di assetto degli equilibri

---

[67] Per uno studio a rilievo economico sui vantaggi della deregulation nel settore del trasporto non di linea, letti sul piano internazionale e comparato, A. T. MOORE AND T. BALAKER, *Do Economists Reach a Conclusion on Taxi Deregulation?*, in *Econ Journal Watch*, Vol. 3, N.1, January 2006, p. 109.

[68] Su tale profilo, ampiamente A. BOITANI E S. COLOMBO, T*axi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in *Mec.conc.reg.*, n. 1 del 2017, p. 61.

[69] Costanti e continui sono stati i richiami dell'AGCM al legislatore per una revisione in termini proconcorrenziali di tutto il settore, oltre ai citati AS501 e AS683, vedi anche AS053 "Servizio di trasporto di persone mediante taxi" in Boll. n. 29/1995; AS277 "Distorsioni della concorrenza nel mercato del servizio taxi" in Boll. n. 9/2004; AS1137 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014" in Boll. n. 27/2014; AS1222 "Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea" in Boll. n. 39/2015con l'auspicio e da ultimo AS1354 "Riforma del settore della mobilità non di linea" in Boll. n. 9/2017.

[70] Si è significativamente parlato di "legge della piattaforma", dove "conta, più del titolo proprietario, la capacità tecnologica di accesso", così M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il caso Uber*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 1023.

[71] Sulla difficoltà regolatoria dei nuovi fenomeni, V. C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, p. 135.

contrapposti, attraverso l'ingresso delle piattaforme di intermediazione, l'istituzione del Registro Elettronico Nazionale e la riformulazione del foglio di servizio elettronico.

Stante la buona intenzione iniziale, colpisce non poco la brusca frenata con cui il MIT ha interrotto questo delicato passaggio del percorso di riordino del settore NCC, che avrebbe consentito, nelle opportune sedi politiche e previa adeguata interlocuzione, di affrontare una parte dei temi irrisolti.

Del resto, la flessibilizzazione del mercato del trasporto a mezzo NCC mediante lo sfruttamento di piattaforme tecnologiche che consentono ai titolari di autorizzazione già identificati per via legislativa, di incrementare l'offerta e di adeguarla alle mutate esigenze[72], era stata già accolta con favore anche dalla giurisprudenza costituzionale anteriore alla novella normativa attuale.

Con la decisione n. 265 del 2016 la Corte non aveva mancato di rivolgere un sollecito al legislatore a "farsi carico tempestivamente delle nuove esigenze di regolamentazione" connesse all'evoluzione tecnologica di alcune modalità di trasporto a chiamata mediante applicazione tecnologiche", in tal modo sensibilizzandolo verso una modernizzazione del servizio che lo rendesse più dinamico[73].

L'esortazione non aveva condotto, nell'immediato, al risultato auspicato e la reazione legislativa non aveva raccolto i preziosi suggerimenti proconcorrenziali con cui la Corte aveva già implicitamente guidato il futuro intervento normativo, fugando il rischio di incorrere in violazioni di una leale concorrenza[74].

Del resto, non potendosi rinvenire un rimedio comune nelle linee guida fornite dal legislatore europeo, la gestione inerente alla modalità di applicazione dell'evoluzione tecnologica al servizio di trasporto non di linea rimaneva costretta sul piano del diritto interno, cui è stata demandata anche la parte più delicata della gestione del contenzioso[75].

---

[72] La diversa e maggiore accessibilità al servizio diviene strumentale all'accrescimento dell'offerta in ragione del mutamento delle esigenze della domanda, vedi P. PASSAGLIA, *Il servizio di trasporto passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software*, in www.cortecostituzionale.it , settembre 2016.

[73] Per un commento della decisione, D. TEGA, «*Pronto Uber? Un'auto a Piazza del Quirinale n. 41»: la gig economy arriva alla Corte Costituzionale*, in *Forum quad. cost*., 2017.

[74] Proprio sull'alterazione del normale meccanismo concorrenziale si incentrano le censure dei giudici nazionali avverso l'impiego di piattaforme che creano l'incontro fra domanda ed offerta, vedi A. COMELLI, L. GIOVE, *Il blocco delle app "Uber pop": concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi*, in *Il Dir. Ind*., 2015, p. 252

[75] La gestione dell'ingresso delle applicazioni informatiche nel trasporto a chiamata è stata demandata ad un serrato dialogo giurisprudenziale: dalla rigida reazione verso Uber Pop, su cui hanno avuto modo di pronunciarsi sia il Tribunale di Milano, sez. spec. impr., del 25 maggio e 9 giugno 2015, che Trib. Torino, sez. spec. impr., 1 marzo 2017, n. 1553,

Così, il sopravvenire di forme di mobilità connesse allo sviluppo della tecnologia nell'ambito dei diversi ordinamenti nazionali, ha avuto conseguenze di differente intensità in rapporto al sistema su cui andava ad innestarsi[76].

Senza dubbio il grado d'impatto è apparso maggiore in presenza di un sistema, come quello italiano, rigidamente amministrato con regole pubbliche, da decenni volte ad improntare questo segmento di mercato in ragione di un disegno complessivo che ha posto al centro una programmazione del servizio fondata sul contingentamento numerico degli operatori e sul rispetto di regole conformative della libertà imprenditoriale[77].

Lo scardinamento delle regole della territorialità e del filtro amministrativo del provvedimento autorizzatorio generato dalla nuova modalità organizzativa della mobilità ha, inoltre, prospettato la delicata questione dell'incidenza delle nuove tecnologie sulla protezione dei diritti[78] e sull'assetto costituzionale degli interessi in gioco[79].

Così, la "nuova" mobilità urbana informatizzata[80], prima ancora di generare un portato innovativo sullo svolgimento del trasporto non di linea, ha innescato forti fratture nel sistema[81], collocandosi fra le maglie di un reticolato a trama rigida, rispetto al quale, non riuscendo ad integrarsi, ha riacceso vecchie critiche.

---

verso le timide aperture verso Uber Black, Trib. Roma, sentenza 26 maggio 2017, n. 2857 (ma contra, Trib. Roma, ord. IX sez. civile, 7 aprile 2017). La dottrina non ha mancato di cogliere l'oscillazione interpretativa nelle varie pronunce che si sono susseguite, ma il quadro derivato è piuttosto scomposto: in termini vedi A. PALMIERI, *In tema di blocco cautelare di un servizio di trasporto non autorizzato*, in *Foro it.*, 2015, 2938 e G. RESTA, *Uber di fronte alla Corti europee*, in *Dir. inf.*, 2017, 330, che commenta Trib. Torino, sez. spec. impr., 1° marzo 2017, n. 1553.

[76] Sulle differenti modalità di diffusione di Uber, L. BELVISO, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *Media Laws*, n. 1 del 2018.

[77] Per tale prospettiva tensoria, V. TURCHINI, *Il caso Uber tra libera prestazione dei servizi, vincoli interni e spinte corporative*, in *Munus*, n. 1 del 2016, p. 115

[78] Sul tema delle innovazioni tecnologiche destinate ad impattare sull'attuale sistema dei trasporti non di linea, con particolare riferimento alla corretta delimitazione della portata operativa delle piattaforme informatiche nei vari Paesi europei, vedi N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. Inf. Informatica*, 2015, p. 957.

[79] Così espressamente O. POLLICINO E V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2479, i quali dedicano la loro analisi alle criticità emergenti, all'esito del dialogo fra le Corti, sulla gestione normativa del fenomeno tecnologico in relazione all'impatto sui diritti e sugli interessi.

[80] Sul tema, in particolare, vedi E. RAFFIOTTA, *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, p. 75.

[81] Criticamente, M. CAPUTI, *Uber: una app da disapplicare?*, in *Foro it.*, 2017, 2139.

In conclusione, può allora affermarsi che le nuove modalità di gestione di domanda ed offerta di mobilità mediante l'impiego di applicazioni informatiche, complici la lentezza e la timidezza con cui il legislatore ha messo in campo le prime regole, non si sono limitate a migliorare le tipologie di servizio NCC già esistenti, ma hanno dato vita a forme distinte da quest'ultimo, aprendo il varco a rischiosi fenomeni di abusivismo.

5. La rilettura dell'assetto regolatorio del servizio NCC: i dubbi di legittimità

All'interno del quadro tracciato si inserisce la pronuncia in oggetto.

La Regione Calabria rimette alla Corte l'esame di numerose questioni che invitano a riflettere sulla tenuta costituzionale della normativa appena entrata in vigore.

Nello specifico, esse investono l'intero iter di perfezionamento e di svolgimento del servizio NCC: si dubita, infatti, delle regole che definiscono le caratteristiche di tale tipo di servizio, ridisegnano modalità operative di svolgimento, organizzazione del servizio e tempistiche di esecuzione; si dubita altresì di norme che impongono obblighi specifici di documentazione per la tracciabilità della prestazione, nonché della nuova regolamentazione della gestione di una pluralità di distinte prestazioni da effettuare in successione temporale e del regime derogatorio ed eccezionale per essa previsto; infine, si avanzano perplessità anche su quelle norme che definiscono portata e ambiti di efficacia dei titoli autorizzatori per l'esercizio del servizio, con conseguente perimetrazione dello spazio di svolgimento di quest'ultimo, anche in ragione del coordinamento fra la diverse sedi (operativa e funzionale) del vettore.

Il ricorso si compone di cinque tipologie di censure.

Su un piano formale si può osservare che solo il primo rilievo ha esclusivo carattere di competenza.

In proposito, la Regione lamenta la violazione dell'art. 117, comma secondo, lettera e), e quarto, della Costituzione, ritenendo che una disciplina statale così dettagliata invaderebbe la competenza regionale residuale in materia di trasporto pubblico locale e in ogni caso, anche se ricondotta alla competenza statale "trasversale" in materia di «tutela della concorrenza», non rispetterebbe i richiesti criteri di adeguatezza e di proporzionalità[82].

[82] In riferimento alla prima censura la Regione Calabria invoca l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 10-bis, comma 1, lettere a), b), e), f), e commi 6, 7, 8 e 9 del decreto-legge 14 dicembre 2018 n. 135, introdotte, in sede di conversione, dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12.

Le ulteriori quattro motivazioni, che diverranno oggetto di esame congiunto da parte della Corte, presentano invece un carattere misto[83].

Dietro la diversa formulazione prospettata dal ricorrente, si cela, infatti, un differente intento, che, per una parte si ferma alla questione competenziale, per altra parte, si evolve verso tematiche di sostanza, concernendo parametri che invocano lo scrutinio della Corte sulla violazione, da parte del legislatore statale, di precetti costituzionali a contenuto specifico, con conseguente pregiudizio della Regione in ordine ad una competenza ad essa riconosciuta, ma in un ambito diverso dal servizio di trasporto pubblico[84].

Più in concreto, con motivazioni ad intensità graduata e variabile, da cui non sempre appare agevole identificare la competenza violata ed i termini specifici di tale violazione zione della specifica attribuzione regionale costituzionalmente garantita che si ritiene offesa[85], la Regione costruisce un serrato impianto demolitorio.

Rimanendo sulle "cosiddette questioni di sostanza", il primo arresto normativo, posto in subordine rispetto alla questione di mera competenza, viene rinvenuto nella violazione del principio di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., il cui rispetto sarebbe messo in discussione da quei precetti della normativa statale che impongono l'obbligo di prenotazione della prestazione richiesta al vettore presso uno specifico luogo, con conseguente compressione della dinamica concorrenziale sottesa al servizio[86].

Con il terzo rilievo la Regione censura alcune delle disposizioni novellate per violazione del vincolo del rispetto del diritto comunitario ex art. 117, primo

[83] Di tale espressione, che per la prima volta viene impiegata dalla Consulta nella recente pronuncia dell'11 gennaio 2019, n. 5 in cui la Corte fu chiamata ad intervenire sulla verifica della tenuta costituzionale di una normativa regionale con cui si introducevano regole specifiche per il servizio di trasporto NCC a mezzo bus, non si mutua soltanto il sintagma lessicale; ciò che colpisce in modo particolare è la logica con cui la Corte opera la partizione fra le differenti questioni sottoposte al vaglio d'indagine, avendo cura di isolare le questioni inerenti alla corretta riaffermazione del confine di competenza, da quelle ricadenti sui diritti e sulle libertà.

[84] La Regione àncora la formulazione di censure diverse dal confitto di attribuzione, alla riconosciuta possibilità, per consolidato orientamento della Corte, di impiegare il giudizio principale sulle leggi per far valere una violazione idonea a compromettere una specifica attribuzione regionale o ridondante sul riparto di competenza legislativa.

[85] Quanto appena puntualizzato assumerà un significato precipuo alla luce del successivo giudizio costituzionale, rappresentando il criterio seguito dalla Corte nel sindacato sull'ammissibilità o meno delle censure avanzate.

[86] A violare tale parametro è l'art. 10-bis, commi 1, lettere a), e) e f), e 8, del d.l. n. 135 del 2018.

comma, Cost., in relazione agli artt. 49, 56 e 101 a 109 del TFUE[87], perché si verificherebbe una incisione della libertà di stabilimento da parte dell'obbligo di rientro in rimessa dopo ogni singolo servizio a causa delle conseguenze dell'imposizione di un onere eccessivo, che renderebbe poco attrattivo il servizio italiano per gli operatori; vi sarebbe contrasto anche con la libertà di prestazione di servizi a causa dei vincoli territoriali di svolgimento dell'attività di NCC, che, peraltro, si differenzia anche per regione; tutti i rilievi eccepiti rappresenterebbero, secondo la regione, profili di contrasto con la libertà di concorrenza costituzionalmente stabilita, traducendosi in una illegittima compressione delle potenzialità dello spazio regolatorio regionale nell'ambito del trasporto pubblico.

Si invoca anche il contrasto di alcune disposizioni con i principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui gli artt. 3, 9 Cost. per la presenza di regole che introducono un regime derogatorio in ragione di alcune specificità regionali, che differenziano da un lato, l'ambito operativo territoriale del regime autorizzatorio in relazione alle tipologie di servizio NCC, dall'altro le tempistiche del rilascio di nuove autorizzazioni NCC rispetto alle licenze di taxi e, infine, introducono prescrizioni che omettono un ragionevole bilanciamento con l'interesse ambientale[88].

Sotto diversa prospettiva, infine, la regione ritiene sussistere un contrasto col principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost. per quella parte di normativa con cui si ammette l'introduzione di regole diverse rispetto alla previsione di disporre di più sedi per ciascun vettore, purché convenute con meccanismi di raccordo istituzionale entro un termine perentorio specifico[89].

Nell'intestazione e nel dispositivo del ricorso si rinviene anche una sesta ipotesi di violazione costituzionale riferita all'art. 118 Cost., che, però, viene semplicemente tratteggiata senza ulteriore supporto giustificativo, ragion per cui la Corte ne dichiara l'immediata inammissibilità per assoluta carenza di motivazione[90].

6. (segue) e la decisione della Corte

La Consulta si esprime sul ricorso con la pronuncia del 26 febbraio, 2020, n. 56, depositata in pari data nel mese successivo.

---

[87] La richiesta di illegittimità riguarda l'art. 10-bis, commi 1, lettere a), b), e) e f), 6 e 9, del d.l. n. 135 del 2018.

[88] L'eccezione di illegittimità costituzionale cade sull'art. 10-bis, commi 1, lettere b), e) e f), e 6, del d.l. n. 135 del 2018.

[89] Al riguardo si eccepisce l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 10-bis, comma 1, lettera b) del decreto-legge 14 dicembre 2018 n. 135, introdotte, in sede di conversione, dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12.

[90] L'accenno alla presunta violazione del parametro di cui all'art. 118 Cost. investe l'art. 10-bis, commi 1, lettere a), b), e) e f), 6, 7, 8 e 9, del d.l. n. 135 del 2018.

La decisione è preceduta dall'ordinanza, letta in udienza ed allegata alla sentenza, con cui la Corte si pronuncia, dichiarando l'inammissibilità, sulla richiesta di ingresso, nel giudizio di verifica della legge avviato in via principale, di ulteriori parti diverse dai contraddittori istituzionali[91].

La sentenza, che si presenta piuttosto articolata e complessa anche nella stessa struttura redazionale, perviene ad un esito dal carattere misto.

Ciò consente alla Corte di chiudere la vicenda esaminata con un pronunciamento differentemente graduato in relazione all'esito di ciascuna censura scrutinata.

Per una prima parte, infatti, il giudizio non approda alla fase di merito e viene preliminarmente definito con una pronuncia a contenuto processuale.

L'arresto alla fase processuale investe numerose questioni ad oggetto differente[92], siglando una sorta di spartiacque interno alla legge, in conseguenza del quale si svilupperà la successiva delibazione sul merito.

Per questo gruppo di censure, che invocano la verifica di costituzionalità della legge sotto vari parametri di riferimento, il giudizio in via principale si chiude con una declaratoria di inammissibilità "semplice" per carenza motivazionale: il che, oltre a preservare la legge nel nucleo portante, consente altresì di mantenere in piedi la tenuta dell'originaria logica con cui le regole attenzionate sono state predisposte.

La Corte statuisce, infatti, che la Regione Calabria da un lato, non abbia fornito adeguate ragioni a supporto della precipua competenza regionale in ipotesi violata e, sotto altro aspetto, non abbia neppure puntualmente identificato le ragioni della specifica lesione dalla stessa violazione generata in via consequenziale: l'eccessiva genericità con la quale il ricorrente in via principale formula le proprie doglianze, impedisce alla Corte di accedere alla seconda fase dello scrutinio[93].

---

[91] Tali richieste di intervento riguardano entrambi gli interventi di opposto tenore depositati in giudizio a sostegno o in opposizione alle ragioni di ricorso della Regione.

[92] Nello specifico, vengono dichiarate inammissibili le questioni "miste", dove l'illegittimità costituzionale era eccepita in relazione alla violazione degli artt. 3 e 9 della Costituzione, dell'art. 41 Cost., dell'art. 118 Cost. e dell'art. 117, primo comma, Cost., per conflitto con gli artt. 49, 56 e da 101 a 109 del TFUE; vengono altresì respinte per inammissibilità, nell'ambito della questione di competenza, le censure mosse avverso l'art. 10-bis, commi 1, lettera f), nella parte in cui modifica l'art. 11 (con l'aggiunta del comma 4-ter) della l. n. 21 del 1992, ed avverso l'art. 7 e 8, del d.l. n. 135 del 2018.

[93] Secondo quanto rilevato dalla Corte (punti. 6 e 6.2 del Considerato in diritto della decisione), infatti, le censure proposte difettano del duplice requisito richiesto ai fini dell'ammissibilità, poiché, da un lato, si presentano in modo generico, essendo carente l'indicazione delle competenze asseritamente violate, e dall'altro, risultano apodittiche nella motivazione, che non fornisce adeguate ragioni in ordine alla specifica sussistenza di un puntuale titolo di competenza regionale rispetto all'oggetto regolato dalla legge statale.

Sempre intervenendo in via preliminare, la Corte fuga il dubbio di una possibile inammissibilità del ricorso per il sopraggiungere del principio di acquiescenza nei confronti della mancata impugnazione, della Regione Calabria, della normativa previgente, oggi modificata o sostituita dalle disposizioni su cui si imperniano le questioni di legittimità costituzionale promosse in via principale[94].

Salvata sul piano sostanziale l'esperibilità dell'impugnativa in via d'azione, residua un'ultima notazione minima circa un aspetto formale interno al ricorso: non passa inosservato infatti che, nella generalità delle censure mosse alla normativa portata al cospetto del giudice delle leggi, spicchi la mancata impugnazione congiunta di due precetti fra loro interdipendenti, la cui separazione, oltre a restringere il campo d'indagine della Corte, costringe la medesima ad uno sforzo motivazionale interpretativo-additivo[95].

Questa prima fase del giudizio colloca l'intervento del giudice delle leggi in una fase tutto sommato ancora esterna rispetto al merito, al quale, invece la Corte approda attraverso un sindacato analitico e circostanziato, ad alta intensità.

L'addentrarsi verso la fondatezza delle questioni indagate, consente alla Corte di scrutinare in profondità le dinamiche sottese al quadro regolatorio su cui è chiamata a pronunciarsi e di elaborare una risposta a "triplice livello d'impatto".

Al gradino più alto stanno una statuizione di accoglimento "primario", a cui fa seguito una statuizione di "accoglimento conseguenziale"; da ultimo si collocano due statuizioni di rigetto, dal tenore interpretativo.

Con le prime si giunge ad una declaratoria di illegittimità, mentre con le seconde il giudizio si chiude con una pronuncia di infondatezza.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la Corte respinge nel merito numerose questioni sull'organizzazione ed il modo di svolgimento del servizio.

In particolare, non si ritengono fondate, in quanto rispettose dei limiti competenziali dettati per la tutela trasversale (statale) della concorrenza, le censure in ordine alle regole con cui si dispone che le prenotazioni del servizio di NCC, da effettuarsi anche attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici, devono avvenire presso la sede o la rimessa del vettore; quelle che definiscono dislocazione

[94] La Corte, come precisato ai sensi di cui al punto 4 della motivazione, si appella a propri precedenti specifici per ribadire che "la norma impugnata, anche se riproduttiva, in tutto o in parte, una norma anteriore non impugnata, ha comunque l'effetto di reiterare la lesione da cui deriva l'interesse a ricorrere".

[95] Le norme interconnesse sono i commi 3 e 6 dell'art. 10-bis, che concernono, rispettivamente, l'istituzione, da parte del MIT, del registro informatico pubblico cui tutti i titolari di autorizzazioni NCC avrebbero dovuto iscriversi e la temporanea moratoria al rilascio di nuove autorizzazioni in attesa del completamento del primo. La Regione solleva la qlc soltanto sul secondo e la Corte non manca di evidenziare tale strappo logico (si veda punto 3.2 del Considerato in diritto).

territoriale e perimetro operativo dei vettori NCC; quelle che disciplinano luogo di prelevamento e di destinazione dell'utente e che dettano indicazioni operative specifiche al vettore per garantire la tracciabilità di ogni servizio svolto.

Al riguardo, la Corte non riviene alcun danno ridondante sull'esercizio della competenza residuale regionale in materia di trasporto pubblico imputabile al travalicamento, per irragionevolezza e mancato rispetto della proporzionalità, dei cennati confini[96].

Parimenti infondate si palesano le censure mosse avverso la norma con cui si lega ad un termine ritenuto eccessivamente breve, l'entrata in vigore della norma che rende possibile al vettore disporre di ulteriori rimesse dislocate su vari territori indicati dal legislatore, al fine di vagliare, previo accordo nelle opportune sedi istituzionali, eventuali soluzioni alternative.

In questo caso la Consulta nega la sussistenza della violazione dell'invocato principio di leale collaborazione, riconducendo lo scopo normativo alla volontà del legislatore statale - che agisce a tutela della concorrenza - di prevedere una possibile intesa modificativa alla regola imposta, da attuarsi entro un termine definito[97].

Di contenuto opposto si presentano, infine, le due statuizioni di accoglimento, cui consegue una doppia declaratoria di illegittimità costituzionale diretta a travolgere una "norma portante" e, in via consequenziale, pure due norme, rispettivamente, derogatoria ed eccezionale rispetto alla medesima.

Scendendo più nel dettaglio, la principale censura di incostituzionalità colpisce la nuova regola che introduce e disciplina, a carico dei vettori NCC, uno specifico obbligo di rientro in sede o in rimessa al termine di ciascun servizio[98], in tal modo costringendo i vettori che prestano regolare servizio di NCC ad un ritorno forzato presso i luoghi indicati, prima dell'avvio di una eventuale nuova prestazione, ancorché prenotata con mezzi informatici e presso le legittime sedi fisse.

In relazione alla lamentata doglianza, il giudizio della Corte è analitico e severo, ma chirurgico.

L'esito negativo della verifica condotta dalla Consulta si pone come punto terminale di un articolato scrutinio che, dopo aver formalmente salvato l'intervento del legislatore statale sotto il profilo della legittima riconducibilità, per i suoi contenuti e la sua funzione, alla competenza esclusiva trasversale in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., lo dichiara

[96] Vengono salvate le lettere a), b) ed e) (ma limitatamente al primo, terzo, quarto, quinto e sesto periodo del comma 4 dell'art. 11 della legge n. 21 del 1992) del comma 1 dell'art. 10-bis impugnato; rimane in piedi anche il comma 6 dell'art. 10-bis.

[97] Rimane quindi in piedi la lettera b), comma 1, art. 10-bis.

[98] A saltare è l'art. l0-bis, comma 1, lettera e), del d.l. n. 135 del 2018, nella parte in cui ha sostituito il secondo periodo del comma 4 dell'art. 11 della legge n. 21 del 1992.

non compatibile a Costituzione per specifico difetto di adeguatezza e proporzionalità.

L'arresto costituzionale è circoscritto al mancato rispetto, nella giusta misura e con i giusti strumenti, di un obiettivo prefissato, che permane valido.

Tanto che, nell'isolare e censurare la previsione esorbitante dal fine, la Corte conferma, sul piano generale, la necessità di una regia statale, idonea a prefissare ed a garantire l'uniformità applicativa delle regole in cui si esprimono le scelte condotte in tale settore.

Il legislatore statale si conferma l'unico regolatore competente in grado di assicurare condizioni omogenee al settore, volte ad evitare possibili distorsioni della concorrenza su base territoriale ed idoneo ad introdurre eventuali deroghe, se necessarie[99], ma sempre nel rispetto di una disciplina che tenga distinti i due settori conviventi dell'autoservizio pubblico non di linea[100].

Così statuendo la Corte blinda a doppia mandata l'assetto regolatorio statale, provvedendo a preservare la struttura dell'articolato normativo sia sotto il profilo della identificazione del mercato sfruttabile dagli autoservizi non di linea in rapporto agli interessi rispetto ad esso confliggenti, sia sotto quello della cristallizzazione delle tipologie di servizi offerti in alternativa al servizio pubblico di trasporto.

A saltare, quindi, non è lo spazio acquistato dal legislatore statale nel settore in oggetto e neppure la logica d'intervento seguita da quest'ultimo nel predisporre le regole, bensì l'applicazione errata di tale logica.

Essa ha condotto a formulare precetti di cui è divenuto difficile sostenere la compatibilità costituzionale per difetto di intrinseca ragionevolezza e proporzionalità.

L'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio presso le rimesse, gravante sui vettori NCC, si traduce in un aggravio organizzativo e gestionale irragionevole, trasformandosi in un vincolo non funzionale alla peculiarità del servizio ed esorbitante il limite della stretta necessità, dal momento che, sotto il primo profilo, non appare strumentale a garantire la corretta presa in carico del

[99] Interessante osservare come la Corte, nel salvare, per difetto di prova del condizionamento regionale da parte della norma statale impugnata, le deroghe previste per la sola Regione Siciliana e quella autonoma della Sardegna quanto alla validità regionale dell'autorizzazione, ammetta la sostenibilità costituzionale di scelte legislative calibrate su realtà differenziate, senza ipotizzare la violazione del principio di uguaglianza (punto 6.1).

[100] Precisa infatti la Corte, che è la sintesi normativa del bilanciamento tra la libera iniziativa economica e gli altri interessi in gioco ad imporre una disciplina uniforme che scongiuri possibili variazioni su base regionale, ammesse solo previa valutazione sul piano nazionale (punto. 5.4).

servizio[101], mentre sotto il secondo profilo, non risulta indispensabile a presidiare la imprescindibile tipicità del servizio NCC.

Le finalità indicate possono ben essere assicurate delle altre disposizioni che compongono il quadro regolatorio, del quale viene salvato un assetto volto a preservare il mercato degli autoservizi non di linea dall'abbattimento di vincoli all'ingresso ed all'esercizio ed a mantenere una convivenza separata fra taxi ed NCC[102].

La tenuta della riforma in esame alla Corte, si lega, in ultima analisi, al non aver stravolto, con elementi innovativi, quei profili più strettamente connessi alla funzione soddisfatta dai servizi di autotrasporto non di linea, per come assicurata dal quadro normativo originario.

Delle regole che del suddetto assetto costituiscono una concreta attuazione, è pertanto possibile offrire una lettura costituzionalmente orientata, che proprio la Corte provvede a fornire[103], avendo cura di ribadire l'importanza di mantenere uno spartiacque differenziale fra le distinte tipologie di servizi che soddisfano la richiesta di trasporto non di linea[104].

---

[101] Ciò appare indirettamente confermato dalla circostanza che la Corte salva gli artt. 3, comma 1, e 11, comma 4, primo periodo, della legge n. 21 del 1992, nel testo risultante dalle modifiche introdotte al comma 1, lettere a) ed e), dell'art. 10-bis, in tal modo avallando la scelta legislativa di costruire presso la sede o la rimessa del vettore il punto di origine della prestazione convenuta.

[102] Che tali finalità fossero riconducibili già alla legge originaria viene ribadito anche dal Consiglio di Stato, che, parere rilasciato il 25 novembre 2015 al Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, sull'ingresso di Uber nel trasporto di persone mediante autoservizi, ha avuto modo di rilevare come la struttura della legge è incentrata lungo tre assi fondamentali: distinzione fra taxi ed NCC; regolazione dei rapporti patrimoniali interni ai possessori delle licenze ed autorizzazioni e contingentamento del mercato dei tassisti e dei noleggiatori attraverso l'istituzione di un albo professionale volto a limitare il numero dei soggetti giuridicamente abilitati a poter aspirare all'ottenimento delle licenze ed autorizzazioni per lo svolgimento della professione.

[103] In particolare, quanto al rischio che la caducazione dell'obbligo del rientro necessario in rimessa per la presa in carico di ogni nuova prestazione NCC generi confusione con il servizio di trasporto a mezzo taxi, la Corte precisa che saranno gli obblighi di prenotazione presso la sede o la rimessa, eseguibili anche per il tramite degli strumenti tecnologici (punto 5.6.1.), nonché lo stazionamento dei mezzi presso le rimesse, ubicate anche su base territoriale più ampia ad assicurare che non si creino interferenze con il servizio di piazza.

[104] Ciò consolida la distanza fra l'orientamento della Corte e la posizione tenuta dall'AGCM, che non ha mai mancato di sollecitare il legislatore verso l'equiparazione delle due tipologie di servizi a beneficio degli utenti finali, auspicando proprio una revisione dei vincoli introdotti con la riforma del 2008, che avrebbero dovuto essere ripensati con

Dunque, una convergenza formale che salva le distinzioni sostanziali.

Nello specifico, la garanzia di convivenza fra due servizi che intercettano esigenze dell'utenza sempre parallele e mai convergenti, viene adeguatamente assicurata a cominciare dalla previsione che cristallizza l'obbligo di ricevere, anche mediante l'incremento dell'uso delle piattaforme tecnologiche[105], le richieste di prestazioni e le prenotazioni presso la rimessa o la sede del vettore NCC[106].

Contribuiscono a tratteggiare la specialità del servizio NCC, gli obblighi derivanti dai vincoli di ubicazione in ambito provinciale della sede fissa del vettore, cui viene ricondotta anche l'operatività concreta del servizio[107], con eccezione dei punti di prelevamento e di destinazione[108]: la Corte, in merito, precisa che la

opportune forme di compensazione ed una apertura verso operatori innovativi nel settore dei servizi di

mobilità non di linea (si veda, da ultimo, l'audizione parlamentare del 16 gennaio 2019, sul disegno di conversione del d.l. n. 243 del 2018, poi decaduto).

[105] A rinforzare la convinzione che l'ingresso della tecnologia, oltre a fornire un valido ausilio al servizio NCC, possa sia mitigare la rigidità del vincolo del necessario perfezionamento della prestazione presso la sede o la rimessa del vettore, sia supplire alla caducazione della norma che imponeva il rientro presso una delle suddette al termine di ciascun servizio, sta il salvataggio dell'art. 10-bis comma 8, con il quale si demanda a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri la determinazione di "un'appropriata disciplina dell'attività delle piattaforme tecnologiche che intermediano tra domanda e offerta di autoservizi pubblici non di linea".

[106] Viene così salvato da censura il primo alinea della lettera e) del comma 1 dell'art. 10-bis dell'impugnato decreto, con cui si interviene sul comma 4 dell'art. 11 della legge n. 21 del 1992, stabilendo luogo e modo della prenotazione della prestazione NCC: è senza dubbio vero che la Corte respinge per inammissibilità l'ipotizzato contrasto con il principio di libera iniziativa economica, ma la logica che guida l'intera motivazione della decisione, consente alla Corte di ricollocare siffatta scelta legislativa su un piano della ragionevolezza e della proporzionalità, sia in rapporto al grado di incisione della libertà di prestazione del servizio, sia in relazione al rispetto delle libertà economiche europee e di una adeguata concorrenza.

[107] Sotto tale specifico profilo la Corte, pur respingendo in punto di rito le censure sollevate dalla Regione circa la presunta irragionevolezza della limitazione territoriale imposta dal rispetto del rilascio di una autorizzazione su base provinciale, in luogo di una autorizzazione su base nazionale (come diversamente previsto per il trasporto su gomma a media a lunga percorrenza), non manca di lasciar intendere di non condividere la lettura offerta dal ricorrente regionale, del quale non compartecipa le conclusioni circa la compressione del principio di eguaglianza, in ragione di una necessaria caratterizzazione su base locale del servizio NCC (punti 5.4 e 6.1 della decisione).

[108] Al riguardo, infatti, la Corte salva la prescrizione che consente di svolgere il servizio NCC senza vincoli territoriali di prelevamento e di arrivo a destinazione dell'utente (art. 11, comma 4, terzo periodo, della legge n. 21 del 1992, come sostituito dall'art. 10-bis, comma 1, lettera e).

provincia costituisce la dimensione organizzativa ottimale del servizio di NCC, funzionale ad assicurare la intrinseca vocazione locale del servizio NCC, oggi estesa oltre il rigido vincolo del territorio comunale, come in origine prevista dalla novella del 2008[109].

Tali norme superano positivamente i dubbi di legittimità costituzionale, divenendo un argine ai possibili abusi nel settore del trasporto pubblico locale non di linea, anche grazie ad un alleggerimento dell'intrinseca difficoltà di effettuare i controlli e di reprimere le condotte illecite[110].

Esse, inoltre, si prospettano centrali nel perfezionamento del disegno voluto dal legislatore, consentendo, al contempo, di tracciare il punto di legittima convivenza fra i due tipi di autotrasporto non di linea e, ancor più, di contemplare minime aperture alla concorrenza in un mercato stretto fra i rigidi vincoli pubblici.

In questo senso, l'avallo della Corte all'utilizzo di quelle modalità che consentono di effettuare una prenotazione in tempo reale anche in base alla posizione effettiva del vettore in un dato momento, senza alterare i connotati del servizio, rafforza il convincimento che lo stesso Giudice delle leggi non sia affatto insensibile ai nuovi bisogni emergenti nel settore del trasporto NCC ed all'evolversi delle modalità di soddisfacimento dei medesimi.

Conferma, però, anche la supposizione che la necessaria evoluzione tecnologica debba essere guidata entro gli equilibri di un mercato delineato dal legislatore.

Ciò spiega la ragione per la quale la Corte, con estrema puntualità e precisione, motiva il rigetto nel merito delle censure avanzate contro la moratoria delle autorizzazioni disposta dal legislatore nazionale in attesa del completamento operativo degli adempimenti informatici necessari a monitorare l'esercizio dell'attività NCC[111].

Rispetto ad essa la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte legislative condotte si rivelano sostenibili perché necessarie ed idonee ad assicurare, con il minor sacrificio possibile, il perfezionamento di uno specifico disegno regolatorio della cui sostenibilità costituzionale la Corte non dubita.

In coerenza con quanto affermato, il Giudice delle leggi sottolinea che la sospensione del rilascio di nuovi titoli autorizzatori, circoscritta al tempo tecnico strettamente necessario ad adottare in concreto il nuovo registro, va ritenuta

[109] In questo senso la Corte, che plaude all'allargamento del precedente confine comunale imposto dalla novella n. 207 del 2008, conferma la sostenibilità costituzionale della logica seguita dal legislatore nel condurre il complesso bilanciamento fra interessi confliggenti, il cui esito non si traduce in una discriminatoria restrizione della concorrenza su base territoriale, bensì in una valorizzazione delle caratteristiche proprie di questo tipo di servizio (punto 5.4 del Considerato in diritto).

[110] Punti 5.6 e 5.6.1 della decisione.

[111] L'art. 10-bis, comma 6 del d.l. 135 del 2018 non l'art. 10-bi

legittima proprio per rispetto del principio di concorrenza, che altrimenti risulterebbe compromesso se il numero delle imprese operanti nel settore NCC si implementasse, alterando l'attuale assetto del mercato[112].

Del resto, secondo il ragionamento condotto dalla Corte, simile scelta legislativa non può intaccare neppure il principio di eguaglianza, trasformandosi in un illogico vantaggio concorrenziale per i prestatori del servizio di taxi, che risulta esplicitamente escluso da tale moratoria: "la necessaria reciproca distinzione" fra i due tipi di autoservizi non di linea "escludono che la politica delle licenze adottata per uno di essi possa determinare vantaggi o pregiudizi per l'altro"[113].

Non pare superfluo rammentare, che un simile spiraglio verso l'ingresso dell'unico profilo di concorrenza nel settore NCC è destinato, almeno per ora, a rimanere lettera morta, non essendo ancora divenuto operativo il registro informatico pubblico e mancando sia la regolamentazione delle piattaforme di intermediazione, che la riformulazione del foglio di servizio[114].

A completamento di quanto rilevato, giova ricordare che la Corte ha già salvato l'obbligo di compilare e tenere un "foglio di servizio" per ogni prestazione svolta[115].

Tale ultima prescrizione, salvata dalla censura, è ritenuta dal giudice delle leggi espressione del legittimo esercizio della potestà legislativa esclusiva di carattere trasversale afferente alla tutela della concorrenza e valutata positivamente in termini di proporzionalità e adeguatezza, nonostante la presenza di un contenuto analitico[116].

---

[112] Vedi ampiamente il punto 5.6.2. dei motivi della decisione.

[113] In tali termini si legge nelle motivazioni della Corte, punto n. 5.6.2. del Considerato in diritto.

[114] Teoricamente si riteneva che il blocco imposto dal MIT il 20 febbraio 2020 e funzionale all'attesa del pronunciamento della Consulta, fosse rimosso all'esito della decisione, ma la sopravvenuta necessità di rivedere uno dei punti nodali della legge in conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, ha protratto la situazione di stasi, acuita dal mancato avvio di una seria interlocuzione politica che il MIT avrebbe già dovuto avviare convocando un tavolo con il Ministero dell'Interno e gli operatori del settore.

[115] Si tratta dell'art. 10-bis, comma 1, lettera e), che modifica l'art. 11, comma 4, quarto, quinto e sesto periodo, della legge n. 21 del 1992.

[116] Particolarmente significativo, sul punto, il ragionamento condotto dalla Corte che, nel richiamare precedenti specifici, ha precisato che l'ambito della tutela della concorrenza devoluto alla legislazione statale esclusiva non viene travalicato *in re ipsa* dal fatto che le disposizioni introdotte contengano previsioni rigorose, specializzanti o di dettaglio, rimanendo comunque decisivo, ai fini della relativa tenuta costituzionale, il rispetto della adeguatezza e della proporzionalità del fine e degli obiettivi.

Il giudizio positivo della Corte è addirittura rafforzativo della bontà di un obbligo assistito da un tale grado di analiticità, ritenuto funzionale alla distinzione del mercato dell'utenza per il servizio NCC ed al rischio che esso possa intersecarsi con quello dei taxi, senza seguirne il regime regolatorio.

Quanto appena precisato consente una migliore contestualizzazione del secondo gruppo di censure inflitte dalla Corte all'impugnato assetto regolatorio.

In virtù della stretta connessione logico-giuridica fra la caducata regola dell'obbligo di rientro del vettore presso la sede fissa dell'attività al termine di ciascun servizio, anche in caso di una nuova prestazione da avviare, e la previsione derogatoria che introduce la possibilità, in alcuni casi specifici[117], che l'inizio di un nuovo servizio avvenga senza il suddetto rientro, la Corte esclude che anche quest'ultima previsione possa superare il vaglio di compatibilità costituzionale[118].

Per ragioni analoghe, lo scrutinio condotto dalla Corte dà esito negativo anche con riferimento alla regola che, nelle more dell'entrata a regime delle suddette restrizioni, introduce una ulteriore peculiare eccezione ai nuovi obblighi, circoscritta alle prestazioni già assentite in forma scritta prima dell'ingresso delle nuove regole[119].

7. Metodo e merito nella logica della Corte

La vicenda esaminata lascia spazio ad alcune riflessioni.

La lettura che la Corte offre, dietro l'apparente marginalità del settore in oggetto, di quegli assetti legislativi che si occupano di gestire, attraverso la fissazione di punti di equilibrio, le complesse dinamiche che attraversano un ambito, non unico, che diviene espressione di tensioni fra valori ed interessi contrapposti, ma di primario rilievo nel nostro ordinamento, invita a soffermarsi sul metodo e sul merito seguiti dal Giudice delle leggi.

L'altalenante spinta fra aspirazione al mercato e protezione dal mercato che caratterizza l'autotrasporto non di linea, conferisce alla Corte un compito aggiuntivo rispetto a quello di verificare gli spazi di compatibilità costituzionale della specifica normativa di cui si dubita con riferimento a sempre più frequenti

[117] La norma fa riferimento al caso in cui sul foglio di servizio sono registrate, sin dalla partenza dalla rimessa o dal pontile d'attracco, più prenotazioni di servizio oltre la prima, con partenza o destinazione all'interno della Provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione.

[118] A saltare è, quindi il comma 1, lettera f) dell'art. 10-bis del d.l. n. 135 del 2018, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 11 della legge n. 21 del 1992, relativo alla possibilità di proseguire il servizio NCC, avviando una nuova prestazione, se quest'ultima risulta già registrata sul foglio di servizio e ricade nell'ambito provinciale.

[119] Sulla base di tali premesse ad essere dichiarato incostituzionale è il comma 9 dell'art. 10-bis del d.l. n. 135 del 2018.

questioni di competenza connesse ad un non sempre chiaro riparto costituzionale[120].

Il giudizio si estende alla portata valoriale racchiusa nelle norme in oggetto, che diventano espressive di precise scelte di sistema con cui si fissa l'equilibrio fra interessi confliggenti di difficile graduazione costituzionale.

È proprio in ragione di ciò che la Corte diventa giudice della logica sottesa alla comune disciplina con cui si impostano le regole pubbliche di quel trasporto privato destinato a soddisfare esigenze della collettività, spostando la "mera" questione di competenza verso una "questione di sostanza".

Il giudizio, condotto con indiscussa sensibilità, racchiude il risultato della delicata opera di puntuale verifica della tenuta costituzionale di quella logica, il cui esito, se negativo, consegnerà al legislatore il difficile ruolo di completare i tasselli mancanti da porre entro un quadro regolatorio di cui la Corte ha suggellato una coerenza sistematica intrinseca.

Doppio, quindi, è il livello di lettura delle statuizioni cui perviene il giudizio.

Lo sguardo al presente, ne misura l'impatto sull'assetto regolatorio attuale.

Lo sguardo al futuro, ne stima gli effetti sull'opera legislativa che verrà.

Un cenno a parte merita la tecnica decisionale seguita dalla Corte, che ci restituisce una pronuncia in cui non residuano "vuoti decisionali".

Il rigore con cui ogni singolo profilo di controllo è indagato in modo analitico e sistematico lascia intendere che l'elevato grado di approfondimento è improntato ad una strategia metodologica omogenea.

Il criterio prescelto è volto ad operare una costante contestualizzazione della prospettiva indagata, così da giungere ad una visione prospettica di ogni singola questione affrontata, che non viene mai relegata entro i confini giuridici imposti dalla rigida formulazione del quesito di costituzionalità, ma viene sempre retrospettivamente dilatata fino alla ricerca del valore di cui essa diventa portatrice.

A monte di ciò sta lo sforzo di fornire un'interpretazione univoca dello spirito del legislatore che ha dato vita ad un quadro normativo unitario, sul quale la Corte non manca mai di esprimersi.

L'apprezzabile impegno in tale direzione denota la piena consapevolezza, del Giudice delle leggi, della centralità assunta dalla normativa impugnata per il settore in cui interviene, che deve essere indagata in modo neutrale rispetto ad un possibile condizionamento politico originato dal canale impiegato.

In proposito la Corte mostra di non trascurare il tumultuoso iter legislativo con cui si perviene a predeterminare le norme che costituiscono il punto di equilibrio

[120] Non è casuale, in proposito, l'ampio spazio ricostruttivo con cui la Corte, confortata da precedenti specifici, fuga ogni dubbio circa il rapporto fra l'indiscussa allocazione regionale del settore del trasporto pubblico, in ogni forma e tipologia esplicato, e l'intreccio possibile con l'estensione trasversale della competenza statale a tutela della concorrenza.

fra due settori operanti in un segmento di mercato che, separato al proprio interno, sottratto alla libera concorrenza, si riunisce, in ragione di comuni interessi non economici, entro un assetto caratterizzato dalla penetrante presenza di obblighi pubblici.

Non ricostruire la trama del processo decisionale rischia, tanto di vanificare la portata della decisione, quanto, piuttosto, di alterarne il significato intrinseco.

È senza dubbio vero che a saltare sono soltanto poche regole all'interno di un quadro che ne racchiude molte altre, rimaste in piedi e rilette in termini di compatibilità costituzionale.

Ma è altresì vero che tali regole, pur assumendo un alto contenuto caratterizzante che viene rafforzato dalla reciproca interdipendenza che lega la norma principale alle altre due di rango derogatorio, vanno correttamente interpretate per non incidere negativamente sulle basi della riforma di tutto il settore.

In tale direzione milita anche il dato esteriore che riconduce la loro caducazione alla veste formale in cui viene contenuta la dichiarazione di illegittimità, avente oggetto parziale e carattere tipo interpretativo, volto a meglio armonizzarsi con lo spirito legislativo che la Corte mantiene integro.

Ciò esclude di per se stesso che possano implicitamente vacillare anche altre regole con cui si introducono rilevanti novità per il servizio NCC, su cui si appunta l'attenzione della Corte.

Fra quelle rimaste in vigore si contraddistinguono per impatto sul pregresso assetto, le prescrizioni inerenti agli obblighi di tracciabilità del servizio svolto, quelle con cui (astrattamente) si introducono elementi proconcorrenziali mediante l'ampliamento delle modalità di incontro fra domanda ed offerta del servizio, oltre alle altre con cui si definiscono spazio territoriale e validità operativa del titolo abilitativo di esercizio.

Rispetto ad esse la Corte non si limita a respingere i rilievi di sospetta illegittimità formulati dal ricorrente, ma effettua una ricostruzione di compatibilità costituzionale che investe lo spazio concesso a ciascun produttore di regole, attesa la "convivenza" di due competenze esclusive allocate, rispettivamente, sul piano regionale, per quanto concerne la materia del trasporto pubblico locale e sul piano statale in ordine alla tutela della concorrenza, che si prospetta come trasversale.

Seguendo la tecnica decisionale improntata al criterio della prevalenza, la Corte stabilizza il proprio precedente orientamento e conferma l'allocazione su base regionale della regolamentazione del servizio di trasporto non di linea[121], ma identifica il nucleo essenziale della normativa esaminata nella competenza trasversale riconosciuta allo Stato in materia di tutela della concorrenza, cui

[121] Il richiamo è a precedenti specifici, fra cui Corte cost. sentenze n. 5 del 2019, n. 137 e n. 78 del 2018, n. 30 del 2016 e n. 452 del 2007.

attribuisce una funzione finalistica volta a varare, come precisato, regole omogenee e non discriminatorie[122].

Il riconoscimento, a quest'ultimo, del potere di intersecare "qualsivoglia titolo di competenza legislativa regionale, seppur nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi cui esse sono preposte"[123], impone alla Corte un doppio passaggio analitico: verificare se ed in che misura le regole pubbliche dettate per il settore NCC seguano e si mantengano entro una logica costituzionale ragionevole e proporzionata, in rapporto alla funzione statale di tutelare la concorrenza[124].

Ragionevolezza e proporzionalità[125] guidano la Corte nella rilettura del quadro normativo con cui viene delimitato il mercato in cui è chiamato ad operare il servizio di autotrasporto con NCC.

Tali principi, pur nei limiti dell'oggetto dedotto[126], rappresentano l'unico strumento disponibile dalla Corte per graduare principi e diritti confliggenti e per vagliare in concreto, attraverso l'analisi degli effetti, il merito della scelta condotta dal legislatore nella definizione degli interessi [127]

Si tratta di criteri che, da un lato, presuppongono una convergenza sull'idea di "tutela della concorrenza" che la Corte ha fatto propria[128], dall'altro, aiutano la

[122] Di qui la necessaria centralizzazione delle norme con cui si introducono le regole operative del servizio

[123] Così il punto 5.3 del Considerato in diritto, che opera un richiamo al precedente orientamento della Corte ricostruibile dalle sentenze n. 83 del 2018, n. 165 del 2014, n. 38 del 2013 e n. 299 del 2012.

[124] Netta, sul punto è la Corte che ben ammette che lo Stato possa arrivare ad incidere sulla totalità dell'ambito residuale regionale (come accaduto per le norme salvate dall'illegittimità), ma entro il rigoroso rispetto dei "limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi alla cui garanzia la competenza statale esclusiva è diretta" (così al Considerando 5.3 della decisione, che riporta numerose pronunce a sostegno di quanto affermato).

[125] Sulla cui applicazione concreta si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità, nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee*, Roma, Servizio Studi Corte Costituzionale, 2013, 10

[126] Sul questo specifico aspetto, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, 623.

[127] A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2000, 567.

[128] Numerose, al riguardo sono le accezioni in cui la Corte ha inteso la tutela della concorrenza, tutte rinvenibili nei precedenti da essa citati nei vari Considerato in diritto che compongono il punto 5.4 della decisione. Per una ampia rilettura del rapporto fra riparto competenziale, concorrenza e ragionevolezza legislativa, A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione: il Giudice delle leggi davanti alla sfida delle riforme*, Torino, 2017.

Corte a saggiare il modo in cui a tale idea di concorrenza viene data concreta attuazione di essa da parte del legislatore statale[129], cui è rimesso un preciso spazio decisionale calibrato alla peculiarità dell'ambito d'intervento[130],

Il nodo centrale della decisione diviene, quindi, l'implicita ricostruzione, da parte del Giudice delle leggi, di un modello di "concorrenza ideale" [131] per il settore dell'autotrasporto con NCC, da elevare a ragionevole proporzionale parametro di verifica delle scelte elaborate dal legislatore statale, perché se si dimostrano eccedenti rispetto ad esso, vanno cassate.

Esso va perseguito e assicurato per il tramite delle scelte operate da quel legislatore cui è affidato, per Costituzione, lo specifico compito, non soltanto di garantire un principio che fa proprio un tipo di mercato (e le sue dinamiche)[132], ma anche di non omettere, un adattamento necessario di esso ai valori posti alla base del nostro assetto costituzionale[133].

In tal modo la Corte, da un lato, segna il confine ultimo per il legislatore regionale[134], dall'altro investe il legislatore statale di un compito specifico che va

---

[129] Sul tema G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato, concorrenza regole*, n. 3/2017, 425.

[130] Acquista, allora, un particolare significato la critica opposta dalla Corte all'idea di "tutela della concorrenza" prospettata dalla Regione ricorrente, che riduttivamente limiterebbe il legittimo intervento statale alla sola scelta delle misure di apertura dello spazio di mercato del settore del trasporto NCC, giungendo ad escludere, per contro, ogni opposta scelta legislativa statale di regolamentazione dello stesso "ai fini di preservarne la struttura" (così al 7 alinea del punto 5.4. del Considerando in diritto).

[131] Tematica delicatissima e di portata trasversale che, proprio recentemente, ha sollecitato attente riflessioni della dottrina proprio in riferimento agli effetti distorsivi generati da una "cattiva interpretazione" del suo significato in rapporto all'interesse pubblico perseguibile, vedi F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Catanzaro, 2020.

[132] N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 438.

[133] La contestualizzazione dell'idea di concorrenza maturata in relazione a tale ambito, spinge la Corte ad affermare, in linea con quanto già precisato nelle precedenti sentenze n. 30 del 2016 e n. 49 del 2014, che la "tutela della concorrenza si attua anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche". In generale su tale profilo, C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it , n. 1/2014

[134] In merito, la Corte non manca di ricordare come lo scrutinio sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità di misure ed obblighi stabiliti dal legislatore statale, necessiti di essere condotto con un rigore specifico "nel contesto delle relazioni fra Stato e regioni", laddove

oltre l'idea che la tutela di concorrenza debba esprimersi attraverso scelte volte a rimuovere ostacoli, amministrativi o economici[135], al libero esercizio del diritto di impresa o ad assicurare la parità degli operatori nell'accesso al mercato.

Il che, rapportato alla vicenda in esame, avvia la verifica non soltanto sulle regole di esercizio del servizio NCC, in quanto idonee ad assicurare una adeguata distinzione con il servizio taxi, ma, prima ancora, sul punto di equilibrio con cui sono bilanciati i differenti interessi contrapposti che si innervano sullo svolgimento di tale attività, che deve essere letto "in senso sistemico e non frazionato"[136].

Ciò induce ad una reinterpretazione del peso acquisito dal principio di concorrenza in rapporto ad altri interessi ad elevato contenuto valoriale, spingendo la Corte ad affermare, proprio con riferimento ad un settore affine, che è "eccezionalmente consentito (al legislatore statale) di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche", in ragione della protezione di interessi confliggenti[137].

Se l'oggetto principale dello scrutinio della Corte è la regolamentazione del servizio NCC nell'assetto di mercato fatto proprio dal legislatore statale, all'esito di una logica espressiva della sintesi del bilanciamento tra la libera iniziativa economica ed interessi antagonisti, il sindacato si trasferisce sul piano del rapporto fra regole pubbliche e fenomeno economico, già molto noto alla Corte[138].

In questa prospettiva, superano positivamente il vaglio della Corte, tutte le scelte regolatorie statali circa un adeguato mantenimento della separazione fra due tipologie di servizi che compongono l'autotrasporto non di linea, ma, ancor prima, quelle regole volte a definire quali soggetti siano abilitati a offrire le suddette tipologie di servizi[139] entro il mercato predefinito ed a quali condizioni possano farlo.

---

l'autonomia regionale sia stata compressa dall'operato del legislatore statale (punto 5.6 della sentenza).

[135] L'espressione impiegata nel testo è mutuata da G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 2491

[136] Così si legge al punto 5.4 del Considerato in diritto.

[137] Così nella sentenza n. 30 del 2016, relativa al trasporto NCC a mezzo autobus; ma ancor prima la Corte era giunta alle medesime conclusioni nella sentenza n. 49 del 2014, ad oggetto differente.

[138] Ampiamente, si veda M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008

[139] Netta, sul punto era stata anche Corte cost. n. 80 del 2006, laddove aveva precisato (punto 4.3 del Considerando in diritto), che le regole di accessibilità al mercato, decisive ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica, sono riconducibili alla competenza statale trasversale in materia di tutela della concorrenza.

Ecco perché, al fondo, si ritiene di poter affermare che nella decisione esaminata, al di là di un evidente arresto normativo, sembra scorgersi un intento conservativo della Corte, che mira a salvare la ragionevolezza dell'assetto complessivo e la tenuta generale dell'intero corpo normativo della riforma del settore NCC, a prescindere dalle censure cadute su singole regole specifiche in cui il progetto normativo si articola.

Riletta in questi termini la decisione, la portata demolitoria dell'illegittimità costituzionale giunge a stemperarsi e, addirittura addiviene a conferire al legislatore nuovi spazi regolatori, con il difficile compito di incastrarli in un ordito ancora stabile.

8. Rileggere la decisione: fra nuove prospettive legislative e rispetto della coerenza del sistema

Quanto affermato apre lo spazio per un'ultima considerazione conclusiva.

La rilettura della pronuncia risulterebbe incompleta se non si facesse cenno alla futura opera del legislatore, cui la Corte rimette l'importante compito di colmare il vuoto generato e, a parere di chi scrive, anche di azzardare un ulteriore passo in avanti.

Una rimessione regolatoria, tuttavia, non priva di condizioni.

Vieppiù laddove intervenga con una sentenza di illegittimità parziale a carattere interpretativo.

Come di consueto, la Corte non consegna al futuro legislatore il compito di colmare una clausola in bianco: del resto mai lo aveva fatto neppure nelle precedenti occasioni di riaffermata illegittimità costituzionale[140].

La caducazione della norma sul rientro obbligatorio in sede/rimessa prima dell'avvio di ogni servizio NCC e del corollario derogatorio ad essa associato, non investe la ragionevolezza della scelta legislativa su come viene espresso il punto di equilibrio fra gli interessi contrapposti nel settore, ma blocca la proporzionalità su specifiche scelte operative che di tale punto costituiscono un precipitato diretto.

È pertanto chiaro che una eventuale novella, andando ad inserirsi entro una cornice in cui la Corte ha ben delineato, salvando l'ossatura dell'assetto regolatorio, il rapporto che si crea fra l'esercizio del diritto d'impresa e gli interessi pubblici su cui essa va a ricadere, non può che far affidamento su un simile postulato.

In esso è racchiusa l'idea di concorrenza legittima la cui tutela è riconosciuta al legislatore nazionale.

Del resto, era accaduto così anche in passato, quando nel cassare le norme della legge regionale piemontese che vietavano l'autorizzazione all'esercizio del servizio di trasporto con bus NCC alle imprese che utilizzavano un certo tipo di veicoli o

[140] Si vedano le sentenze n. 30 e 265 del 2016 e la recente n. 5 del 2019.

quelle di altra legge della medesima regione che restringevano, agli esercenti del servizio taxi o NCC, il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone con le nuove modalità consentite dai supporti informatici, la Corte aveva sempre ribadito con estrema chiarezza che l'affidamento al legislatore statale della definizione dello spazio di mercato da tutelare dei rispettivi settori, si sarebbe mantenuto nei termini della legittimità costituzionale se realmente avesse rispecchiato il punto di equilibrio fra tutti gli interessi confliggenti.

Ed ancora, la questione si era riproposta in termini non dissimili, sempre con riferimento alla decisione da ultimo citata, al momento in cui la Corte, nel sollecitare l'intervento legislativo statale verso un inquadramento giuridico univoco e aggiornato dell'ingresso delle applicazioni informatiche nelle modalità di trasporto a chiamata, aveva auspicato che il medesimo venisse pensato in termini di compatibilità con il quadro regolatorio vigente, specialmente in relazione al contingentamento numerico per l'accesso all'esercizio del servizio ed alla distinzione dei due autoservizi.

Cosa che si è puntualmente verificata con l'inserimento, nell'attuale assetto novellato a trama inalterata, tanto della regola della prenotabilità del servizio mediante applicazioni informatiche, quanto di quella della predisposizione di un registro informatico pubblico nazionale delle imprese titolari di licenza per il servizio taxi e di quelle di autorizzazione per il servizio di noleggio con conducente.

E se quanto appena affermato dovesse risultare discutibile, ad avvalorare l'ipotesi avanzata contribuirebbe la stessa interpretazione fornita dalla Consulta, che nel ricordare come l'intervento del legislatore statale "sull'organizzazione e sullo svolgimento del servizio di NCC" assicuri "un assetto di mercato definito con norme in cui si esprime il bilanciamento tra la libera iniziativa economica e gli altri interessi in gioco"[141], fugherebbe ogni contrario dubbio.

La blindatura, da parte della Corte, delle scelte di fondo in origine condotte dal legislatore statale che, nei limiti della propria competenza in ambito della tutela della concorrenza, ha mirato a varare una riforma che potrebbe essere definita "ad assetto regolatorio invariato", oltre che il limite di legittimità diviene, quindi, la direzione del futuro intervento del legislatore.

Nel procedere alla ricerca della compatibilità costituzionale delle regole indagate attraverso una sistematica ricollocazione delle medesime nell'arco di una circonferenza più grande, la Corte, non ribaltando l'ordito normativo della legge quadro, cristallizza il mantenimento di una politica attiva di vincoli pubblici al libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nel settore dell'autotrasporto non di linea, l'impermeabilizzazione dello spazio di mercato costruito sulla definizione

[141] Punto 5.4. penultimo alinea del Considerato in diritto.

delle caratteristiche di accesso per i potenziali operatori interessati e la centralità dell'atto amministrativo previo all'esercizio della suddetta attività[142].

Posto, allora, che la riforma prospettata supera, di fondo, la prima verifica "dell'equilibrio costituzionalmente sostenibile", oltre alla necessità di colmare il vulnus creatosi con l'illegittimità parziale, si può ricavare uno spazio ulteriore, interno ai confini tracciati con tale equilibrio, entro cui immaginare un futuro intervento del legislatore statale.

All'ipotesi prospettata si giunge dalle stesse conclusioni cui previene la Corte.

Per un verso, vi è l'accettazione che il settore dell'autotrasporto con NCC, in qualunque realtà giuridico-territoriale venga ad essere svolto, racchiuda al suo interno dinamiche inestricabili, delle quali si impone una sintesi legislativa a garanzia del confronto fra logiche contrapposte, il cui punto di arrivo è rappresentato dalla costruzione di uno spazio di mercato.

Per altro verso, vi è che in detto mercato sia presente una disciplina pubblica, in cui regole ed obblighi, variamente composti, si intreccino reciprocamente per assicurare garanzia della sicurezza, qualità e razionalità nello svolgimento del servizio, anche in base alle differenti istanze di mobilità connesse alla sopravvenienza di nuove modalità tecnologiche, dal momento che le nuove forme d'incontro fra domanda ed offerta non cancellano le vecchie finalità sociali connaturate a questo tipo di servizio di mobilità locale.

Infine, vi è che al legislatore statale sia rimessa la gestione delle dinamiche eterocomposte che in detto mercato si intrecciano.

È in questo tessuto che si innesta la nuova spinta per il legislatore.

C'è una norma, salvata dalla Corte, che meriterebbe un adeguato completamento per non generare conseguenze perniciose.

[142] Netta, l'affermazione con cui la Corte, al sesto periodo del Considerando in diritto n. 5.4, distinguendo fra il servizio taxi e quello NCC, rimarca che con l'affidamento del servizio ai titolari di licenze, "lo Stato ha compiuto nel 1992 una scelta legislativa che non è in discussione (...) e che è stata confermata nelle sue linee essenziali anche attraverso l'espressa sottrazione del settore dal campo di applicazione dei vari provvedimenti per la liberalizzazione (...) succeduti nel frattempo": il discorso è pienamente valido per gli NCC, dal momento che il possesso della previa autorizzazione è il presupposto condizionante necessario pure per lo svolgimento dell'attività.

Nella comune accettazione[143] di mantenere un regime di contingentamento amministrativo per le autorizzazioni necessarie all'esercizio del servizio NCC[144], la novella del 2019 introduce una variabile assai rilevante: la sospensione del rilascio di nuove autorizzazioni per il periodo necessario all'istituzione del registro informatico pubblico nazionale che tali titoli dovrebbe registrare.

La Corte ha messo in chiaro la stabilità costituzionale della previsione, argomentando sulla tenuta logica e proporzionale della regola, che fa leva sulla temporaneità della durata e sulla circoscrivibilità funzionale degli effetti, che non generano interferenze esterne[145], ma non ha potuto adeguatamente verificare la tenuta costituzionale delle conseguenze scaturite dalla vigenza della medesima.

Non soltanto perché la brevità del tempo di permanenza della novella non ne ha permesso una stabilizzazione o, ancor meno, non ne ha ancora consentito l'emersione, ma anche per la mancanza di invocazione giuridica, che ne esclude un possibile scrutinio, anche indiretto.

La sottrazione all'interesse della Regione non ne depotenzia la portata.

Nelle more del giudizio, infatti, vi sono stati sviluppi inattesi: nonostante l'avvenuta costituzione del REN, la proroga della moratoria ha continuato ad operare, seppure sotto mentite spoglie[146], comportando una sostanziale blindatura dall'esterno dei meccanismi ordinari d'ingresso al settore NCC ed implicitamente avallando l'unica forma di accesso all'esercizio dell'attività per i nuovi potenziali operatori, vale a dire quello della trasferibilità del titolo già regolarmente posseduto da altri.

Nell'ambito del mercato delineato dal legislatore statale attraverso la fissazione delle condizioni per l'accesso degli operatori e delle regole sull'organizzazione e

[143] È sufficiente ricordare come nel Protocollo d'intesa tra Ministero dei Trasporti e alcune associazioni del settore taxi e noleggio con conducente, siglato il 2 febbraio 2018 con lo scopo di elaborare linee comuni su cui avviare la revisione del settore del trasporto pubblico non di linea voluta dalla legge sulla concorrenza, n. 4 agosto 2017, n. 124 (articolo 1, commi 179-182), la regola del contingentamento delle autorizzazioni per il servizio (art. 1 del Protocollo) costituisca un "principio fondamentale" su cui calibrare ogni regola futura.

[144] Si rammenta che le sollecitazioni a mantenere un regime di contingentamento amministrativo arrivavano anche dalla stessa Autorità garante nel settore trasporti (ART), che ne aveva dato conto nell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità", deliberato in data 21 maggio 2015.

[145] L'opportunità di fermare in modo temporaneo l'aumento del numero di imprese nel settore è la giustificazione del fine, mentre la non pregiudizialità esterna è la giustificazione del mezzo, vedi punto 5.6.2. del Considerato in diritto.

[146] La giustificazione ufficiale fornita dal MIT, nel comunicato del 20 febbraio 2019 è riposta nella mancata definizione delle specifiche tecniche del foglio di servizio elettronico.

sullo svolgimento del servizio di NCC è, infatti, riscontrabile un ulteriore e diverso spazio di scambio fra gli operatori: esso riguarda l'incontro fra incumbent e vecchi titolari di autorizzazione all'esercizio del servizio già presenti in questo segmento dell'autotrasporto.

Esiste, in altri termini, anche un profilo interno al "mercato amministrato"[147] del servizio NCC.

Esso è indirettamente alimentato dalle stesse regole pubbliche poste a protezione del settore dalle dinamiche esiziali della concorrenza sulla garanzia degli interessi pubblici contrapposti, ma viene a costruirsi in modo fattuale, su base volontaria e senza adeguati filtri normativi[148].

Le disposizioni presenti, peraltro mai oggetto di revisione, si limitano a dettare le condizioni minime per il trasferimento del titolo pubblico, andando a definire i presupposti prodromici allo stesso[149], ma non anche, con sufficiente adeguatezza, la fase dinamica del passaggio, i cui risultati generano effetti che ricadono sull'esercizio futuro dell'attività trasferita.

La sola predeterminazione delle condizioni entro le quali può procedersi alla traslazione dell'autorizzazione, non integra alcuna reale garanzia di tutela delle finalità sociali ontologicamente connesse con l'attività oggetto del provvedimento ceduto, né offre adeguata protezione della dimensione sociale più latamente connessa all'equilibrio fra le parti che addivengono allo scambio, per contratto.

Tale occasione di scambio, che a condizioni normali, origina proprio dalla permanenza di un sistema di autorizzazioni a numero chiuso in cui l'adeguamento ai bisogni emergenti dal mercato esterno viene condotto in modo sporadico, occasionale e su esplicita scelta dell'amministrazione, oggi viene tradotta alle conseguenze estreme a causa del protrarsi del suddetto blocco giuridico.

Laddove, seppur con forti dubbi sulla tenuta della logica di sistema[150], può ammettersi, in virtù della trasferibilità legale dei titoli pubblici, la circolazione fra privati della titolarità delle autorizzazioni in un mercato regolamentato e contingentato in ingresso, il blocco legislativo imposto contro l'ampliamento "primario" del mercato, rischia di far implodere un equilibrio già precario.

---

[147] L'espressione è impiegata da E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto fra common law e civil law*, Milano, Egea, 2016

[148] Il fenomeno dello scambio privato dei titoli pubblici in assenza di adeguata regolamentazione è stato ben studiato, nell'ambito dei taxi da V. VISCO COMANDINI, S. GORI, F. VIOLATI, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 3/2004, 515 ed ha condotto a conclusioni parzialmente applicabili, per analogia, anche nel settore NCC.

[149] Così, in tale direzione, si veda l'art. 9 della legge n. 21 del 1992, non a caso rimasta invariata sul punto.

[150] Per una riflessione sulle conseguenze di tali criticità, se si vuole, V. GIOMI, *Mercati in attesa di mercato*, cit. p. 392.

In questa spinta acceleratoria, la trasferibilità fra privati si trasforma nell'unica modalità di ingresso nel mercato degli NCC e la mancanza di un sistema di regole che disciplinino gli elementi operativi dello scambio di una autorizzazione pubblica fra privati (ad esempio mediante fissazione del prezzo, controllo della cessione), mostra le sue corde.

L'ipotizzata apertura legislativa potrebbe, allora, inserirsi entro queste maglie, collocandosi fra l'acutizzarsi di un vuoto normativo connesso alla declaratoria di parziale incostituzionalità della norma e l'attesa che se ne colmi uno differente all'interno del medesimo testo normativo.

Il nuovo spazio rivendicabile dal legislatore nazionale, andando a dettare ulteriori prescrizioni inerenti ai presupposti per lo svolgimento del servizio NCC, sarebbe riconducibile senza eccessivo sforzo entro i limiti di competenza ben tracciati dalla Corte, esprimendosi una scelta legislativa ricompresa nell'ambito della tutela della concorrenza ad essa riconosciuta.

Si ritiene, infatti, che il fenomeno traslativo, in ragione dell'oggetto scambiato (che è un titolo pubblico)[151], non possa essere confinato ad elemento giuridico interamente disponibile dai privati e rimesso all'esercizio della loro libertà d'iniziativa economica, se non al prezzo di una possibile compromissione futura di quelle finalità sociali intrinseche al servizio NCC e che ne frenano l'espansione concorrenziale.

Del resto, laddove si crea un mercato è necessario che vi sia il rispetto della legge degli scambi, che opera sia, verso l'interno, nell'ambito delle dinamiche contrattuali[152], che verso l'esterno, con riferimento alla condizione di parità degli operatori[153].

Sotto una prospettiva parallela, poi, che l'importanza di regole che disciplinino l'organizzazione e lo svolgimento dell'intero segmento di questo tipo di autotrasporto costituisca un obiettivo primario del legislatore riformatore si evince anche dal perfezionamento della vecchia normativa in ordine alle vicende impeditive dell'utilizzo dell'autorizzazione per circostanze inerenti alla persona del titolare[154].

---

[151] Sulla relazione problematica scambio e intrinseca funzione del bene scambiato, se rappresentato da un titolo pubblico, F. MERUSI, *Si può vendere anche fumo: nuovi beni e nuovi diritto nel diritto dell'energia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 1067.

[152] G. OPPO, *Contratto e mercato, in Scritti giuridici*, VII, Padova, Cedam, 2005, 193.

[153] Per la prospettiva del contraddittorio ad armi pari come espressione della "corretta legge del mercato", vedi F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, il Mulino, 2002.

[154] Art. 1 lett. c, d.l. 135 del 2018, che introduce l'art. 10bis alla legge n. 21 del 1992.

Norma, quella evidenziata, che denota l'interesse a creare le condizioni per un mantenimento, in capo all'originario titolare dell'autorizzazione, del titolo abilitante, avendo cura, nei connessi e contrari casi di impedimento all'esercizio dell'attività, di regolare ogni possibile aspetto in ordine alle cause ed alle conseguenze che potrebbero ammettere uno svolgimento del servizio da parte di altri soggetti qualificati per legge, ma escludendo la trasferibilità del titolo.

Si ritiene, in conclusione, che un intervento legislativo con cui sia regolata la dimensione operativa della trasferibilità e dei suoi effetti, non solo sarebbe coerente con la logica del sistema avallata dalla Corte, ma vieppiù rafforzerebbe le stesse finalità che hanno animato l'intero assetto regolatorio, impedendo che il mercato dei titoli pubblici sia interamente sottratto alla legge degli scambi.

La creazione di un esplicito "ordine giuridico"[155] per questo segmento di mercato, diviene l'unico modo per assicurare che, laddove si generi un luogo di scambio fra domanda ed offerta, vi sia il necessario rispetto della concorrenza[156], nei termini in cui la stessa Corte ne ha evidenziato l'accezione.

In caso contrario l'equilibrio fra la dimensione economica dell'operatore e la dimensione funzionale alla garanzia di protezione di specifiche finalità sociali, valorizzate soprattutto dall'elemento personalistico, potrebbe alterarsi, minando alla struttura stessa del servizio NCC.

L'auspicio di una nuova sensibilità legislativa può rivelarsi decisivo, non solo per impedire che l'impermeabilizzazione del settore verso l'esterno, avvii una decostruzione del medesimo dall'interno, ma anche perché il rafforzamento del potere degli incumbent, anche sul piano economico-istituzionale, potrebbe generare forme di rischioso condizionamento[157] sullo stesso intervento legislativo[158].

[155] Si mutua espressione e significato da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998 (ora ult. ed. 2016).

[156] La necessarietà della distinzione fra "ordine naturale" ed "ordine giuridico" del mercato è analizzata da A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007.

[157] Su tali rischi, T. E. FROSINI, *La democrazia e le sue lobbies*, in *Percorsi costituzionali*, Fondazione Magna Carta, 2013 e G. SGUEO, *Trasparenza e incompatibilità nella disciplina dei gruppi di pressione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 477.

[158] M. AINIS, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano, Giuffrè, 2012.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*

CAMILLA BUZZACCHI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 10 aprile 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0062s-20.html

Sommario

1. Il contesto: la politica sanitaria al centro del dibattito pubblico. – 2. L'annosa vertenza dello Stato con la Regione siciliana. – 3. Equilibrio di bilancio e livelli essenziali: un rapporto di interdipendenza. – 4. L'incostituzionalità di un condizionamento finanziario dei diritti. – 5. I compiti di Stato e Regioni per la tutela della salute: il necessario approccio collaborativo.

Data della pubblicazione sul sito: 9 giugno 2020

Suggerimento di citazione

C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*

** Professoressa Ordinaria di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Indirizzo mail: camilla.buzzacchi@unimib.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Il contesto: la politica sanitaria al centro del dibattito pubblico

La materia sanitaria è al centro degli interessi di ognuno e del dibattito scientifico ed istituzionale in questo anno 2020: assume pertanto un significato particolare la pronuncia n. 62 della Corte costituzionale, nella quale la definizione della questione del corretto finanziamento delle prestazioni che soddisfano i livelli essenziali in sanità diventa l'occasione per una riflessione più ampia sulla portata del diritto alla tutela della salute e sul sistema pubblico preposto alla sua garanzia.

Il giudice delle leggi è chiamato a dirimere una controversia di grande complessità sollevata dallo Stato nei confronti della Regione Sicilia, ma la vicenda presenta profili che vanno oltre il caso di specie e consentono di ragionare sul senso di un sistema sanitario pubblico nel quale sia Stato che Regioni svolgono un preciso ruolo, e che solo nel rispetto di questo doppio livello di funzioni può raggiungere gli obiettivi che gli sono propri. La decisione – pubblicata nel mese di aprile 2020, quando il sistema sanitario di alcune Regioni sosteneva lo sforzo imprevedibile di una risposta straordinaria ad una situazione di contagio insidiosa, perché ancora largamente sconosciuta nelle sue modalità di diffusione e nei suoi effetti – assume una valenza del tutto particolare: nel mezzo di accesi dibattiti circa l'opportunità di indirizzare ingenti risorse finanziarie al comparto sanitario e di rivedere la ripartizione della competenza concorrente a vantaggio dello Stato, la sentenza in esame ha il merito da un lato – ed è l'aspetto preminente – di esaltare la finalizzazione alla persona umana del sistema pubblico di protezione della salute; dall'altro di articolare ragioni convincenti in tema di organizzazione regionalizzata dell'apparato sanitario, contribuendo a distinguere con chiarezza compiti dello Stato e compiti delle autonomie. Ma soprattutto la decisione si apprezza per il convinto richiamo al rispetto di quell'istituto che solo può assicurare l'equilibrato funzionamento delle relazioni tra istituzioni: la leale collaborazione. In un periodo di disordinato sovrapporsi di decisioni centrali e locali e di faticosa composizione delle esigenze dei territori in un quadro armonico, a causa delle tante incertezze legate all'emergenza pandemica, il monito della Corte a non abbandonare modelli collaborativi non appare certo inutile.

D'altro canto l'evoluzione a cui si sta assistendo è di una crescente attenzione verso la politica sanitaria, che polarizza analisi e studi di diversa natura. Accanto alle tante voci di specialisti che possono contribuire proficuamente a indirizzare le scelte di *policy* che dovranno essere assunte per fronteggiare al meglio le probabili alterazioni degli scenari della salute collettiva, il dibattito pubblico vede interventi di molteplici discipline – quelle economico-aziendali e delle strutture organizzative, quelle sociali non meno di quelle finanziarie – che si interrogano sui futuri assetti che dovrà presentare l'apparato amministrativo sanitario chiamato a proteggere le comunità da minacce epidemiologiche che si temono sempre più

frequenti. È sicuramente opportuno che sul tema vi sia anche il pensiero formulato a partire dalla Carta costituzionale, che del resto non è mancato in dottrina[1]: ma la posizione del giudice costituzionale rappresenta una "parola" di diversa valenza, capace di ricondurre le tante e diverse posizioni e prospettive ad un quadro di valori unitario, dai quali non si può prescindere.

2. L'annosa vertenza dello Stato con la Regione siciliana

La controversia definita dalla sent. n. 62 ha ad oggetto molteplici disposizioni della legge di stabilità della Regione Sicilia approvata nel 2018, e dunque trae origine da varie e diverse doglianze del Governo. La principale, alla quale si rivolge l'analisi in queste riflessioni, concerne le relazioni finanziarie tra la Regione e lo Stato in merito alla spesa di carattere sanitario; ma viene altresì contestata l'introduzione di benefici pensionistici di un ente in liquidazione, di cui è dubbia la conformità alla legge e il relativo ammontare, cosicché è segnalata l'incerta sostenibilità finanziaria degli oneri e dunque la probabile violazione del principio di coordinamento della finanza pubblica e di quello di copertura delle spese; infine vengono denunciate varie previsioni di spesa da effettuare attraverso una riprogrammazione dei fondi di provenienza europea, operazione che a giudizio del rimettente non garantirebbe l'effettività delle risorse. I profili di illegittimità ruotano dunque tutti attorno ad un equilibrio di bilancio che poggia su indicazioni di risorse inaffidabili ed incerte, e pertanto il vizio che accomuna tutte le contestazioni è quello di una poco attendibile copertura finanziaria delle spese.

La parte principale della pronuncia riguarda una questione ampia e complessa, già parzialmente affrontata in una pronuncia del 2019, la sent. n. 197. Quella decisione[2] era destinata ad avere un seguito: in essa infatti il giudice delle leggi aveva disposto, con separata ordinanza[3], che successivamente – entro un termine di sessanta giorni – tanto la Regione quanto il Presidente del Consiglio dei ministri fornissero informazioni e producessero documenti che potessero completare il quadro. In particolare, alla Regione era stata chiesta la previsione definitiva del

[1] Numerose Riviste dell'area giuspubblicistica hanno dedicato appositi Osservatori, *Call* e *Forum* alla situazione istituzionale eccezionale determinata dal *Coronavirus* nella primavera 2020: si rinvia agli studi pubblicati su *Rivista AIC*, *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, *Osservatorio sulle fonti*, *Federalismi.it*, *Diritti regionali*, per citare alcune delle più importi sedi di pubblicazioni di riflessioni di profilo costituzionale.

[2] Sia consentito rinviare al commento LEA, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanzia regionale presente e in corso di differenziazione, in Diritti regionali, 3, 2019.

[3] Sugli aspetti processuali di quella decisione si rinvia a G. P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020.

bilancio 2018 circa l''esatta perimetrazione' delle partite di entrata e di spesa e dei relativi stanziamenti inerenti ai finanziamenti e a spese in materia sanitaria; al Presidente del Consiglio dei ministri erano state chieste le risultanze del monitoraggio circa lo stato del finanziamento del Servizio sanitario nazionale nella Regione Siciliana contenente le risorse stanziate dallo Stato, quelle stanziate dalla Regione, nonché i reciproci flussi finanziari intervenuti tra le parti nell'esercizio 2018. Ma soprattutto entrambe le parti erano state invitate a fornire informazioni circa le "modalità con cui sono state calcolate le somme destinate ai LEA, la quota – in valore nominale e non percentuale – assegnata da ciascuna per tale finalità; la cronologia delle erogazioni di parte ministeriale (…) e quella delle erogazioni alle aziende sanitarie e ospedaliere da parte della Regione Siciliana". È evidente come la Corte abbia voluto costruirsi – imponendo adempimenti allo Stato e alla Regione – una rappresentazione corrispondente a realtà per valutare quanto le risorse destinate a garantire la sanità regionale e, in particolare, i livelli essenziali delle prestazioni (LEA), siano coerenti al raggiungimento del risultato.

La risposta di Stato e Regione è stata all'insegna dell'inerzia. Nel termine assegnato di sessanta giorni solamente la Regione Siciliana ha ottemperato alla richiesta istruttoria, ma in maniera parziale: ciononostante i dati presentati sono risultati sufficienti, consentendo al giudice costituzionale di decidere, benché poi l'emergenza sanitaria abbia portato ad una pubblicizzazione tardiva della sentenza.

Il problema che sta alla base della decisione è quello della determinazione del Fondo sanitario regionale siciliano, e di conseguenza della sua adeguatezza alle esigenze dei LEA: la controversa ripartizione degli oneri tra Stato e Regione e l'individuazione delle fonti di finanziamento sono aspetti dai quali dipende il funzionamento del sistema e, dunque, il soddisfacimento del diritto.

Occorre allora chiarire la particolare situazione che riguarda il contesto finanziario della sanità di questa Regione. La legge 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria 2007, aveva previsto la misura del concorso della Regione a tale spesa sanitaria per gli anni 2007, 2008 e 2009 in vista di uno scenario successivo, quello del completo trasferimento della spesa sanitaria a carico del bilancio della Sicilia: ciò avrebbe dovuto avere luogo già a partire dal 2007, perché entro il mese di aprile si prevedeva di predisporre un'intesa preliminare, per l'adozione di norme di attuazione dello Statuto. Non essendo mai stato raggiunto un accordo, la quota individuata per il 2009 è rimasta valida per tutti gli anni successivi: la Regione finanzia tuttora il proprio sistema sanitario fino al 49,11%, rimanendo un'anomalia tra le Regioni ad autonomia differenziata, che hanno assunto ormai da anni il finanziamento delle rispettive amministrazioni sanitarie, benché non per tutte questo passaggio abbia creato un assetto di maggior sicurezza nel garantire il

servizio[4]. Una tale situazione, che attesta un grave inadempimento ed un paradossale ritardo, è dunque il contorno nel quale si colloca la controversia qui in esame.

La prima questione sollevata dal Governo riguarda i commi 4 e 5 dell'art. 31 della legge reg. Siciliana n. 8 del 2018: le disposizioni sono state impugnate per molteplici ragioni con riferimento agli artt. 81, terzo comma, 117, commi secondo, lettere *e*) ed *m*), e terzo, della Costituzione. Tali norme prevedono la retrocessione delle accise a favore della Regione Sicilia senza il contestuale incremento della compartecipazione regionale alla spesa sanitaria rispetto alla predetta quota del 49,11 %: con l'effetto di generare oneri a carico del bilancio dello Stato, che sono però privi della necessaria copertura finanziaria. Il primo pregiudizio riguarda dunque l'equilibrio di bilancio: per rispettare l'art. 81, terzo comma Cost., andrebbe accantonata la copertura per maggiore spesa sanitaria. Ma in considerazione anche del fatto che la situazione finanziaria dell'ente è da anni in disavanzo, e dunque bisognosa di risanamento, l'altro interesse che potrebbe risultare pregiudicato è la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie che, più in generale, si traduce nella violazione del parametro posto a presidio della tutela della salute.

La difesa della Regione viene ampiamente articolata proprio con riferimento alla trattativa lunga – e infruttuosa – che avrebbe dovuto condurre alla riforma delle norme di attuazione dello Statuto e delle regole concernenti le compartecipazioni ai tributi erariali: la mancata definizione del nuovo assetto delle relazioni finanziarie giustificherebbe il ricorso dell'amministrazione regionale a metodi alternativi di copertura delle spese. L'istituzione territoriale lamenta la sua situazione di minor responsabilizzazione rispetto alle altre Regioni speciali: per esse è ormai previsto che provvedano al finanziamento dell'assistenza sanitaria senza più alcun apporto a carico dello Stato, mentre la Sicilia dipende ancora, per il finanziamento di oltre la metà della spesa sanitaria, dal concorso dello Stato, annualmente erogato attraverso i trasferimenti dal Fondo sanitario nazionale.

Il percorso verso tale completa responsabilizzazione nel finanziamento della sanità è stato tra l'altro rallentato dal piano di rientro dal debito accumulato, visto che anche la Sicilia è stata interessata dalla vicenda dei disavanzi sanitari: il risanamento non è stato in realtà completato benché il piano di rientro sia giunto a conclusione nel 2015, e da quel momento la Regione è sottoposta ad un "monitoraggio". Nel complesso questa situazione, nelle ragioni addotte dalla

[4] Una situazione di grande difficoltà è anche quella della Regione Sardegna, che è al centro di una vertenza altrettanto faticosa con lo Stato: significativa a riguardo la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2019, rispetto alla quale sia consentito rinviare a *Perequazione e specialità: quando la leale collaborazione arretra davanti alla salvaguardia dei vincoli di finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 1, 2019.

Sicilia, è stata la causa della mancata operazione di retrocessione delle accise, che avrebbero dovuto compensare le minori risorse di provenienza statale acquisite dalla sanità regionale: così facendo, è mancata la copertura finanziaria di una buona parte di spesa sanitaria, rispetto alla quale la posizione dello Stato è stata quella di rifiutare alcuna ulteriore somma per il finanziamento dei LEA.

3. Equilibrio di bilancio e livelli essenziali: un rapporto di interdipendenza

L'attenzione della Corte è stata immediatamente rivolta a verificare la correttezza dell'operazione di determinazione quantitativa e finalistica delle poste di bilancio delle disposizioni impugnate – i commi 4 e 5 dell'art. 31 della legge di stabilità regionale per l'anno 2019 – in quanto l'individuazione e l'allocazione delle risorse è condizione indefettibile per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni. A tal fine il giudice delle leggi ha disposto gli incombenti istruttori di cui si è detto e, all'esito delle informazioni acquisite, con la sentenza qui annotata ha poi potuto dirimere la questione.

Si è così potuto evidenziare che la perimetrazione dei LEA nelle forme previste dalla disciplina di armonizzazione dei bilanci pubblici – l'art. 20 del d.lgs. n. 118/2011 – non è stata correttamente effettuata dalla Regione in sede di legge finanziaria e di bilancio[5]; ma in più non è stato assicurato il completo flusso finanziario delle risorse necessarie ai LEA verso la finalità costituzionalmente vincolata. La mancata predeterminazione delle risorse da destinare ai LEA e delle relative spese – il giudice delle leggi sottolinea che le somme gestite nell'ambito del bilancio regionale non sono mai state fissate preventivamente ma sono state determinate solo in base ai flussi risultanti dalla sommatoria delle rimesse statali in

[5] La dimostrazione di questa conclusione viene illustrata, nella sentenza in esame, nel p.to 4.2.1 del *Considerato in diritto:* la certificazione degli adempimenti avviene mediante la documentazione richiesta appositamente alle Regioni attraverso un questionario nonché mediante un'analisi della stessa, integrata con informazioni già disponibili presso il Ministero della salute e l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA). La certificazione è effettuata dai componenti del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA e al Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti, sulla base dell'istruttoria compiuta dal Tavolo di verifica, secondo criteri predeterminati.

Le valutazioni complessive vengono effettuate attraverso "l'utilizzo di un definito set di indicatori ripartiti tra l'attività di assistenza negli ambienti di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, raccolti in una griglia (cd. Griglia LEA) che consente di conoscere e cogliere nell'insieme le diversità ed il disomogeneo livello di erogazione dei livelli di assistenza […]. La metodologia di valutazione complessiva comprende un sistema di pesi che attribuisce ad ogni indicatore un peso di riferimento, e assegna dei punteggi rispetto al livello raggiunto dalla regione nei confronti di standard nazionali" (*Monitoraggio dei LEA attraverso la c.d. Griglia dei LEA. Metodologia* e *Risultati dell'anno 2017*, a cura del Ministero della salute).

corso d'anno e in base agli impegni di spesa attestati dalla Regione – conferma così le doglianze dello Stato: per effetto di queste inadempienze non solo si sono determinati pregiudizi per l'equilibrio di bilancio, ma sono venute a mancare le condizioni per l'erogazione di alcune prestazioni inerenti ai LEA.

Interessante è il ragionamento sui parametri, che il giudice riconosce operare in stretta interdipendenza: l'obbligo di copertura finanziaria, che è condizione di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, va letto in stretta connessione con l'obbligo di finanziamento e di garanzia dei LEA. Questo secondo parametro rimanda poi al diritto alla tutela della salute, ragione per la quale oltre alle disposizioni costituzionali richiamate – artt. 81 e 117 – diventa irrinunciabile anche il riferimento al quadro normativo a fondamento del Servizio sanitario nazionale, il quale garantisce la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse dell'intera collettività.

La salute viene proclamata "diritto sociale di primaria importanza", il cui contenuto viene conformato attraverso la determinazione dei LEA: a partire da questa affermazione di principio la decisione sviluppa un ragionamento volto a rappresentare come si soddisfi tale diritto, andando a considerare i molteplici profili che condizionano l'effettività della garanzia. In tale ragionamento si argomenta che il finanziamento adeguato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente affinché siano assicurate le prestazioni idonee ad assicurare la pretesa alle cure: la condizione finanziaria è evidentemente irrinunciabile, come già chiarito con la precedente sent. n. 275/2016, che aveva sottolineato che "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali"[6]. E tuttavia la

[6] Corte cost. n. 275/2016, p.to 11 del *Considerato in diritto*.

La decisione è stata di grande rilevanza e molteplici sono stati i commenti: A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. cost*., 6, 2016; F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost*., 6, 2016; A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2017; L. ARDIZZONE, R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Diritti regionali*, 2, 2017; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi*, 10, 2017; R. CABAZZI, *Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in questa *Rivista*, 3, 2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta Online*, 1, 2017; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente*

semplice programmazione finanziaria non dà certezze circa "la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana", che deve essere assicurata attraverso "la qualità e l'indefettibilità del servizio, ogniqualvolta un individuo dimorante sul territorio regionale si trovi in condizioni di bisogno rispetto alla salute". Emerge allora, nella riflessione del giudice delle leggi, la fondamentale rilevanza degli aspetti organizzativi, e della dimensione territoriale dei medesimi: si aggiunge che "è in quanto riferito alla persona che questo diritto deve essere garantito, sia individualmente, sia nell'ambito della collettività di riferimento. Infatti, il servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale è, in alcuni casi, l'unico strumento utilizzabile per assicurare il fondamentale diritto alla salute"[7]. Tale passaggio conduce poi ad una più ampia riflessione sulla struttura del sistema pubblico di tutela della salute, che presenta elementi di estrema attualità: su di essi si ritorna successivamente, dopo avere completato l'esame delle modalità che vanno impiegate per l'adeguata erogazione di prestazioni rispetto ai LEA nazionali.

4. L'incostituzionalità di un condizionamento finanziario dei diritti

La pronuncia si sofferma infatti sulle modalità che vanno necessariamente adottate affinché sia rispettata la proiezione in termini finanziari, nei bilanci preventivi e nei rendiconti, dei LEA come normativamente fissati: modalità che non rilevano tanto per i loro aspetti tecnici, ma per i riflessi che determinano sul piano dei beni costituzionali a cui assegnare primarietà.

Se, come si è già evidenziato, l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed efficace erogazione della prestazione – cosicché il finanziamento si pone come condizione necessaria ma non sufficiente del corretto adempimento del precetto costituzionale – tale regola va intesa secondo il principio di fondo chiaramente desumibile dalla Costituzione e confermato dalla sentenza già richiamata n. 275/2016 a proposito dei diritti in generale: "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Ecco allora che da questo assunto si ricavano le modalità di quantificazione delle risorse necessarie a sostenere la spesa per i LEA, dunque con specifica attenzione per il comparto sanitario.

giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Nomos*, 1, 2017; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi*, 10, 2017; L. MADAU, *"È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017; M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017.

[7] Corte cost. n. 62/2020, p. to 4.3 del *Considerato in diritto*.

In sede di programmazione finanziaria i costi unitari fissati dal d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 devono essere sviluppati sulla base del fabbisogno storico delle singole realtà regionali: se ne ricava una proiezione estimatoria, che dovrà poi essere aggiornata in corso di esercizio sulla base delle risultanze del monitoraggio, che è assegnato al Tavolo tecnico di verifica. Per la concreta garanzia dei LEA occorre poi che, con un approccio collaborativo tra Stato e Regioni, il legislatore predisponga gli strumenti idonei affinché tale garanzia non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, impegnando le Regioni a collaborare nella separazione del fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria: come segnalato fin dalla sent. n. 169/2017, ricade sulle Regioni l'obbligo di "collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria". Perché se è vero che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, "la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività"[8].

Questa enfasi per la programmazione, ovvero la preventiva quantificazione, dell'adeguato quantitativo di risorse che occorrono per erogare prestazioni essenziali emerge del resto da un insieme di pronunce della Corte costituzionale[9], oltre a quella qui richiamata del 2017. Anche le sentt. nn. 10/2016 e 197/2019 raccomandano la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate quali intrinseche componenti del principio del buon andamento, che è "strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria", per cui "organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate […] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente"[10]. Va infatti ben compreso come il *vulnus* determinato dall'approssimativa individuazione delle risorse destinate a

[8] Corte cost. n. 169/2017, p. to 9.3.2 del *Considerato in diritto*.

[9] Sia consentito rinviare qui a riflessioni già svolte in *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo*, 1, 2020, p. 240 ss.

[10] Cfr. ancora Corte cost. n. 169/2017, p. to 9.3.2 del *Considerato in diritto.*

sostenere la spesa[11] – sanitaria e anche di altra natura – non produce i suoi effetti esclusivamente a livello contabile, ma si estende anche nei confronti della previsione costituzionale, che è posta a salvaguardia del principio di eguaglianza in un sistema di differenziazione dello Stato sociale, che si realizza in virtù del nostro panorama di istituzioni del territorio: la previsione dei livelli essenziali delle prestazioni.

La competenza ex art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost. – definita dalla Corte in termini di "determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto"[12] – è da intendere come l'insieme delle soglie di prestazioni che lo Stato deve determinare per garantire l'uniformità di trattamento; ma senza che ciò possa escludere "che le Regioni e gli enti locali possano garantire, nell'ambito delle proprie competenze, livelli ulteriori di tutela". In tal senso si sono espresse le sentt. nn. 248/2006, 322 e 200/2009, 207 e 10/2010, e infine 297/2012. La competenza dello Stato è funzionale "ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime (di assistenza sanitaria) inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato", e fin dall'istituzione di questa potestà si è completato questo ragionamento con l'argomento che alle Regioni sarà comunque sempre possibile fornire "con proprie risorse, prestazioni aggiuntive tese a migliorare ulteriormente il livello delle prestazioni, oltre la soglia minima uniforme prescritta dalla legge statale"[13], restando "integra la potestà stessa della Regione di sviluppare ed arricchire il livello e la qualità delle prestazioni garantite dalla legislazione

[11] A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 8, osserva che l'esclusività crescente, appannaggio del Ministero dell'economia e delle finanze, delle scelte finanziarie e la sua diretta ricaduta sulla fruizione delle prestazioni sociali hanno finito per affinare e rendere più incisivo negli ultimi anni il controllo sulle leggi, il quale frequentemente si è concentrato sull'istruttoria delle leggi ad alta valenza finanziaria.

[12] Corte cost. nn. 121/2014, 322/2009, 168 e 50/2008 e 387/2007.

[13] Corte cost. n. 387/2007, p.to 5.1 *Considerato in diritto*.

Una recentissima decisione ha nuovamente confermato questa impostazione. La sent. n. 91/2020, p. to 4 del *Considerato in diritto*, ha dichiarato la legittimità di una disciplina della Regione Piemonte in materia di servizi sociali, affermando che "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (…) non comporta la regolazione dell'intera disciplina delle materie cui essa possa di fatto accedere, e dunque non esclude (…) che le Regioni e gli enti locali possano garantire, nell'ambito delle proprie competenze, livelli ulteriori di tutela". Essa ha ripreso la sent. n. 222/2013, punto 5 del *Considerato in diritto*, che ha distinto l'azione trasversale della normativa statale che individua la prestazione essenziale da assicurare su tutto il territorio dello Stato, oltre la quale si riespande la generale competenza della Regione sulla materia, da intendersi in forma residuale.

statale, in forme compatibili con quest'ultima"[14]. Tale è il modello astrattamente applicabile a partire dalla disposizione costituzionale: non è mancata poi giurisprudenza costituzionale – anche la sent. n. 6/2019, oltre a quelle già evocate – che ha evidenziato come diventi spesso estremamente difficile per le Regioni garantire quanto ad esse compete, e di conseguenza come diventi "illusorio" l'obiettivo di innalzare le prestazioni sociali al di sopra del livello dell'essenzialità. Si sono presentate situazioni in cui le Regioni hanno addirittura deciso di erogare in maniera parziale le prestazioni dei LEA: ne è un esempio la sent. n. 72/2020, successiva alla decisione qui annotata, in occasione della quale una disciplina della Regione Puglia è stata annullata per avere riservato alcune prestazioni per persone non autosufficienti solo a favore di alcune categorie. Ma nelle situazioni in cui il livello essenziale sia suscettibile di non essere garantito non per una scelta voluta, ma per effetto della maldestra quantificazione delle risorse da parte dell'amministrazione regionale, il rischio è di una compressione del principio di eguaglianza per un meccanismo di errata individuazione dei mezzi idonei a sostenere la spesa: se le risorse sembrano disponibili, quando nella realtà sono verosimilmente inesistenti, la copertura finanziaria risulta inficiata, determinando da un lato squilibrio tra entrate e spese e dunque violazione dell'art. 81 Cost., con riguardo all'obbligo dell'equilibrio di bilancio; e dall'altro incapacità nel garantire i LEA e pertanto violazione dell'art. 117, co. 2, lett. *m*).

La Corte approda così al passaggio finale di questo ragionamento, specificando che mai dovrà esserci ponderazione tra dimensione finanziaria e attuazione dei LEA – che invece può avvenire genericamente per le prestazioni sociali – perché la compatibilità di questi ultimi con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa, e dunque è "necessaria"[15].

Ma a questo punto subentra un ulteriore ordine di considerazioni, quelle relative ai documenti di bilancio che devono quantificare le risorse per i costi dei livelli essenziali, evidenziati con le modalità riferite. Tale ordine di considerazioni apre il discorso al più ampio tema della leale collaborazione, su cui un sistema sanitario regionalizzato deve fondarsi.

---

[14] Corte cost. n. 248/2006, p.to 4.1 *Considerato in diritto*.

Sugli aspetti più specificamente finanziari connessi alla garanzia dei livelli essenziali si rinvia a M. BELLETTI, *Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi, di dettaglio e "virtuoso", ovvero nuove declinazioni dell'unità economica e dell'unità giuridica*, in Issirfa, *Rapporto sulle Regioni*, 2013; A. GRASSO, R. GARGANESE, *La spesa sanitaria delle Regioni e i livelli essenziali di assistenza: un'analisi settoriale*, e G. VIBERTI, *Fabbisogni e sostenibilità nei servizi sanitari regionali: dal monitoraggio alle azioni di sistema*, in *La finanza territoriale. Rapporto 2016*, Ires Piemonte, Milano, 2016.

[15] Corte cost. n. 62/2020, p. to 4.5 del *Considerato in diritto.*

5. I compiti di Stato e Regioni per la tutela della salute: il necessario approccio collaborativo

Affermata la necessità di operazioni di accurata identificazione dei costi delle prestazioni che vanno obbligatoriamente garantite, e di assegnazione di risorse coerenti con quelli, la decisione in commento aggiunge una richiesta che riguarda tanto lo Stato quanto la Regione: l'evidenziazione dei costi di assistenza deve avvenire simmetricamente tanto nel bilancio dello Stato, quanto nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici per raggiungere una "sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione". La corrispondenza delle previsioni nei bilanci dello Stato e delle Regioni richiede dunque a entrambe le parti coinvolte dialogo e trasparenza, in assenza dei quali si producono asimmetrie e spazi per comportamenti non corretti, soprattutto in termini di tecniche ed artifici contabili, da cui derivano poi prestazioni sanitarie carenti.

Lo scenario prospettato dal custode della Costituzione è dunque quello di un sistema articolato in cui la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA dovrebbero svolgersi attraverso l'esercizio coordinato di funzioni: ma la sua analisi va anche oltre la tematica dei LEA, e si sposta sul piano più generale della funzione sanitaria nel suo complesso. E fornisce un quadro di lettura del sistema pubblico di garanzia del diritto alla tutela della salute, che appare portare chiarezza e anche visione rispetto a scelte che, nel presente passaggio istituzionale, sembrano potersi mettere in discussione se non – addirittura – suscettibili di revoca.

L'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi che la decisione ha evidenziato – laddove ha sottolineato che non è sufficiente la garanzia che vi siano le risorse, perché altrettanto necessaria è l'effettiva organizzazione dei servizi a livello del territorio – comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: "quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi. La presenza di due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze. Ciò al fine di realizzare una gestione della funzione sanitaria pubblica efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi 'necessari', inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica"[16].

[16] *Ivi*, punto 4.3 del *Considerato in diritto.*

L'apparato sanitario viene descritto nel suo fisiologico funzionamento tra decisioni dello Stato, che riguardano LEA e risorse; e impegno organizzativo delle istituzioni del territorio, che rispondono alla domanda di assistenza sanitaria dei cittadini. E lo fanno con modalità che, in coerenza con il principio dell'autonomia, predispongono risposte differenziate rispetto al diritto che, tra tutti, la Costituzione qualifica come fondamentale: che dunque non dovrebbe patire compressioni – per effetto di servizi regionali incapaci di garantire i LEA – che possano recare danno alla persona; ma che può fruttuosamente essere soddisfatto secondo soluzioni e criteri che devono essere declinati in ragione delle specificità territoriali.

Ma oltre a ciò, netto è il richiamo alla collaborazione, in difesa della quale tanto la dottrina si è spesa[17]: ma anche la Corte ne sta ripetutamente invocando il rispetto, e specialmente in tema di relazioni finanziarie tra Stato e autonomie differenziate[18]. Il metodo dell'accordo è stato valorizzato in molteplici pronunce recenti, che ripetutamente hanno additato la modalità collaborativa come strada obbligata. Con le sentt. nn. 154/2017, 82 e 19/2015 il giudice delle leggi ha richiesto un autentico confronto[19], in cui le parti sono chiamate ad un dovere di collaborazione. In particolare la prima di esse afferma che la leale collaborazione richiede "un confronto autentico, orientato al superiore interesse pubblico di conciliare l'autonomia finanziaria delle regioni con l'indefettibile vincolo di concorso di ciascun soggetto ad autonomia speciale alla manovra di stabilità, sicché su ciascuna delle parti coinvolte ricade un preciso dovere di collaborazione e di

[17] La quantità delle analisi sul tema è tale da rendere inopportuna una ricognizione: si rinvia al commento di S. LA PORTA, *Incrocio di materie, modulazione temporale degli effetti della sentenza e continuità dell'azione amministrativa: le vie tortuose per un esito prevedibile*, in *Giur. cost*., 6, 2019, che ricostruisce la copiosa dottrina che si è pronunciata sulla leale collaborazione a seguito della lettura emersa per effetto di Corte cost. n. 303/2003.

[18] L'analisi di R. BIN, *L'autonomia finanziaria delle Regioni speciali tra vincoli europei, obbligo di solidarietà e leale cooperazione*, in questa *Rivista*, 3, 2015, in occasione di Corte cost. n. 19/2015, tiene insieme specialità, cooperazione e aspetti finanziari.

[19] Molteplici sono i commenti delle pronunce: per la prima decisione si rinvia a G. D'AURIA, *In tema di contributo alla finanza pubblica da parte delle Regioni*, in *Foro it*., 1, 2018, e F. GUELLA, *Iunge et impera? Legittimità costituzionale ed effetti strutturali del c.d. auto-coordinamento delle Regioni sul riparto delle riduzioni di spesa*, in questa *Rivista*, 6, 2017.

Per la sent. n. 82/2015 v. G. D'AURIA, *Equilibri di finanza pubblica e contributo delle autonomie speciali*, in *Foro it.*, 1, 2016.

Infine in merito alla sent. n. 19/2015, R. BIN sostiene, *L'autonomia finanziaria delle Regioni speciali*, cit., p. 799, che la Corte ha inaugurato una piccola serie di decisioni (sentenze 65, 77, 82 e 89) che hanno cercato "di mettere un po' d'ordine nelle complesse relazioni finanziarie tra lo Stato e le Regioni speciali".

discussione, articolato nelle necessarie fasi dialogiche"[20]. La via negoziale continua a rimanere la strada maestra per un regionalismo virtuoso[21], e ciò ricorre nei richiami effettuati dalla Corte costituzionale sia allo Stato che alle Regioni in un'epoca nella quale, invece, tale paradigma appare particolarmente lontano dalla realtà.

A fronte di un sistema di sanità pubblica che è stato drasticamente ridimensionato e privato di finanziamenti, e di sistemi sanitari regionali dove – per torti talvolta dello Stato, come nel caso della Regione Sardegna, sulla cui situazione sanitaria il medesimo giudice si è espresso aspramente in occasione della già richiamata sent. n. 6/2019; talvolta delle amministrazioni territoriali, come nel caso della pronuncia in esame – le prestazioni che rispondono ai LEA non riescono ad essere erogate, quello delineato dalla decisione n. 62/2020 appare come un modello ideale ma non applicato. E la sfasatura rispetto alla realtà si accentua ancora di più con riferimento all'appello alla leale collaborazione, che nel panorama attuale si è veramente smarrita: le prese di posizione di tutte le autonomie territoriali – dunque non solo quelle regionali – nel travagliato periodo dell'emergenza sanitaria continuano ad attestare un clima di costante contrapposizione, nel quale l'ultimo dei modelli di raccordo istituzionale riconoscibili è quello della leale collaborazione. Tale circostanza ha facilitato la ripresa di proposte accentratrici, che non hanno in realtà mai cessato di circolare: da alcuni anni si invoca da più parti la riconduzione della materia sanitaria al livello statale, come già un recente tentativo di riforma costituzionale aveva cercato di operare.

Ma, come si è evidenziato, su questo la sent. n. 62/2020 fornisce elementi per orientarsi. Il giudice delle leggi non sembra avere dubbi circa la validità della scelta che c'è in Costituzione, e che la presente situazione di pressione sui servizi sanitari regionali non deve mettere in dubbio. L'opportunità che il servizio sanitario pubblico rimanga affidato alle Regioni ha senso però – ammonisce la suprema magistratura – se le risorse per tale funzione continueranno ad essere

[20] Corte cost. n. 154/2017, p.to 4.4.1 del *Considerato in diritto.*

[21] Sia consentito rinviare alle riflessioni sulle modalità collaborative sviluppate in *Perequazione e specialità*, cit.

In tema di metodo negoziale si rinvia inoltre a G. D'AURIA, *Gli equilibri della finanza pubblica nei rapporti fra Stato e autonomie speciali: la "regola dell'accordo" e le sue deroghe*, in *Foro it.*, 12, 2016; G. COSMELLI, *L'"intermittenza" del principio pattizio in alcune recenti pronunce in tema di autonomie speciali*, in *Rass. parl.*, 3, 2015. Si veda inoltre F. GUELLA, *Il principio negoziale nei rapporti finanziari tra livelli di Governo*, in questa *Rivista*, 1-2, 2014, pp. 160 ss., che ha osservato che "con la leale collaborazione la negozialità si è imposta quale risposta specifica (anche) alle esigenze di coordinamento finanziario dinamico" e che "la negozialità nel coordinamento dinamico costituisce principalmente un limite per lo Stato e una garanzia per l'autonomia finanziaria regionale".

adeguatamente determinate ed assegnate in giusta misura alle istituzioni territoriali: queste potranno rispondere al meglio al bisogno di salute delle persone – in questa fase particolarmente esposto all'attacco della natura – se riusciranno ad instaurare un dialogo improntato alla collaborazione con gli apparati centrali, scevro da qualsiasi finalità politica e unicamente volto a reagire all'unisono per il benessere della collettività. La decisione n. 62/2020 ricorda a tutti gli attori coinvolti che la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni "impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario"[22]. La dimensione di socialità delle cure di salute conferma l'importanza del ruolo delle amministrazioni del territorio, a cui la Costituzione affida l'organizzazione di un servizio che va assicurato appunto in ragione dell'appartenenza ad una comunità. Tali amministrazioni devono avvertire la responsabilità relativa a questo servizio, la cui insufficienza mina il benessere di una collettività locale ma anche quello della collettività nazionale: l'attuale situazione, che è di impegnativa e onerosa risposta ad un imprevisto evento di contagio, può attingere da questa presa di posizione della Corte costituzionale le coordinate per procedere ad un'"accordatura" delle strutture sanitarie regionali, cosicché possano affrontare più adeguatamente attrezzate le sfide che si profilano.

[22] Corte cost. n. 62/2020, p. to 4.5 del *Considerato in diritto*.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Nuove precisazioni sulla funzione di autorganizzazione dei Consigli regionali, in una cauta pronuncia della Corte costituzionale*

DIMITRI GIROTTO**

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 22 del 14 febbraio 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0022s-20.html

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione
D. GIROTTO, *Nuove precisazioni sulla funzione di autorganizzazione dei Consigli regionali, in una cauta pronuncia della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in *le Regioni*.

** Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Udine. Indirizzo mail: dimitri.girotto@uniud.it.

1. Contenuto entro livelli percentuali abbastanza ridotti, nell'economia dell'intero contenzioso costituzionale[1], il conflitto intersoggettivo non manca di offrire lo spazio per decisioni le quali, pur muovendosi entro coordinate giurisprudenziali per molti aspetti consolidate, si trovano a risolvere controversie connotate da peculiarità di non poco conto, riferibili non soltanto al caso concreto ma anche ai parametri costituzionali invocati.

Ne è riprova la pronuncia in commento, per quanto la condivisione sulla fondatezza del ricorso potesse risultare persino istintiva, data la (per certi versi) ardita pretesa di un giudice amministrativo di dettare i puntuali criteri per la composizione di una commissione del Consiglio regionale pugliese.

Nel caso di specie, la strada per l'accoglimento del ricorso proposto dalla Regione era anche facilitata da un precedente giurisprudenziale della Corte di cassazione[2], sorretto da congrua motivazione; come si dirà, il giudice costituzionale ha preferito un percorso argomentativo parzialmente diverso, allontanandosi dal tracciato dell'art. 122 comma quarto Cost. per non esporsi all'obiezione – soprattutto formale[3] – della inesistenza, nel caso considerato, di "voti espressi" nell'esercizio delle funzioni dei consiglieri regionali, e bensì radicando solidamente il *decisum* sugli art. 114, 117 e (soprattutto) 121 Cost.

Il richiamo a principi di carattere generale (autonomia regionale, spettanza della funzione legislativa alle Regioni, riconoscimento di funzioni riservate al Consiglio

[1] Leggendo la relazione del Presidente della Corte costituzionale relativa all'anno 2019 (in www.cortecostituzionale.it), con riguardo all'allegato dedicato ai "dati quantitativi e di analisi", si può riscontrare che il conflitto tra enti, nella totalità delle decisioni adottate ogni anno dalla Corte, occupa una percentuale che varia (negli ultimi quindici anni, 2005-2019) dal 1,9% al 5,82%. La soglia del 5%, nei tre lustri considerati, è stata superata solo nel 2007 e nel 2016.

[2] Il riferimento è a Cass. civ., Sez. un., 3 marzo 2016, n. 4190, con la quale la Suprema Corte dichiara il difetto assoluto di giurisdizione in merito alla impugnazione di alcuni provvedimenti, recanti, in particolare, lo scioglimento della Prima commissione assembleare permanente dell'Assemblea Regionale Siciliana, il verbale di una seduta della Commissione per il regolamento interno e la ricostituzione della medesima Prima commissione.

[3] L'obiezione appare di carattere formale perché il richiamo dell'art. 122 comma quarto Cost. a "voti" e "opinioni" non sembra dover escludere decisioni assunte da un organo monocratico, quale il Presidente del Consiglio regionale, che è prima di tutto un consigliere, il quale adempie ad un incombente previsto dal regolamento interno del Consiglio. A ragionare altrimenti, solo le decisioni di organi collegiali, in quanto votate, dovrebbero essere incluse nell'ambito di esplicazione della guarentigia costituzionale. Per completezza, il verbale in oggetto reca comunque l'esito di alcune votazioni, riguardanti l'elezione del Presidente, del Vicepresidente e del Segretario della Commissione; anche di tali deliberazioni veniva chiesto annullamento nel procedimento giurisdizionale amministrativo.

regionale), quali quelli espressi dalle norme appena citate, avvicina inevitabilmente la posizione del Consigli regionali a quella delle Camere, benché la Corte, nella decisione in commento, sia attenta a ridimensionare l'accostamento a quanto strettamente necessario, dando luogo ad una pronuncia che esprime un approccio diremmo quasi minimalista, mutuando l'espressione dagli scritti di autorevole dottrina statunitense[4]; opportunamente minimalista, ci si permette di aggiungere, posta la varietà e l'imprevedibilità della casistica che il contenzioso ha proposto e può offrire in futuro.

2. Il caso: un gruppo di consiglieri della Regione Puglia contesta, avanti il giudice amministrativo, la decisione del Presidente del Consiglio regionale riguardante la composizione di una commissione consiliare. Il Tar Puglia accoglie il ricorso[5], sul presupposto che la decisione del Presidente non rappresenterebbe un atto politico sottratto al controllo giurisdizionale, bensì un atto sindacabile assumendo a parametro la pertinente disposizione del regolamento interno del Consiglio regionale[6]; di qui l'accoglimento della domanda di annullamento proposta dai consiglieri, accompagnata da ampia e articolata illustrazione delle modalità di applicazione del metodo proporzionale nella composizione della commissione consiliare, pur con la premessa – sostanzialmente disattesa come nei passaggi

[4] Il richiamo è soprattutto alla nota teoria di C. SUNSTEIN, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999 (successivamente sviluppata in numerosi altri contributi), alla base della quale vi è l'idea che in determinate circostanze sia preferibile che le decisioni giudiziali siano caratterizzate da *narrowness* (cioè volte alla decisione del singolo caso, senza pretesa di fissare principi generali), e *shallowness* (non "profonde" quanto alla motivazione). Per una recente riproposizione, nella dottrina italiana, delle tesi di Sunstein, e sui possibili vantaggi di un approccio minimalista nella giustizia costituzionale v. le interessanti considerazioni di M. MASSA, *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in (a cura di) C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 524 ss.

[5] Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 febbraio 2019, n. 260.

[6] Il giudice amministrativo non ignora la giurisprudenza costituzionale sulla funzione di autorganizzazione dei consigli regionali; tuttavia, muovendo da una disamina delle teorie relative agli atti politici e alla loro distinzione con gli atti amministrativi, specie sotto il profilo della loro sindacabilità, il Tar dubita che la non impugnabilità degli atti politici, richiamata anche dall'art. 7 del codice del processo amministrativo, possa riguardare atti dell'amministrazione regionale, ed in ogni caso richiama la sentenza della Corte costituzionale 5 aprile 2012, n. 81, di cui si dirà, per affermare la sindacabilità del verbale impugnato, del quale ultimo disconosce anche la natura di atto di alta amministrazione (natura, questa, che comunque non ne precluderebbe la sindacabilità giurisdizionale).

successivi della sentenza – secondo cui "l'esercizio della funzione giurisdizionale non può sostituirsi all'esercizio dell'attività amministrativa"[7].

Nel momento in cui il ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dalla Regione Puglia passa in decisione, la pronuncia del giudice di prime cure ha già formato oggetto di sospensione cautelare ad opera del Consiglio di Stato, il quale ha non sorprendentemente invocato il rispetto del principio di separazione dei poteri di fronte a "*interna corporis* organizzativi di un organo a competenza legislativa" [8].

Verrebbe da chiedersi perché detto principio venga totalmente accantonato dal tribunale amministrativo nella pronuncia che dà origine al conflitto intersoggettivo; si può addurre non a giustificazione, ma a parziale attenuante, la pur erronea pretesa di far derivare la sindacabilità dell'atto di nomina della commissione consiliare dalle argomentazioni addotte in una precedente e nota decisione della Corte costituzionale, resa però in merito alla applicazione del principio di tutela di genere in sede di nomina dei componenti di una giunta regionale[9].

In quella sede, la Regione Campania si doleva di due pronunce del Tar e del Consiglio di Stato, aventi ad oggetto la nomina dei componenti la Giunta regionale campana: nomina censurata dal giudice amministrativo in ragione del mancato rispetto del principio della parità di genere, tra l'altro codificato, a tacere dei parametri costituzionali, da una disposizione dello Statuto regionale.

Radicato, dalla Regione Campania, un conflitto di attribuzione sul presupposto della insindacabilità di una decisione politica, quale quella adottata dal Presidente della Giunta regionale ex art. 122 Cost., quinto comma, in sede di nomina degli

[7] Il Tar si dilunga, "in termini di rigorosa applicazione dell'art. 9 del regolamento interno", sulle "modalità di applicazione del metodo proporzionale", proponendo, senza peraltro darne compiuta spiegazione, che i gruppi consiliari siano suddivisi in due macrogruppi (gruppi che hanno certamente diritto, in ragione della loro consistenza numerica, ad almeno un posto nella Commissione, e gruppi che hanno un numero teorico di rappresentanti, calcolato sulla base di una proporzione aritmetica, da zero ad uno). Di qui, con ulteriori calcoli, e tenendo conto del numero massimo di componenti della Commissione fissato dal regolamento interno (dodici), una suddivisione tra i gruppi consiliari all'esito della quale il gruppo ricorrente beneficerebbe di un incremento, rispetto alla impugnata, decisione del Presidente, passando da uno a due componenti.

[8] Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2019, n. 3426.

[9] È la già citata Corte cost. n. 81/2012, alla quale la dottrina ha dedicato molta attenzione (cfr. ad esempio, M. BELLETTI, *«Torniamo allo Statuto»... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in questa *Rivista*, 2012, 5-6/2012, 1016 ss.)

assessori, la Corte affermava che "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate"[10].

Nel caso, la Corte, confermando l'impostazione del giudice amministrativo, riteneva che il legislatore statutario campano avesse inteso circoscrivere i margini di scelta del Presidente della Giunta, non disconoscendo la natura politica della decisione, ma affermandone la sindacabilità sulla base delle disposizioni dello Statuto regionale; di qui l'inammissibilità del conflitto, che si traduceva in una censura volta a far emergere un mero *error in iudicando* in merito alla interpretazione della disposizione regolamentare, non già uno straripamento del giudice amministrativo.

In termini di pretesa analogia, l'impostazione odierna del Tar Puglia, sottoposta al vaglio del giudice costituzionale, sottende una proporzione verbale, nella misura in cui la previsione dello statuto campano "starebbe" alla nomina degli assessori (nel precedente citato) come la previsione regolamentare riguardante la composizione della commissione consiliare starebbe (nella controversia odierna) alla designazione dei componenti; da questo assunto verrebbe dedotta l'assoggettabilità di entrambi gli atti al controllo giurisdizionale.

Valida, per certi aspetti, la proporzione (perché la norma del regolamento consiliare non è *inutiliter data*, orientando il Presidente del Consiglio regionale nella designazione dei componenti la commissione consiliare; semmai si potrebbe discutere sulla maggiore o minore discrezionalità della applicazione del principio di proporzionalità tra le forze politiche rispetto al principio di tutela dell'eguaglianza di genere), non è però corretta l'inferenza: vi osta la prerogativa dell'insindacabilità costituzionalmente riconosciuta ai consigli regionali in merito alla rispettiva organizzazione, e viceversa non sussistente in favore del Presidente della Giunta ai fini della nomina degli assessori.

3. Per inquadrare il tema, un riferimento necessario, nella giurisprudenza costituzionale, è dato dalla recente sentenza n. 43 del 2019[11]: in quella evenienza,

[10] Cfr. punto 4.2 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 81/2012 cit.

[11] Corte cost., 8 marzo 2019, n. 43, annotata, in uno con l'ordinanza n. 15/2019, da P. GIANGASPERO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali: alcune conferme e qualche (parziale) novità in due decisioni della Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 2019, 764 ss.

discutendosi della sindacabilità degli atti di affidamento dell'incarico di Capo di Gabinetto del Presidente dell'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna, la Corte ha affrontato la problematica della definizione della potestà di autoorganizzazione del Consiglio regionale, affermando che "il consigliere regionale non può essere chiamato a rispondere del voto dato in sede di Assemblea legislativa per approvare un atto normativo, quale la legge regionale, e di quello espresso in sede di Ufficio di Presidenza del Consiglio che abbia condotto all'adozione di un delibera di quest'ultimo, …, che sia strettamente collegata alla sua organizzazione e più in generale all'organizzazione del Consiglio con carattere di essenzialità e diretta incidenza, tale che, in sua mancanza, l'attività del Consiglio o del suo Ufficio di Presidenza sarebbe menomata o ne sarebbe significativamente incisa"[12].

Se queste affermazioni avessero l'obiettivo di compendiare l'intero ambito della prerogativa dell'insindacabilità dei consiglieri regionali, rimarrebbe estranea alla categoria degli atti di autoorganizzazione la designazione dei componenti di una commissione consiliare, anche se tale designazione formasse oggetto di una deliberazione; diversa tuttavia è la ricostruzione se, non limitando l'analisi alla citata formula di sintesi, si pone mente ai precedenti giurisprudenziali menzionati nella pronuncia n. 43 cit., e non a caso richiamati anche nella decisione in commento.

In questa ultima occasione la Corte unisce alle proprie precedenti affermazioni circa le funzioni consiliari attratte dalla prerogativa di cui all'art. 122 Cost. quarto comma - tra le quali viene inclusa la funzione di autoorganizzazione - alcuni riferimenti mutuati dalla giurisprudenza relativa al diritto parlamentare, riguardanti la definizione dell'autonomia organizzativa quale potestà di darsi propri regolamenti e di garantirne, altrettanto autonomamente, l'interpretazione e l'applicazione[13].

Così, dalla sentenza n. 69 del 1985, nella quale in modo forse sbrigativo si afferma che la funzione la funzione di autoorganizzazione interna è "pacificamente riconosciuta al Consiglio regionale al pari che ai due rami del Parlamento", passando per il riferimento al "nucleo caratterizzante delle funzioni consiliari" (in cui la funzione di autoorganizzazione rimane inclusa) di cui alla sentenza n. 289 del 1997, si perviene alla pronuncia n. 262 del 2017 in tema di autodichia parlamentare, nella quale viene per vero richiamato un principio già affermato nella importante sentenza n. 129 del 1981, quando la Corte precisò che ad alcuni organi costituzionali (nel caso, le due Camere e il Presidente della Repubblica)

[12] Cfr. punto 10 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 43/2019 cit.

[13] Sulla limitata sindacabilità della applicazione delle previsioni dei regolamenti delle Camere v., per tutti, L. GIANNITI- N. LUPO, *Corso di dritto parlamentare*, Bologna, III ed., 2018, in particolare 59-60.

"compete la produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l'assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi", con l'aggiunta che l'autonomia "non si esaurisce nella normazione, bensì comprende - coerentemente - il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza"[14].

Gli elementi di novità della decisione in commento non si esauriscono, tuttavia, nella insistita combinazione degli elementi giurisprudenziali sopra richiamati, ma si rinvengono anche nel loro inquadramento generale e parametrico: la Corte non accoglie, come già ricordato, le censure collegate all'art. 122 Cost. quarto comma, ma si richiama al "trittico" formato dagli artt. 114, 117 e 121 Cost., cioè dall'affermazione dell'autonomia della Regione, coniugata al riconoscimento della potestà legislativa e all'attribuzione al Consiglio della funzione legislativa e delle altre funzioni conferitegli dalla Costituzione e dalle leggi.

È interessante ricordare che, nel ricorso introduttivo, a questi parametri veniva affiancato anche l'art. 123 Cost., quale disciplina del contenuto degli Statuti regionali; nella prospettazione della Regione ricorrente l'invocazione del parametro era preordinata a supportare il fondamento del potere consiliare di autoregolamentazione (nel caso di specie, previsto esplicitamente dallo Statuto pugliese)[15]. Ad avviso del giudice costituzionale, però, non è necessaria l'esplicitazione di tale potere nello Statuto, dovendo piuttosto configurarsi il medesimo come un *implied power*, stante il suo carattere strumentale all'esercizio in modo efficiente delle funzioni caratteristiche del Consiglio regionale.

4. Argomentando, nei passaggi motivazionali sopra citati, la sussistenza del potere di autorganizzazione indipendentemente dalla sua disciplina in una specifica fonte, la Corte si svincola dalla nota problematica che ha caratterizzato la pregressa giurisprudenza sulla insindacabilità dei voti e delle opinioni dei consiglieri regionali, nella quale assumeva rilievo, soprattutto con riguardo alle funzioni amministrative dei Consigli, la distinzione tra quelle attribuite con legge statale piuttosto che con legge o regolamento regionale[16].

[14] Cfr., rispettivamente, Corte cost. 20 marzo 1985, n. 69, punto 3 del *Considerato in diritto*; Corte cost. 30 luglio 1997, n. 289, punto 3 del *Considerato in diritto*; Corte cost. 13 dicembre 2017, n. 262, punto 7.3 del *Considerato in diritto*; e Corte cost. 10 luglio 1981, n. 129, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[15] Il ricorso è pubblicato in G.U., I serie speciale, 29 maggio 2019, n. 22.

[16] Per la tesi secondo la quale la prerogativa costituzionale sarebbe riferibile "a qualunque funzione (anche a quelle di incerta qualificazione dogmatica) legittimamente attribuita all'assemblea rappresentativa, quale che sia la fonte dell'attribuzione" cfr. A. AMBROSI, *I consiglieri regionali*, in (a cura di) R. ORLANDI-A. PUGIOTTO, *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, 2005, 212. La tesi è ripresa da P. GIANGASPERO,

Il giudice costituzionale si mostra comunque attento a non legittimare letture estensive della prerogativa regolamentare interna, o meglio della esenzione di questa dal controllo giurisdizionale: la funzione di autoorganizzazione è sottratta al vaglio del giudice in quanto coessenziale alla potestà normativa principale, cioè a quella legislativa, e non perché disciplinata da una fonte particolare; né in quanto attratta ad una generalizzata nozione di *interna corporis acta*[17].

In questa argomentazione emerge l'impronta minimalista della pronuncia, nella quale si evita un approccio affatto analogo a quello che il giudice costituzionale segue in merito all'autonomia regolamentare delle Camere; coerentemente, neppure è possibile, da questa pronuncia, trarre indicazioni definitive quanto alla definizione degli *interna corporis* consiliari (non è un caso che l'espressione venga utilizzata una sola volta nel *Considerato in diritto*, e per di più nel contesto di una citazione della pronuncia cautelare del Consiglio di Stato). Sotto questo profilo, non sembra immaginabile, per fare un esempio, sottoporre al vaglio del giudice amministrativo una questione interpretativa riguardante una norma regolamentare che disciplini la funzione di indirizzo politico[18]; per converso, come dapprima precisato, l'inclusione di una funzione amministrativa nel regolamento consiliare non sarebbe da sola sufficiente a giustificarne l'esenzione dal controllo giurisdizionale.

L'insindacabilità dei consiglieri regionali, cit., 772-775, il quale evidenza, sotto questo profilo, alcuni elementi di novità nella sentenza n. 43/2019 cit.

[17] La nozione di *interna corporis acta*, nata e sviluppatasi con riferimento alle Camere, viene ripresa da certa giurisprudenza: cfr., ad es. Consiglio di Stato sez. IV, 24/03/2004, n.1559, secondo il quale l'inosservanza di una disposizione del regolamento interno del Consiglio regionale relativa al procedimento di approvazione di una legge, "ancorché pertinente all'esercizio di una funzione di rilievo costituzionale quale quella legislativa, non determina l'illegittimità costituzionale della legge, ma va ascritta alla categoria degli *interna corpori*s del consiglio regionale, come tale irrilevante all'esterno e, in ogni caso, non censurabile nelle forme selezionate dall'odierno ricorrente"; *idem* Consiglio di Stato sez. IV, 10/08/2004, n.5499, e T.A.R. Napoli, (Campania) sez. II, 07/10/2010, n.18016: "l'eventuale inosservanza delle norme regolamentari interne del consiglio regionale, che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi e la facoltà di presentare emendamenti - peraltro non espressamente dedotta - non è in grado di determinare l'illegittimità costituzionale della legge, in quanto vengono in rilievo norme aventi valore di normazione secondaria ed ascrivibili alla categoria degli *interna corporis* del consiglio regionale, come tali irrilevanti all'esterno". In tema v., a titolo esemplificativo, F. CORVAJA, *Le regioni a statuto ordinario. L'autonomia statutaria e l'organizzazione fondamentale*, in (a cura di) R. BIN-G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, II ed., 2018, 196.

[18] Nel senso che la insindacabilità sia riferibile anche alla funzione di controllo e di indirizzo politico A. AMBROSI, *I consiglieri regionali,* cit., 209. Cfr. anche F. CORVAJA, *Le regioni a statuto ordinario,* cit., 201.

Il solo dato che emerge con nettezza è per concludere, la naturale strumentalità della funzione di autoorganizzazione: caratteristica che può affrancare la medesima dalla verifica di un giudice entro i confini di esercizio delle sole funzioni costituzionali indefettibili del Consiglio. A sua volta, però, anche questo assunto si regge su determinati presupposti, primo fra tutti la possibilità di individuare senza incertezze le ridette funzioni: al riguardo, il discorso potrebbe essere ancora lungi dal concludersi, se ad esempio si pone mente al dibattito sulla copertura costituzionale e sulla eventuale autonomia della funzione ispettiva rispetto alle funzioni di controllo e indirizzo politico[19], o sulla configurabilità, in termini di funzione autonoma, delle attività e decisioni con le quali il Consiglio regionale interviene nella fase di elaborazione delle norme dell'Unione europea[20].

[19] Problema ampiamente esplorato, quello relativo alla autonomia o strumentalità della funzione ispettiva. Per tutti, a favore della prima impostazione G. AMATO, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, 1968, 15-19; per la tesi della strumentalità, prevalente in dottrina, A. MANZELLA, *Osservazioni sui controlli parlamentari*, in A.A.V.V., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Milano, 1969, 350-357.

[20] Quanto alle assemblee elettive nazionali, l'esperienza successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha consentito di enucleare (o meglio di rafforzare) una distinzione tra gli atti parlamentari rivolti al Governo nella fase ascendente, che mantengono la loro riconducibilità alla funzione di indirizzo politico (qui, se si vuole, cfr. D. GIROTTO, *Parlamento italiano e processo normativo europeo*, Napoli, 2009, in particolare, 259 ss.) e le numerose (anche se non sempre praticate) forme di interlocuzione diretta con le autorità europee (controllo sulla applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, dialogo politico, ulteriori interventi riguardanti modifiche alle previsioni dei Trattati …), rispetto alle quali prevalgono elementi di originalità, tali da precludere una piena assimilazione alla citata funzione. Sulla evoluzione del ruolo dei Parlamenti nazionali post Trattato di Lisbona è d'obbligo il riferimento ad A. MANZELLA-N. LUPO, *Il sistema parlamentare euronazionale. Lezioni*, Torino, 2014. Si può discutere se tali conclusioni siano estensibili ai Consigli regionali, ai quali, secondo la legge n. 234/2012, compete la formulazione di "osservazioni" alle Camere sulle proposte di atti normativi comunitari, anche in tema di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà; il limitato coinvolgimento delle assemblee regionali nella fase ascendente non toglie, però, che la loro interlocuzione con le Camere, soprattutto qualora non venga "mediata" dalle Giunte regionali (e sul punto le previsioni degli Statuti regionali prevedono soluzioni variegate; v., se consentito, D. GIROTTO, *I rapporti con l'Unione europea e i rapporti internazionali delle Regioni,* in (a cura di) R. BIN-G. FALCON, *Diritto regionale*, cit., 363 ss.), si allontani dall'esercizio della funzione di indirizzo politico come classicamente configurata.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Regioni e credito: scacco matto in due mosse

ANDREA MAGLIARI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 17 del 13 febbraio 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0017s-20.html

Sommario

1. La riforma del credito cooperativo e la pronuncia della Corte costituzionale. – 2. Le sorti delle competenze regionali in materia creditizia «sotto scacco». – 2.1. *Prima mossa*: le riforme del credito cooperativo e delle banche popolari e l'impatto sull'ambito *soggettivo* di applicazione delle attribuzioni regionali. – 2.2. *Seconda mossa*: le riforme della vigilanza bancaria europea e l'impatto sull'ambito *oggettivo* di esercizio delle attribuzioni regionali. – 3. *Scacco matto*: lo svuotamento delle attribuzioni regionali tra limiti di sistema e spinte de-territorializzanti.

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione

A. MAGLIARI, *Regioni e credito: scacco matto in due mosse*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatore t.d. in Diritto Amministrativo nella Scuola IMT Alti Studi Lucca. Indirizzo mail: andrea.magliari@imtlucca.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. La riforma del credito cooperativo e la pronuncia della Corte costituzionale

Con la sentenza n. 17 del 2020 la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza del ricorso per conflitto di attribuzione tra enti sollevato dalla Regione Siciliana a fronte di un provvedimento con cui la Banca d'Italia aveva disposto, unilateralmente e senza coinvolgere gli uffici regionali siciliani, lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo e la nomina degli organi straordinari di una banca di credito cooperativo stabilita in Sicilia.

La Regione Siciliana, ritenendo menomata la propria sfera di competenza in materia di vigilanza bancaria, aveva sollevato conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale lamentando la violazione degli artt. 17 e 20 del proprio Statuto e degli artt. 1 e 5 del d. lgs 29 ottobre 2012, n. 205, recante "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana in materia di credito e risparmio"[1]. In particolare, ad avviso della ricorrente l'impugnato provvedimento si palesava in contrasto con l'art. 5 del d. lgs n. 205/2012, nella parte in cui prevede che «per le *banche a carattere regionale* [enfasi aggiunta] i provvedimenti riguardanti lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo, la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la liquidazione coatta amministrativa (…) sono adottati, ove la Banca d'Italia ne faccia proposta, con decreto dell'assessore regionale per l'economia».

Con la sentenza in epigrafe, la Corte rigetta le doglianze della ricorrente ritenendo non più sussistente la competenza regionale ad adottare un siffatto provvedimento nei confronti di un ente creditizio che, a seguito dell'intervenuta riforma del credito cooperativo[2] e della conseguente adesione a un gruppo bancario cooperativo di rilevanza nazionale, non poteva più qualificarsi alla stregua di una «banca a carattere regionale».

Nella motivazione della sentenza, tale conclusione poggia su due argomenti.

---

[1] Sulla disciplina siciliana in materia di credito e risparmio, cfr. N. SAITTA, *La disciplina del credito e del risparmio nelle Regioni*, Milano, 1974, spec. 34 ss.; F. BELLI (a cura di), *Credito e regioni a statuto speciale. Il caso siciliano. Saggi e materiali*, Milano, 1986. Sul d. lgs n. 205/2012, G. ARMAO, *Le nuove norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana in materia di credito e risparmio*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2015, 21. Sull'autonomia speciale della Regione Siciliana, G. LA BARBERA, *Lineamenti di diritto pubblico della Regione Siciliana*, Milano, 1975 e, più di recente, A. RUGGERI, G. VERDE, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione siciliana*, Torino, 2012.

[2] Si tratta del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, conv., con modificazioni, in l. 8 aprile 2016, n. 49. Sui tratti essenziali della riforma ci si limita qui a rinviare a I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017; S. AMOROSINO, *Le riforme delle banche cooperative tra Costituzione, regulation europea e scelte politico-legislative nazionali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 3, 252.

Innanzitutto, l'inapplicabilità della disciplina siciliana discende, già sul piano letterale, dalla stessa definizione normativa di «banca a carattere regionale» contenuta all'art. 1, co. 3 del d. lgs n. 205/2012, nella parte in cui prevede che, laddove l'istituto appartenga a un gruppo bancario, il carattere regionale deve essere accertato anche in relazione alle altre componenti bancarie del gruppo e alla capogruppo. Sarebbe, cioè, la stessa fonte statutaria a determinare la perdita della qualifica regionale di quegli istituti che, in ottemperanza agli obblighi previsti dalla riforma del credito cooperativo, hanno aderito a un gruppo di rilevanza nazionale.

L'esame della Corte non si arresta tuttavia all'inequivoco dato normativo, e si spinge a indagare – seppur assai sbrigativamente – la *ratio* e le finalità che hanno ispirato la riforma del credito cooperativo (BCC). Il giudice costituzionale ritiene infatti non condivisibile l'interpretazione avanzata dalla Regione, secondo la quale l'appartenenza a un gruppo nazionale non può, di per sé sola, avere l'effetto di disancorare il singolo ente cooperativo dal territorio in cui esso ha sede, privandolo della sua natura sostanzialmente locale.

Per la Corte, «se è pur vero che la riforma introdotta nel 2016 ha inteso salvaguardare lo scopo mutualistico delle BCC e, entro certi limiti, gli spazi di autonomia gestionale delle singole banche, tuttavia, tali circostanze non determinano la conservazione del carattere regionale della banca in esame, a fronte del dato normativo delle disposizioni di attuazione statutaria e della disciplina introdotta dal d.l. n. 18 del 2016»[3]. La diversa tesi prospettata dalla ricorrente si paleserebbe, cioè, in contrasto con l'impianto e le finalità della riforma, nella parte in cui questa attribuisce alla capogruppo poteri di coordinamento e di direzione strategica degli enti affiliati in vista della realizzazione di un comune progetto imprenditoriale.

Sebbene imperniata sulla definizione di una questione di apparente dettaglio, la sentenza offre l'occasione per riflettere, in termini più ampi, sulle sorti – tutt'altro che magnifiche e progressive – delle competenze regionali in materia creditizia alla luce di alcune recenti novità che hanno interessato, d'un lato, il settore delle banche popolari e del credito cooperativo e, dall'altro, gli assetti della regolazione bancaria europea.

2. Le sorti delle competenze regionali in materia creditizia «sotto scacco»

Come si diceva, la questione affrontata dalla Corte costituzionale risulta fondamentalmente circoscritta all'accertamento dell'insussistenza del presupposto soggettivo su cui si fondano i poteri amministrativi regionali: una volta esclusa la natura regionale dell'istituto, la Corte ha gioco facile nel rigettare il ricorso della

[3] Corte cost., sent. n. 17/2020, punto 4.3.1. del *Considerato in diritto*.

Regione Siciliana e nel riconoscere che spettava allo Stato e, per esso, alla Banca d'Italia, di adottare il provvedimento oggetto di contestazione.

Ancorché pervenga a una soluzione condivisibile della controversia, ci pare nondimeno che la Corte abbia preferito il *commodus discessus* offerto dalla disciplina di attuazione statutaria siciliana rispetto alla più impervia via dell'analisi della conformità delle attribuzioni regionali in materia rispetto al mutato quadro normativo. Vero è che – come vedremo a breve – la definizione del presupposto della banca regionale assume un rilievo fondamentale ai fini della delimitazione delle competenze regionali in materia. Nondimeno, dalla lettura della sentenza si ha come l'impressione che il ragionamento del giudice costituzionale si sia arrestato alle soglie del problema di fondo che invariabilmente informa il tema del rapporto tra regioni e credito, almeno a partire dalla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo. Trattasi, come noto, della difficoltà di conciliare le attribuzioni regionali in materia creditizia con l'assetto normativo, nazionale e sovranazionale, risultante dal processo di integrazione europea.

Si rammenta del resto come, esattamente trent'anni fa, la Corte costituzionale avesse già espressamente riconosciuto la pressante esigenza «di procedere a un riesame sistematico dei poteri regionali (e provinciali) in materia di credito sia al fine di rendere coerente il complesso corpo normativo esistente nel settore, sia, con specifico riferimento alle autonomie differenziate, al fine di eliminare le profonde e spesso ingiustificate disparità di disciplina tra regione e regione». Per il giudice costituzionale, tale riesame risultava «tanto più urgente alla luce delle attuali vicende evolutive del sistema bancario italiano, caratterizzate da un generale ampliamento dei mercati creditizi (…) e dall'inserimento degli istituti di credito italiani nella più ampia cornice della Comunità economica europea»[4].

Ebbene, rispetto a quegli anni, l'attuale ordinamento del credito può dirsi ormai integralmente plasmato dal diritto dell'Unione europea, non solo con riguardo al sistema di regole sostanziali che disciplinano i soggetti bancari, la loro organizzazione interna e le rispettive attività, ma anche in relazione all'esercizio delle funzioni amministrative di vigilanza, le quali risultano oggi per lo più trasferite a livello sovranazionale, nel quadro di un sistema amministrativo comune al cui vertice è posta la Banca centrale europea.

Ciò premesso, sembra allora lecito svolgere alcuni ragionamenti che, traendo origine dalla particolare vicenda qui in esame, provino a testare l'attuale «stato di

[4] Corte Cost., sent. n. 525/1990.

salute» di una competenza – quella regionale in materia bancaria – da tempo ritenuta in declino[5], e prossima all'estinzione[6].

L'indagine si svolge lungo due direttrici: la prima accerta l'impatto delle riforme del credito cooperativo e delle banche popolari sull'ambito *soggettivo* di applicazione delle competenze regionali; la seconda verifica l'incidenza del diritto dell'Unione europea sulla definizione dell'ambito *oggettivo* di esercizio di tali attribuzioni.

2.1 *Prima mossa*: le riforme del credito cooperativo e delle banche popolari e l'impatto sull'ambito *soggettivo* di applicazione delle attribuzioni regionali

Giova innanzitutto precisare che, nella prospettiva della presente indagine, la questione della delimitazione dei poteri regionali in materia bancaria si pone tanto nelle regioni ordinarie, quanto – soprattutto – in quelle ad autonomia speciale. Sul punto, si ricorderà che mentre per queste ultime i rispettivi Statuti hanno previsto sin da principio una competenza legislativa concorrente[7], per le regioni ordinarie l'attribuzione di una competenza legislativa concorrente in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale» ha trovato riconoscimento solamente a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001.

In entrambi i casi, e nonostante le iniziali incertezze suscitate dalla (assai discutibile) formulazione della nuova materia nel testo costituzionale riformato[8], si

[5] F. MAZZINI, *Il declino dei poteri delle Regioni a Statuto speciale in materia creditizia nella prospettiva del completamento del mercato interno europeo*, in questa *Rivista*, 1991, 963.

[6] Come segnalato all'indomani delle sentt. della Corte Cost. n. 1141 e 1147/1988 da M. CLARICH, *L'ente creditizio regionale: una specie in via di estinzione?*, in questa *Rivista*, 1990, 731.

[7] Con la sola eccezione della Valle d'Aosta, che dispone di una potestà legislativa di mera integrazione e attuazione (art. 3, Statuto della Valle d'Aosta), nelle altre regioni a statuto speciale è prevista una competenza legislativa secondaria (o concorrente). Si vedano, oltre all'art. 17 dello Statuto siciliano, l'art. 5 dello Statuto del Friuli-Venezia Giulia, l'art. 4 dello Statuto della Sardegna e l'art. 5 dello Statuto del Trentino-Alto Adige. Sulle competenze delle autonomie speciali in materia di credito e risparmio, cfr. C. MORTATI, *Limiti al potere della Regione Trentino-Alto Adige nell'ordinamento degli enti di credito*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1009; N. SAITTA, *op. cit.*, spec. 95 ss.; V.D. GESMUNDO, *Regioni a Statuto speciale*, in P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, III, 1996, 2268 ss.

[8] In senso critico rispetto alla formulazione della nuova competenza cfr. almeno CASSESE, *Mercati finanziari, Stato e regioni*, in *Banca impresa società*, 2003, 3; R. COSTI, *Regioni e credito: profili istituzionali*, in *Banca impresa società*, 2003, 9; A. PISANESCHI,

deve riconoscere che la definizione in concreto dello spazio di intervento regionale dipende dalla presenza (*rectius*: dalla stessa *esistenza*) sul territorio regionale di enti creditizi che possano qualificarsi, appunto, come banche a carattere regionale.

Diviene allora fondamentale verificare se, a seguito della riforma del credito cooperativo e dell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, la competenza regionale in materia bancaria debba considerarsi, o meno, esaurita per sopravvenuta inesistenza del suo oggetto.

Sebbene sul punto la Corte proceda frettolosamente, pare difficile sostenere che quanto rilevato in merito alla *ratio* della riforma del credito cooperativo costituisca un mero *obiter dictum*, una affermazione incidentale volta unicamente a rafforzare sul piano ermeneutico il dato ricavabile dalla lettura della disposizione siciliana. Piuttosto, le considerazioni relative alle specificità del nuovo gruppo cooperativo e al ruolo di direzione e di coordinamento assegnato alla capogruppo sembrano racchiudere un principio di diritto applicabile anche all'infuori del caso espressamente preso in esame.

Se questa è l'interpretazione della Corte, ci pare tuttavia che una siffatta conclusione avrebbe meritato un maggior approfondimento. Vero è che, come è stato criticamente osservato in dottrina, la riforma del 2016 ha inciso «negativamente sulla prerogativa di una "specificità operativa" orientata al territorio», proprio in quanto «la struttura del gruppo opera uno spostamento dell'asse decisionale del governo dalla persona del socio all'azione della capogruppo»[9]. Al contempo, tuttavia stupisce che il ragionamento della Corte non abbia tenuto minimamente conto di quanto testualmente previsto dallo stesso legislatore statale del 2016 all'art. 37-*bis* co. 3, lett. b), t.u. bancario, là dove si precisa che i poteri della capogruppo devono svolgersi «nel rispetto delle finalità mutualistiche e del carattere localistico delle banche di credito cooperativo». La Corte non menziona nemmeno tale previsione, né si sofferma ad esaminarne la portata, quanto meno ai fini della qualifica dei singoli istituti di credito cooperativo alla stregua di banche a carattere regionale.

Viceversa, affermando l'incompatibilità *tout court* tra la *ratio* della riforma e il mantenimento della qualifica di banca a carattere regionale, la Corte sembra pervenire alla conclusione (non strettamente necessaria ai fini della soluzione della controversia) per cui, rispetto ai tratti tipici del credito cooperativo[10], la riforma ha

Considerazioni sulle competenze regionali in materia di credito, in *Banca impresa società*, 2006, 26.

[9] F. CAPRIGLIONE, *Per un nuovo trade off tra localismo e stabilità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 3 suppl., 9.

[10] Sul rapporto tra scopo mutualistico e legame con il territorio, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Per un nuovo trade off tra localismo e stabilità*, cit., 5 ss. Ma si v. anche G. OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II,

inteso preservare l'elemento personale e finalistico dello scopo mutualistico, facendo tuttavia scolorare la specificità *territoriale* della banca di credito cooperativo e la sua funzione di «promozione del tessuto economico dell'*area territoriale di radicamento*»[11]. La Corte sembra, cioè, attribuire maggior rilievo all'elemento dell'etero-gestione da parte della capogruppo rispetto al permanere di alcuni tratti che continuano, pur nel nuovo quadro normativo, a connotare in senso localistico l'attività svolta dalle banche di credito cooperativo.

Così opinando, si giunge peraltro all'ulteriore conclusione per cui – a prescindere dalle diverse definizioni di banca regionale fornite dalle norme di attuazione statutaria e, per le regioni ordinarie, dal d lgs 18 aprile 2006, n. 181, intervenuto a ridefinire le figure soggettive contemplate dall'art. 117, co. 3 Cost.[12] –, a seguito della riforma del credito cooperativo, la competenza regionale in materia bancaria si è trovata privata del suo principale oggetto[13], avendo in effetti tutti i gruppi bancari cooperativi assunto ormai rilevanza ultraregionale[14]. A un sommario esame, farebbero oggi eccezione le sole Casse Raiffeisen dell'Alto Adige, le quali, sfruttando la deroga introdotta dall'art. 37-*bis*, co. 1-*bis* del t.u. bancario, hanno optato, in alternativa alla costituzione del gruppo bancario cooperativo, per la costituzione di un sistema di tutela istituzionale comune.

D'altro canto, ci pare utile qui ricordare come analoghe considerazioni emergano nella sentenza n. 287/2016, con cui la Corte ha rigettato la questione di

753 ss., per il quale il radicamento territoriale assume «carattere strumentale rispetto al fine mutualistico».

[11] S. AMOROSINO, *Le riforme delle banche cooperative tra Costituzione, regulation europea e scelte politico-legislative nazionali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 3, 253, il quale sottolinea criticamente come la riforma rischi di indebolire la «*funzione consustanziale* di sostegno e promozione (…) della società economica locale» propria del credito cooperativo.

[12] In tema, S. LA PORTA, *La competenza legislativa regionale in materia bancaria tra principi comunitari e interessi locali*, in questa *Rivista*, 2011, 1139.

[13] Non va infatti dimenticato che le banche di credito cooperativo, in quanto eredi delle vecchie casse rurali, costituiscono l'unica forma giuridica, tra quelle elencate all'art. 117 co. 3 Cost., sopravvissuta all'entrata in vigore del t.u. bancario. Sul punto, A. PISANESCHI, *Considerazioni sulle competenze regionali in materia di credito*, cit., 26.

[14] A ben vedere, tra l'altro, non si tratta di riconoscere la capacità della legge ordinaria di incidere sulle attribuzioni statutarie, quanto piuttosto di ammettere che la riforma delle BCC abbia, come conseguenza riflessa ed eventuale, quella di renderle di fatto inoperanti a seguito del venir meno del presupposto su cui esse si fondano. Non dobbiamo dimenticare infatti che – sebbene sia stata percorsa una strada diversa – rimane astrattamente possibile per gli enti cooperativi dare vita a gruppi bancari di dimensioni regionali, come del resto auspicato da parte della dottrina (cfr. in particolare M. PELLEGRINI, *L'ipotesi di gruppi macroregionali e la conservazione del localismo bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 3 suppl., 87).

costituzionalità sollevata dalla Regione Lombardia con riferimento al d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, nella parte in cui reca la disciplina di riforma delle banche popolari[15]. Ancorché la questione venga definita sulla base della riconducibilità della legge di riforma alle prevalenti competenze statali esclusive della tutela del risparmio, della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, possiamo nondimeno osservare come, anche in tal caso, tra le pieghe del ragionamento della Corte traspaia l'idea, prospettata dalla stessa ricorrente, per cui la riforma abbia certificato un effettivo «sradicamento delle banche popolari dal territorio di riferimento, e (…) privato le regioni e gli enti locali di un fondamentale motore di sviluppo economico e sociale»[16].

La trasformazione in società per azioni delle banche popolari fortemente patrimonializzate rifletterebbe, in altri termini, l'avvenuta mutazione "genetica" delle banche popolari, molte delle quali, come da tempo evidenziato in dottrina, conservavano «soltanto la forma della mutualità, e non anche la sostanza»[17]. La Corte trasferisce, cioè, sul piano del giudizio di prevalenza, le conseguenze che derivano, sul piano empirico, dal sopravvento dello scopo di lucro su quello mutualistico e, su quello giuridico, dall'intervenuto mutamento della natura giuridica e della funzione sociale delle banche popolari di maggiori dimensioni. In definitiva, ci sembra che, nel caso delle banche popolari, lo spostamento del baricentro dalla dimensione locale e mutualistica a quella lucrativa e di mercato abbia, a sua volta, portato al riconoscimento della prevalenza delle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato – e tra queste, in particolare, la «tutela della concorrenza» – «sull'ipotetica e in ogni caso marginale competenza concorrente regionale in materia di aziende di credito di interesse regionale»[18].

In entrambi i casi, insomma, sarebbe l'intervenuta recisione del legame con le comunità territoriali e con le attività socioeconomiche ivi radicate a determinare la

[15] In commento, M. BELLETTI, *La limitazione della competenza regionale – sempre più «stretta» tra vincoli europei e criterio della prevalenza – impatta sulla funzione sociale della cooperazione nel caso della trasformazione delle banche popolari in società per azioni*, in questa *Rivista*, 2017, 803; F. SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 2017, 106.

[16] Corte cost., sent. n. 287 del 2016, punto n. 4 del *Considerato in diritto.*

[17] Per tutti, G. FERRI, *Banca popolare* (voce), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 13. In tal senso, con riferimento alla riforma delle banche popolari, cfr. in particolare R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 575; S. MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 6 ss.

[18] Corte cost., sent. n. 287/2016, punto n. 2.1 del *Considerato in diritto*. In tema, cfr. M. BELLETTI, *op. cit.*, 804, ove si mette in luce come «è proprio il mutamento di natura giuridica dell'ente di credito che determina lo spostamento (inevitabile) dalla competenza regionale a quella statale».

perdita del carattere regionale delle banche popolari e di credito cooperativo, e a portare allo svuotamento «dall'interno» delle attribuzioni regionali in materia bancaria.

2.2 *Seconda mossa*: le riforme della vigilanza bancaria europea e l'impatto sull'ambito *oggettivo* di esercizio delle attribuzioni regionali.

Vi è, tuttavia, un ulteriore e concomitante fattore di disgregazione delle competenze regionali in materia creditizia. Sebbene il punto non emerga dal ragionamento della Corte, ci pare nondimeno inevitabile affrontare il tema oggetto della nostra indagine anche alla luce degli sviluppi normativi intervenuti più di recente a livello sovranazionale[19]. Sul punto, è appena il caso di rammentare come sia stato il diritto europeo la principale causa dell'intervenuta obsolescenza delle competenze regionali in parola, e come – anche nella vicenda in esame – esso costituisca il «convitato di pietra» del ragionamento della Corte. A ben vedere, infatti, le conclusioni sopra tratteggiate circa la perdita del carattere regionale delle BCC appaiono legate a doppio filo alle riforme dell'ordinamento del credito intervenute a livello europeo.

Sullo sfondo della pronuncia si staglia, cioè, l'avvertimento formulato dal giudice costituzionale nella sentenza n. 224/1994[20], secondo cui, stante la necessità di ricostruire l'ordinamento del credito come sviluppo delle sollecitazioni comunitarie succedutesi nel tempo, la competenza regionale (e provinciale) «non può restare immutata, una volta che sia divenuto inoperante, in conseguenza della nuova disciplina attuativa introdotta dal legislatore statale, l'"originario presupposto" su cui la competenza stessa risultava fondata»[21].

Basti qui rapidamente ricordare che le attribuzioni delle regioni speciali in materia creditizia affondano le proprie radici in un *humus* normativo e culturale –

[19] Sulla capacità del diritto dell'Unione europea di alterare il riparto costituzionale delle competenze, cfr., in particolare, M. CARTABIA, V. ONIDA, *Le regioni e la Comunità europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo,* pt. spec., t. II, Milano, 2007, 991 ss.; T. GROPPI, *I rapporti tra Stato e regioni nel contesto dell'Unione europea*, in L. AMMANNATI, T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, 15.

[20] La pronuncia è stata ampiamente commentata in dottrina. Cfr. *ex multis* S. BARTOLE, *Le Regioni e il mercato unico nel settore bancario*, in questa *Rivista*, 1995, 545; G. MONTEDORO, *Ordinamento comunitario, governo del credito e regioni a statuto speciale dopo l'approvazione del nuovo testo unico della legge bancaria*, in *Foro amm.*, 1995, 542 ss.; F. MAZZINI, *Le norme del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia sui poteri delle Regioni a statuto speciale al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 1995, 416.

[21] Sent. n. 224/1994, punto 5 del *Considerato in diritto*. Cfr., analogamente, Corte cost., sent. n. 150/1993 e n. 13/1964.

quello che la dottrina dell'epoca definiva «ordinamento sezionale del credito»[22] – in cui il sistema dei controlli pubblicistici sul credito assumeva significato nella prospettiva dirigistica dell'intervento governativo in favore dello sviluppo economico dei territori e delle attività produttive ivi radicate[23]. Le prerogative delle autonomie speciali ben riflettevano, su scala locale, il modello nazionale fondato sulla segmentazione territoriale e la specializzazione settoriale dei soggetti bancari; analogamente, il coinvolgimento degli apparati governativi regionali costituiva il riflesso del ruolo riconosciuto, a livello statale, al Ministro dell'economia e delle finanze.

Tale assetto è entrato tuttavia in crisi nel momento in cui, sotto la spinta integratrice del diritto comunitario, è mutato l'orizzonte normativo (oltre che assiologico) entro cui trovavano giustificazione gli speciali poteri regionali. Come rilevato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 224/1994, in virtù del principio del primato, «la particolare forza propria delle norme poste nello statuto speciale [non] può essere tale da giustificare la sopravvivenza di competenze provinciali [ovvero regionali] (…), una volta che le stesse vengano a contrastare con discipline adottate in sede comunitaria nonché con il riassetto organico dell'intera materia operato, in attuazione della normativa comunitaria, nell'ambito del diritto interno»[24]. In altri termini, com'è stato efficacemente notato in dottrina, «caduta la peculiare disciplina del credito di un tempo, sono anche destinate a cadere le competenze speciali degli enti ad autonomia differenziata»[25], con conseguente riespansione della sfera di attribuzioni rimessa alla competenza esclusiva statale.

---

[22] Per tutti, M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105 ss. In tema, anche S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari di una categoria logica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. economia*, 1995, 363.

[23] In tema, cfr. più di recente E. MONTANARO, *I sistemi creditizi regionali nel contesto del mercato unico europeo*, in L. AMMANNATI, T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, cit., 175; M. NAPOLI (a cura di), *Sistema creditizio e sviluppo locale*, Milano, 2004. Sul nesso tra direzione politica del credito e poteri regionali, cfr. M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, spec. 25 e 118 ss.; N. SAITTA, *op. cit.*, *passim*.

[24] Corte Cost., sent. n. 224/1994. In senso analogo, cfr. altresì Corte Cost., n. 102/1995, in cui è stato affermato che i poteri deliberativi e consultivi in materia di sportelli bancari attribuiti alla Regione siciliana, traendo giustificazione dall'esigenza «di regolare la distribuzione delle imprese bancarie anche in funzione dello sviluppo dell'economia e della società locale» non risultavano più rispondenti alla nuova disciplina comunitaria in materia di libertà di stabilimento.

[25] Così, S. BARTOLE, *Le Regioni e il mercato unico europeo*, cit., p. 562. *Contra*, in senso critico, N. MARZONA, *Il riordino del sistema bancario: le Regioni a confronto con una nuova statualità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 616, ove si ritiene che la Corte avrebbe erroneamente tratto conseguenze sul riparto di competenze Stato-Regioni speciali non già

In quegli anni, dunque, l'alterazione delle sfere di competenza non risultava direttamente determinata dalle direttive europee, le quali nulla disponevano in merito agli assetti organizzativi interni agli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati, quanto piuttosto dal mutamento della disciplina sostanziale in materia e, con essa, degli obiettivi e degli strumenti sottesi all'intervento pubblicistico sul credito.

Più di recente, invece, sono le stesse riforme adottate a livello sovranazionale per far fronte alla crisi economico-finanziaria ad aver inciso direttamente sull'allocazione delle competenze amministrative in materia di vigilanza bancaria e a determinare l'ulteriore svuotamento delle corrispondenti potestà regionali. Così se d'un lato il diritto dell'Unione continua a intervenire in modo sempre più penetrante sulla disciplina dell'attività e dell'organizzazione degli intermediari bancari, dall'altro dobbiamo considerare come tale intervento impatti ora sulla stessa architettura di vigilanza bancaria degli Stati membri, determinando un trasferimento di competenze dal livello nazionale a quello sovranazionale.

È sufficiente qui ricordare, rinviando alla copiosa trattazione sul punto[26], come, in forza del regolamento UE n. 1024/2013, istitutivo del Meccanismo unico di vigilanza, gli Stati membri abbiano trasferito alla Banca centrale europea (BCE) la competenza esclusiva all'esercizio di un ampio numero di poteri di vigilanza prudenziale sugli intermediari bancari della zona Euro.

Tale riforma è densa di conseguenze per le attribuzioni regionali in parola[27]. È invero agevole constatare come, allorché la titolarità della funzione sia espressamente sottratta agli Stati (e conferita alla competenza esclusiva dell'Unione), dovranno ritenersi parimenti trasferite le attribuzioni spettanti alle articolazioni territoriali interne a ciascun ordinamento nazionale.

Ai nostri fini, si ricorda che l'art. 4(1), lett. a) del regolamento UE n. 1024/2013 affida in via esclusiva alla BCE la competenza a rilasciare e revocare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia per tutti gli istituti

dal diritto comunitario, bensì dalla (sola) scelta del legislatore italiano di riservare la vigilanza alla Banca d'Italia.

[26] La letteratura sul punto è sterminata. Ci si limita qui a rinviare ai diversi contributi contenuti in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016 e al lavoro monografico di M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2019, con ampiezza di riferimenti bibliografici. Sia altresì consentito rinviare a A. MAGLIARI, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Riv. dir. bancario*, 2015, 11, 1-23.

[27] Come emerge dal d. lgs n. 223/2016, con cui il legislatore statale ha riconosciuto espressamente che le competenze delle regioni sono esercitate nei limiti derivanti dal regolamento SSM, e in armonia con esso, introducendo – rispettivamente – l'art. 3-*bis* all'interno del d. lgs n. 171/2006 per le regioni a statuto ordinario e il co. 4-*bis* all'art. 159, t.u. bancario, per le regioni a statuto speciale.

dell'Eurozona. Inoltre, ai sensi degli artt. 4 e 6 del medesimo regolamento, l'esercizio della vigilanza prudenziale sui maggiori istituti e gruppi bancari (i «soggetti significativi») spetta ora alla sola BCE.

Ne consegue che, in tali casi, stante la tendenziale indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto al riparto di competenze interno agli ordinamenti nazionali, devono ritenersi inevitabilmente travolti tutti gli analoghi poteri previsti dalle disposizioni statutarie e di attuazione statutaria ovvero dal d. lgs n. 171/2006 per le regioni a statuto ordinario. Il trasferimento della competenza in capo all'autorità sovranazionale avrebbe, in altri termini, l'effetto di rendere incompatibili con il diritto dell'Unione – e dunque disapplicabili – le disposizioni nazionali (ivi comprese le norme di rango costituzionale e sub-costituzionale) attributive di un potere amministrativo ora rientrante nella titolarità esclusiva della BCE. Là dove, tuttavia, il regolamento UE n. 1024/2013 contempli un ruolo partecipativo delle autorità nazionali in seno ai procedimenti della BCE, non può escludersi che, in virtù del medesimo principio di indifferenza del diritto UE rispetto al riparto interno, a tali procedimenti prendano parte le autorità amministrative regionali, seppur sempre entro i limiti soggettivi e oggettivi delineati dai rispettivi statuti.

Per rendere meglio l'idea dell'impatto sulle attribuzioni regionali, è sufficiente osservare come devono ritenersi oggi «sterilizzati» i poteri previsti, ad esempio, dall'art. 1, co. 1, lett. a) del d. lgs n. 205/2012 in merito all'adozione da parte dell'Assessorato regionale della Regione Siciliana del provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; analogamente, in Trentino-Alto Adige, deve ritenersi ormai venuto meno il potere previsto dall'art. 3, D.P.R. n. 234/1977 di adottare provvedimenti relativi alla istituzione e all'autorizzazione alla costituzione delle banche regionali, all'autorizzazione all'inizio delle operazioni, e alla revoca di tali autorizzazioni. In tali casi, come detto, la competenza all'adozione dell'atto finale spetta esclusivamente alla BCE; alle autorità regionali precedentemente titolari della competenza residuerebbero, invece, esclusivamente i compiti istruttori e preparatori attribuiti dal regolamento n. 1024/2013 alle autorità nazionali nel quadro dei procedimenti c.d. misti o compositi.

Infine, è interessante notare come – a prescindere dalla questione della eventuale conservazione del carattere regionale – i due gruppi cooperativi attualmente costituiti (Iccrea Banca S.p.A. e Cassa Centrale Banca), così come tutti gli enti a essi affiliati, siano oggi qualificati come «soggetti significativi» ai sensi del regolamento n. 1024/2013, risultando per l'effetto sottoposti alla vigilanza diretta ed esclusiva della BCE[28].

[28] In questi termini, si potrebbe ulteriormente rilevare come, nella fattispecie esaminata nella sentenza n. 17/2020, trattandosi di istituto di credito appartenente a un gruppo bancario significativo, una volta perfezionato il passaggio della vigilanza in favore della BCE, la competenza all'adozione della misura di rimozione degli esponenti aziendali

Alla luce del sistema di riparto delle competenze delineato dal regolamento n. 1024/2013, resterebbe invece in capo alle autorità nazionali – e dunque, ai nostri fini, eventualmente a quelle regionali – la sola competenza ad esercitare i propri poteri di vigilanza nei confronti delle banche regionali che si qualificano altresì come «soggetti meno significativi»[29], seppur sempre entro gli stretti limiti oggettivi identificati dall'art. 159, t.u. bancario e dal d. lgs n. 171/2006. Davvero ben poca cosa.

3. *Scacco matto*: lo svuotamento delle attribuzioni regionali tra limiti di sistema e spinte de-territorializzanti.

Nonostante l'apparente marginalità della questione affrontata, la sentenza n. 17/2020 della Corte costituzionale offre numerosi spunti di riflessione su ciò che resta – oggi – delle competenze regionali in materia creditizia. Abbiamo infatti osservato come, ancorché il punto rimanga sottotraccia nel ragionamento della Corte, la pronuncia certifichi l'ulteriore (e forse definitivo) svuotamento del *contenuto* dei diversi *contenitori* costituzionali delle attribuzioni regionali.

Se, com'è stato puntualmente osservato, la competenza legislativa delle regioni ordinarie in materia creditizia è rimasta sostanzialmente «lettera morta» [30], ci pare che anche quella delle regioni a statuto speciale non goda oggi di migliore salute. Gli sviluppi della regolazione europea e globale e le indicazioni ricavabili dalla sentenza della Corte costituzionale sulle banche popolari sembrano invero difficilmente conciliabili con una competenza legislativa concorrente regionale e con una disciplina diversificata dell'attività degli enti creditizi e delle condizioni in cui essi operano[31].

Per altro verso, si è visto come anche le attribuzioni amministrative regionali si trovino ormai «schiacciate» tra le riforme del credito cooperativo e delle banche popolari, d'un lato, e l'avvio della vigilanza unica europea, dall'altro. Pur agendo

sarebbe comunque dovuta spettare alla sola BCE. Ne è riprova il fatto che successivamente, in data 30 marzo 2020, la BCE ha deciso, ai sensi degli articoli 69-*octiesdecies* e 70 del t.u. bancario, di recepimento dell'art. 29 della direttiva 2014/59/UE, di prorogare l'amministrazione straordinaria dell'istituto vigilato, originariamente disposta con provvedimento della Banca d'Italia in data 26 marzo 2019.

[29] Tra questi possiamo oggi annoverare le numerose Casse Raiffeisen dell'Alto Adige, le quali, come già evidenziato, non sono entrate a far parte di un gruppo bancario cooperativo.

[30] G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *questa Rivista*, 2011, 246.

[31] Sulle tendenze «unificanti» della regolazione finanziaria europea e globale, per tutti, E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015.

su due piani distinti, tali riforme determinano uno spostamento «verso l'alto» delle potestà di vigilanza e la sottrazione di ampi spazi di intervento dell'amministrazione regionale nel settore del credito.

L'indagine delle residue prerogative regionali rende così l'immagine di un quadro ormai in frantumi, in cui appare sempre più arduo individuare, tra le pieghe delle diverse fonti settoriali, quali siano i soggetti che rimangono sottoposti alle prerogative regionali e quali poteri di vigilanza restino nella disponibilità delle autorità regionali.

Nel complesso, peraltro, l'impressione che si trae dall'azione combinata dei diversi processi di riforma è quella di una perdita di senso complessiva della nozione di banca a carattere regionale e delle connesse prerogative legislative e amministrative regionali. Si è notato, invero, come queste ultime trovavano originariamente fondamento nel forte radicamento locale dell'istituto creditizio. Eppure, a fronte dell'eliminazione dei vincoli di specializzazione operativa e territoriale, dello sviluppo delle tecnologie informatiche, e – da ultimo – dell'attrazione di molti piccoli istituti locali all'interno di gruppi bancari di dimensione nazionale (oltre che di rilevanza europea), la categoria giuridica di banca regionale sembra oggi definitivamente destinata alla estinzione. Se è pur vero che l'attività creditizia svolta dalle BCC continua ad avere una indubbia incidenza sulle istituzioni economiche locali, non pare nondimeno che, alla luce del quadro normativo vigente e della più recente giurisprudenza costituzionale, tale specificità possa mantenere un'autonoma rilevanza ai fini del riparto delle competenze tra Stato e regioni.

Si pone così l'indifferibile esigenza di mettere ordine all'interno degli statuti speciali e delle ormai «datate» disposizioni attuative in materia di credito e risparmio, adeguandole al nuovo sfondo dell'ordinamento (sovranazionale) del credito. Lo stesso vale, a maggior ragione, per la disposizione costituzionale introdotta dal «distratto»[32] legislatore del 2001, rispetto alla quale si ha l'ulteriore conferma di trovarsi di fronte a una «norma inutile (…), un inciampo burocratico, in definitiva dannoso»[33].

D'altronde, in conclusione, non si può fare a meno di rilevare come a essersi definitivamente consumato sia lo stesso interesse originariamente tutelato da tali disposizioni. Volendo considerare gli intermediari bancari come imprese particolari, la cui specialità trova fondamento nella natura degli interessi messi in gioco dalla loro attività[34], allora si deve anche ritenere che, una volta che la cura di

[32] S. CASSESE, *Mercati finanziari, Stato e regioni*, cit., 3.

[33] R. COSTI, *Regioni e credito*, cit., 17.

[34] Il riconoscimento della specialità dell'attività bancaria attraversa la storia, non solo recente, della disciplina del settore. In argomento, cfr. E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*, Milano, 2012.

tali interessi viene rimessa alla competenza dello Stato ovvero dell'Unione europea, non resterà che prendere atto dell'intervenuta obsolescenza (*rectius*: incompatibilità) delle competenze legislative e amministrative regionali rispetto al più ampio quadro normativo nazionale e sovranazionale.

La devoluzione di funzioni in materia creditizia alle autonomie regionali trovava invero giustificazione nella misura in cui queste ultime erano in grado di orientare le proprie scelte politico-amministrative al perseguimento di interessi locali che fossero, almeno in parte, divergenti rispetto a quelli perseguiti dalle autorità centrali e, dunque, meritevoli di tutela autonoma e differenziata. Una volta neutralizzata la dimensione territoriale degli interessi sottesi al credito e affermata la necessaria unitarietà della funzione a livello sovranazionale, nessuno spazio sembra residuare per l'esercizio differenziato delle prerogative regionali.

La pronuncia della Corte, in definitiva, se letta insieme al suo «sottotesto», induce a considerare la questione della definizione delle prerogative regionali in materia bancaria alla luce dei «limiti di sistema» derivanti dal «tessuto dell'ordinamento vigente»[35]. Tra questi, è principalmente l'onnivoro interesse sovranazionale, con la sua logica «de-territorializzante»[36], a imporre una ridefinizione complessiva della specialità dell'ordinamento del credito, a dettarne gli indirizzi normativi e amministrativi, a orientarne gli assetti organizzativi e, in ultima analisi, a dare lo *scacco matto* alle competenze regionali in materia bancaria.

[35] G. SILVESTRI, *Le Regioni speciali tra limiti di modello e limiti di sistema*, in questa *Rivista*, 2004, 1122.

[36] Per dirla con G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Capitalisme et Schizophrénie, L'Anti-Oedipe*, vol. I, Paris, 1972.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

A volte ritornano (i decreti legislativi precostituzionali, fondativi dell'autonomia valdostana)*

MATTEO COSULICH**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 225 del 29 ottobre 2019.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0225s-19.html

Sommario

1. Uno tira l'altro: una catena di vizi di legittimità costituzionale. – 2. Una questione bagatellare? – 3. L'autogoverno valdostano. – 4. Il fondamento prestatutario dell'autonomia valdostana.

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione

M. COSULICH, *A volte ritornano (i decreti legislativi precostituzionali, fondativi dell'autonomia valdostana)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in *Le Regioni*

** Professore Associato Confermato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Trento. Indirizzo mail: matteo.cosulich@unitn.it.

1. Uno tira l'altro: una catena di vizi di legittimità costituzionale.

L'atto che origina il conflitto intersoggettivo sollevato dalla Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* nei confronti dello Stato e definito dalla sent. n. 225 del 2019, vale a dire il decreto del Ministro dello sviluppo economico 16 febbraio 2018 «Riduzione del numero delle Camere di commercio mediante accorpamento, razionalizzazione delle sedi e del personale», corrisponde a un rivolo della c.d. riforma Madia[1] della pubblica amministrazione; risalendone il flusso, si incontra dapprima il decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 219[2], quindi la legge 7 agosto 2015, n. 124[3]. Il d.m. 16 febbraio 2018 è stato infatti adottato sulla base dell'art. 3 del d.lgs. n. 219 del 2016, la cui rubrica è, non a caso, identica al titolo del d.m.[4]; a sua volta, il d.lgs. n. 219 è il risultato dell'esercizio della delega legislativa disciplinata dall'art. 10 l. n. 124 del 2015.

Il processo riformatore, avviato dalla l. n. 124 oramai un lustro fa, si caratterizza per la scarsa considerazione riservata alle Regioni, che dà luogo a una catena di vizi di legittimità costituzionale, rilevati dalla Corte costituzionale: la sent. n. 261 del 2017 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4 d.lgs. n. 219 «nella parte in cui stabilisce che il decreto del Ministro dello sviluppo economico dallo stesso previsto deve essere adottato "sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano"[5], anziché previa intesa con detta Conferenza». Sul punto, il legislatore delegato è dunque incorso nello stesso errore già commesso dal legislatore delegante, laddove la l. n. 124 del 2015 prevedeva anch'essa, anziché l'intesa in Conferenza Stato-Regioni o in Conferenza unificata[6], il solo parere di quest'ultima; errore rilevato dalla Corte costituzionale che nella sent. n. 251 del 2016 dichiara costituzionalmente illegittima tale previsione, richiedendo appunto l'intesa, peraltro con riferimento a

[1] Dal cognome dell'eponima promotrice della riforma, Marianna Madia, preposta al Ministero della Semplificazione e della Pubblica amministrazione sia nel governo Renzi (2014-2016) sia nel governo Gentiloni (2016-2018).

[2] Intitolato «Attuazione della delega di cui all'art. 10 l. n. 124 del 2015, per il riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura».

[3] Intitolata «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

[4] L'unica differenza consiste nell'uso del numero plurale nel d.lgs. («razionalizzazioni») anziché del grammaticalmente più corretto numero singolare («razionalizzazione»), successivamente impiegato dal d.m.

[5] D'ora in poi Conferenza Stato-Regioni.

[6] Vale a dire la Conferenza formata sia dai componenti la Conferenza Stato-Regioni sia dai membri della Conferenza Stato-città e autonomie locali.

deleghe legislative differenti rispetto a quella disposta dall'art. 10 della l. 124. Della panoplia di deleghe legislative contenute nella l. n. 124 del 2015 solo alcune erano state infatti impugnate in via principale dalla Regione Veneto nel *Ricorso* depositato il 19 ottobre 2015[7], all'origine del giudizio definito dalla sent. n. 251; soltanto su tali deleghe si esprime il giudice delle leggi, conformemente al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunziato[8]. La delega di cui all'art. 10 l. n. 124 era stata comunque già esercitata, acquisendo il parere della Conferenza, come risulta dalla premessa al d.lgs. n. 219 del 2016 («sentita la Conferenza unificata in data 29 settembre 2016»).

Se si assume come angolo visuale il d.lgs. n. 219 del 2016 e si osserva quest'ultimo, nonché il flusso della riforma Madia che lo precede, la scarsa considerazione che lo Stato riserva alle Regioni si esprime dunque tecnicamente nella previsione legislativa di una modalità fiacca (troppo fiacca per la Corte costituzionale) di leale collaborazione, vale a dire il mero parere della Conferenza, pur in presenza di «concorrenza di competenze» statali e regionali[9]. Se invece si guarda il flusso riformatore a valle del d.lgs. n. 219 del 2016, anche alla luce della sent. n. 225 che qui si commenta, il rivolo corrispondente al d.m. 16 febbraio 2018 risulta irrispettoso dell'autonomia regionale in quanto pretende di disciplinare un oggetto del tutto sottratto alla competenza statale; anzi, a ben vedere, come si chiarirà nel prosieguo, un oggetto semplicemente inesistente, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Aosta, soppressa nel lontano 1946. D'altra parte, lo stesso procedimento di formazione del d.m. in discorso non brilla per attenzione alle istanze regionali: l'intesa con la Conferenza, richiesta dalla sent. n. 261 del 2017, non viene raggiunta, come risulta dalla premessa del d.m. che registra «la mancata intesa sancita nella riunione dell'11 gennaio 2018»; ma, grazie al richiamo all'art. 3, co. 3 d.lgs. n. 281 del 1997[10], il d.m. prosegue il suo

[7] Se ne veda la sintesi al punto 1. *in fatto* della sent. n. 251 del 2016.

[8] Potrebbe rammentarsi in proposito l'istituto dell'illegittimità costituzionale consequenziale *ex* art. 27 legge 11 marzo 1953, n. 87, peraltro ignorato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 251, come d'altra parte in non pochi altri giudizi.

[9] A. AMBROSI, «*Concorrenza di competenze» e intervento delle Regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo*, in questa *Rivista* 2017, 525.

[10] Secondo cui «quando un'intesa espressamente prevista dalla legge non è raggiunta entro trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza Stato-Regioni in cui l'oggetto è posto all'ordine del giorno, il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata». L'intesa in questione rientra quindi nel novero di quelle «deboli», analogamente all'intesa richiesta dalla sent. n. 251 del 2016 (così E. BALBONI, *Sulla riorganizzazione della p.A. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni… e «l'intendenza seguirà»*, in *Quaderni costituzionali* 2017, 124).

iter e viene così adottato, motivandone la necessità «in modo assolutamente apodittico ed assertivo»[11].

2. Una questione bagatellare?

Peraltro la Corte costituzionale tralascia i possibili vizi procedurali ora richiamati, su cui la Regione ricorrente costruiva il secondo motivo di ricorso, che viene infatti assorbito nella sent. n. 225 (punto 10. *in diritto*). Al riguardo può osservarsi che se invece il giudice delle leggi si fosse incamminato sulla via tracciata – sebbene a «scopo meramente tuzioristico»[12] – nel secondo motivo di ricorso, essa avrebbe potuto condurre all'annullamento generale del d.m.[13], anche al di là della richiesta di annullarlo *in parte qua* (vale a dire limitatamente «alle parti espressamente riferite alla Camera valdostana delle imprese e delle professioni[14] - *Chambre valdôtaine des entreprises et des activités libérales*») avanzata dalla Regione ricorrente[15]. La Corte avrebbe così giudicato sulla base di una differente

[11] *Ricorso* della Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste*, depositato il 15 maggio 2018 (vedi *Gazzetta Ufficiale*, *1ª Serie speciale*, 13 giugno 2018, n. 24, 12) giudicato appunto dalla sent. n. 225 del 2019. Si rammenti al riguardo «l'enfasi che la giurisprudenza ha posto sulla necessità che, in difetto di intesa o di accordo, lo Stato motivi in modo adeguato l'opzione dell'intervento unilaterale» (F. CORTESE, *Spigolatura sul* sistema *delle Conferenze e sulle sue «magnifiche sorti e progressive»: una retrospettiva, un punto di vista e un auspicio*, in questa *Rivista* 2017, 129). Nel caso di specie, può dubitarsi che nell'adozione del d.m. 16 febbraio 2018 sia riscontrabile «lo svolgimento di reiterate trattative volte a superare, nel rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione, le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo» (Corte cost., sent. n. 27 del 2004, punto 2. *in diritto*), previsto in caso di mancata intesa «debole». In particolare, la sent. n. 261 del 2017 richiede che l'intesa per l'adozione del d.m. *ex* art. 3 d.lgs. n. 219 del 2016 sia «contraddistinta da una procedura che consenta lo svolgimento di genuine trattative e garantisca un reale coinvolgimento» delle Regioni (punto 12.1.1. *in diritto*). Si noti come si sia ipotizzato che all'intesa richiesta dalla sent. n. 261 del 2017 andasse attribuita «una lettura forte» – vale a dire tale per cui «il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento, in quanto sarebbe richiesta una paritaria codeterminazione del provvedimento in discussione» – almeno con riferimento alle Regioni speciali e, nell'ambito di queste ultime, anzitutto alla Valle d'Aosta (S. BARTOLE, *Intrecci di competenze, legislazione statale e ruolo della Conferenza Stato-Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2017, 2804-2805).

[12] *Ricorso* della Regione Valle d'Aosta, cit, 10.

[13] Vedi A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2014, 320.

[14] D'ora in poi Camera valdostana.

[15] La sentenza che qui si commenta, accogliendo il primo motivo di ricorso e assorbendo il secondo, costituisce un esempio di riduzione «degli effetti demolitori della decisione di annullamento. Può accadere che una pronuncia di annullamento basata sull'accoglimento

graduazione dei motivi di ricorso rispetto a quella prospettata dalla Regione valdostana, sulla base della «priorità logica del vizio di leale collaborazione (in quanto vizio procedurale)»[16].

L'*iter* argomentativo della sent. n. 225 si basa invece sul primo motivo di ricorso, radicandosi nelle indubbie peculiarità valdostane. Il che emerge sin dall'avvio del ragionamento della Corte, laddove, al punto 5. *in diritto*, si afferma che la mancata impugnazione del d.lgs. n. 219 del 2016 da parte della Valle d'Aosta non determina l'inammissibilità del ricorso, in quanto «l'atto censurato non è immediatamente riproduttivo dell'atto legislativo» che non riguarda la Camera valdostana, cui fa «esplicito riferimento» il solo d.m. 16 febbraio 2018. Se si volesse mettere per iscritto quanto sul punto è forse rimasto nella penna del giudice costituzionale, potrebbe osservarsi che il perimetro di applicazione del d.lgs. n. 219 del 2016 non include la Camera valdostana non tanto in forza della consueta clausola di salvaguardia delle autonomie speciali, rintracciabile all'art. 22 legge n. 124 del 2015[17] e implicitamente riferibile al d.lgs. n. 219 che da quest'ultima discende, quanto piuttosto dalla considerazione che la Camera valdostana non appartiene alla categoria delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura[18] disciplinate dalla legge 29 dicembre 1993, n. 580 come novellata dapprima dal decreto legislativo 15 febbraio 2010, n. 23 e successivamente dal d.lgs. n. 219 del 2016.

Non inganni l'assonanza tra la denominazione degli «enti pubblici dotati di autonomia funzionale», disciplinati dall'ora richiamata legislazione statale, e quella dell'«ente autonomo locale di diritto pubblico, dotato di autonomia funzionale e statutaria» istituito dalla legge regionale valdostana 20 maggio 2002, n. 7, vale a dire la Camera valdostana delle imprese e delle professioni. È ben vero che quest'ultima, secondo l'ora menzionata l.reg. V.d'A., «esercita in Valle d'Aosta le funzioni (…) spettanti nel restante territorio nazionale alle Camere di commercio» (art. 1). Ma ciò non significa affatto che la Camera valdostana rientri nel novero delle «Camere di commercio»[19]; e dunque non implica che la struttura della Camera valdostana possa essere disciplinata da atti statali che si riferiscono alle

di uno solo dei motivi di illegittimità ipotizzati (…) (cui si annette un valore assorbente) produca un effetto più limitato» (G. PELAGATTI, *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, 46).

[16] Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5 ed., Milano, Giuffrè, 2008, 361 che peraltro reputa tale orientamento «discutibile».

[17] L'articolo, rubricato «Clausola di salvaguardia», dispone che «le disposizioni della presente legge sono applicabili nelle Regioni a Statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi Statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3».

[18] D'ora in poi Camere di commercio.

[19] Vedi *amplius infra* par. 4.

Camere di commercio, vale a dire, più specificamente, dal d.lgs. 219 del 2016 e dal d.m. 16 febbraio 2018[20].

Così impostati i termini del problema, esso appare assai meno marginale di quanto poteva sembrare di primo acchito, in base alla mera lettura del d.m. 16 febbraio 2018. Può in proposito rilevarsi come soltanto alcune disposizioni del d.m. si riferiscano alla Camera valdostana, incidendo su suoi profili non esattamente cruciali: così da un lato le si vieta di istituire aziende speciali, mentre dall'altro se ne determina la dotazione organica, ponendo una serie di limitazioni in materia di personale connesse a tale determinazione[21]. Il che probabilmente può spiegare come mai il processo costituzionale in discorso rappresenti un raro caso di mancata costituzione in giudizio, nei conflitti intersoggettivi instaurati da una Regione, dello Stato[22] (e, per esso, del Presidente del Consiglio dei ministri), forse persuaso di trovarsi di fronte a una bagatella.

Ma quello intersoggettivo, prima di essere un conflitto sull'atto invasivo della competenza, è un conflitto su quest'ultima, come ci rammenta la successione delle previsioni contenute all'art. 38 l. n. 87 del 1953, applicabile ai conflitti fra Stato e Regioni in forza del richiamo operato poco oltre dall'art. 40: dapprima la Corte costituzionale dichiara la competenza, quindi, se del caso, annulla l'atto «viziato da incompetenza». Al riguardo, potrebbe osservarsi che se la Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* avesse mirato primariamente all'annullamento *in parte qua*

[20] Quanto alle funzioni della Camera valdostana, ci si potrebbe interrogare sull'applicabilità alla stessa delle disposizioni del d.lgs. n. 219 del 2016 che novellano la l. n. 580 del 1993, con particolare riguardo al suo art. 2, rubricato «Compiti e funzioni» (delle Camere di commercio). La risposta positiva o negativa al quesito dipende dalla natura – rispettivamente mobile o recettizia – del rinvio, appena citato qui sopra nel testo, operato dall'art. 1 l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002 alle funzioni spettanti nel resto d'Italia alle Camere di commercio; rinvio che pare avere natura mobile alla luce della lettera dell'art. 2 l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002, laddove richiama le «attribuzioni spettanti alle Camere di commercio, ai sensi della l. n. 580 del 1993, *e successive modificazioni*» (corsivo di chi qui scrive). Fermo restando che il legislatore regionale potrebbe disciplinare diversamente le funzioni della Camera valdostana.

[21] Le prescrizioni del d.m. «direttamente applicabili alla Camera valdostana» sono dettagliatamente riportate nel *Ricorso* della Regione Valle d'Aosta, cit., 8.

[22] Vedi il punto 4. *in diritto* della sent. n. 225 del 2019. Si noti come nell'ultimo quinquennio (2016-2020), tranne i casi di estinzione del processo, lo Stato si sia sempre costituito nei conflitti di attribuzione sollevati nei suoi confronti, ad eccezione dei giudizi nei quali le ragioni statali si prestavano ad essere rappresentate dalla parte contrapposta alla Regione (così la Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna nella sent. n. 43 del 2019 e l'Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Bologna nella sent. n. 259 del 2019).

del d.m., lo avrebbe probabilmente impugnato dinanzi al giudice amministrativo[23], formulando diversamente il ricorso[24]. L'obiettivo della Regione ricorrente pare però essere soprattutto quello di ottenere il pieno riconoscimento del fondamento dell'autonomia valdostana nei decreti legislativi prestatutari del 1945-1946[25]; obiettivo al cui tono costituzionale ben si addice il ricorso al giudice delle leggi.

3. L'autogoverno valdostano.

Nel dispositivo della sent. n. 225 del 2019, l'annullamento *in parte qua* del d.m. 16 febbraio 2018 discende quindi dalla dichiarazione che «non spettava allo Stato (…) adottare il d.m. (…) nelle parti espressamente riferite alla Camera valdostana». Ora, detta dichiarazione non sembra basarsi letteralmente sullo Statuto della Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste*, che non contiene alcuna esplicita attribuzione a quest'ultima di competenze aventi espressamente a oggetto la Camera di commercio. Il che trova conferma *a contrario* dalla comparazione con lo Statuto trentino-altoatesino che all'art. 4, co. 1, n. 8 attribuisce alla Regione competenza legislativa primaria in materia di «ordinamento delle Camere di commercio», dalla quale discende, *ex* art. 16, co. 1 St., la titolarità delle corrispondenti funzioni ammnistrative (così Corte cost., sent. n. 273 del 2007, punto 3. *in diritto*)[26]. In mancanza di tale previsione, le altre Regioni ad autonomia speciale non dispongono di analoghe competenze, come osserva la Corte costituzionale nella sent. n. 29 del 2016, relativa alla Sicilia (punto 3.1. *in diritto*)[27].

---

[23] Vedi il recente caso speculare dell'impugnazione da parte dello Stato dinanzi al T.A.R. Marche dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale marchigiana 25 febbraio 2020, n. 1 (si vedano le osservazioni di G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza* Coronavirus *tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal* 2020, 2, 3-4, al sito *internet* www.rivista.biodiritto.org).

[24] Si veda G. BERTI, *Conflitto di attribuzione e giudizio amministrativo*, in questa *Rivista* 1977, 232.

[25] Indicazioni in tal senso sono ricavabili dalla precedente giurisprudenza costituzionale (sent. n. 38 del 2003), ma nella sentenza che qui si commenta il riconoscimento si realizza compiutamente, in quanto (come meglio si vedrà *infra*, al par. 4), lo Statuto valdostano non menziona mai la Camera di commercio, mentre all'art. 44, co. 1 dispone l'attribuzione al Presidente della Regione di alcune funzioni prefettizie, quelle relative al «mantenimento dell'ordine pubblico».

[26] Con la sent. n. 273 del 2007, la Corte costituzionale risolve a favore della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* un conflitto intersoggettivo dalla stessa instaurato nei confronti dello Stato e originato da un decreto ministeriale volto a limitare le assunzioni del personale a tempo indeterminato nelle Camere di commercio (nella Regione stessa, per ciò che rileva nel giudizio).

[27] Un orientamento analogo venne assunto dalla Corte costituzionale relativamente al Friuli Venezia Giulia nella sent. n. 65 del 1982 (punto 3. *in diritto*). Peraltro il giudice delle

Le conclusioni cui giunge la Corte costituzionale nella sent. n. 225 del 2019 si basano piuttosto sulla disciplina legislativa introdotta in Valle d'Aosta durante il periodo transitorio[28], nel biennio 1945-1946. È noto che nell'immediato secondo dopoguerra, in Valle d'Aosta si manifestarono diffusi propositi secessionisti, pericolosamente intrecciati agli orientamenti favorevoli all'annessione alla Francia, resi più minacciosi dalla presenza delle truppe francesi di occupazione, stanziate sino al luglio 1945 nella Valle, sottoposta fino al 1 gennaio 1946 al Governo militare alleato[29]. In tali difficili frangenti, il governo Parri non rimase insensibile alle

leggi sembrava far salva la disciplina legislativa regionale del personale delle Camere di commercio friulano-giuliane, oggetto del ricorso statale – più che sulla base delle competenze legislative primarie statutariamente spettante alla Regione in materia di «agricoltura», «industria e commercio» e «artigianato» (art. 4. co. 1, nn. 2, 6 e 7 St.), da un lato, e delle relative norme di attuazione, dall'altro (le une e le altre attentamente ricostruite dal giudice delle leggi, al punto 3. *in diritto*) – in forza della constatazione del carattere (allora) «lacunoso e per diversi aspetti provvisorio» della disciplina statale delle Camere di commercio, in quanto non aveva avuto seguito l'adozione di un «successivo decreto legislativo» contenente «le norme relative alla costituzione, al personale e al funzionamento delle Camere di commercio», preannunciata quasi quarant'anni prima, all'art. 8 del decreto legislativo luogotenenziale 21 settembre 1944, n. 315 che aveva ricostituito queste ultime; impegno ribadito, e sino ad allora disatteso, dall'art. 64, co. 2 decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616 (punto 4. *in diritto*). Quasi che, secondo la Corte costituzionale, la disciplina regionale potesse porsi come cedevole, in attesa della preannunciata legislazione statale, con un curioso ribaltamento del tradizionale schema "disciplina legislativa statale cedevole-successiva legislazione regionale", elaborato con riferimento alle norme di dettaglio nelle materie di competenza legislativa concorrete (sulle norme statali cedevoli si veda F. BENELLI, *La competenza concorrente*, in R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 235-236). È peraltro agevole constatare che le considerazioni svolte al punto 4. *in diritto* della sent. n. 65 non possono essere riproposte successivamente alla l. n. 580 del 1993 che ha reso la disciplina statale delle Camere di commercio tutt'altro che lacunosa.

[28] Così viene definito (*ex multis* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, 2 ed., Padova, Cedam, 1970, p. 119 e F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, 12 ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 177) il lasso di tempo intercorrente fra la caduta del regime fascista (25 luglio 1943) e l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1 gennaio 1948).

[29] Vedi R. LOUVIN, *Il profilo storico-istituzionale dell'ordinamento valdostano*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste, Torino, Giappichelli, 2020, 16-17. Un indizio della particolare condizione geopolitica valdostana al momento dell'adozione dei decreti legislativi del 1945 (vedi poco oltre nel testo) è rintracciabile all'art. 23 d.lgs.lgt. n. 545 e all'art. 6 d.lgs.lgt. n. 546, contenenti la medesima condizione sospensiva dell'efficacia del decreto stesso che «entra in vigore alla data della restituzione della Provincia di Aosta

richieste autonomistiche formulate dai sostenitori locali, guidati da Federico Chabod, dell'autonomia della Valle nell'ambito di un rinnovato Stato italiano[30]. L'autonomia valdostana è stata così fondata[31] e disciplinata dai decreti legislativi luogotenenziali 7 settembre 1945, n. 545 e n. 546, l'uno relativo all'«Ordinamento amministrativo della Valle d'Aosta» e l'altro ad «Agevolazioni di ordine economico e tributario a favore della Valle d'Aosta», adottati dal governo Parri. Il quadro autonomistico disegnato nel periodo transitorio venne completato dai decreti legislativi del Capo provvisorio dello Stato 11 novembre 1946, n. 365, 15 novembre 1946, n. 355 e 23 dicembre 1946, n. 532, adottati dal governo De Gasperi II e rispettivamente disciplinanti l'«Ordinamento delle scuole e del personale insegnante della Valle d'Aosta ed istituzione nella Valle stessa di una Sovrintendenza agli studi», l'«Ordinamento degli Uffici di conciliazione della Valle d'Aosta» e la «Devoluzione alla Valle d'Aosta di alcuni servizi».

Per quel che qui maggiormente interessa, i decreti legislativi del 1945-1946, ora menzionati, esprimono una concezione di autogoverno, di matrice anglosassone[32], in base alla quale in Valle d'Aosta «il sistema della sostituzione di organi e uffici regionali ai preesistenti uffici decentrati dello Stato fu realizzato coerentemente»[33]. La sostituzione così integralmente attuata costituisce una peculiarità valdostana, probabilmente favorita dalla stessa ridotta dimensione territoriale della Valle che consente «un esperimento di autogoverno difficilmente riproducibile in altre parti dell'ordinamento»[34]. La circostanza che la dimensione territoriale sia assimilabile a quella provinciale costituisce un altro elemento che facilita l'autogoverno[35], in

all'amministrazione del Governo italiano, od anche anteriormente, se ciò sarà disposto dal Governo militare alleato».

[30] Si veda P. CARROZZA, *Legge cost. n.4/1948*, in *Commentario alla Costituzione* 1995, 404-405.

[31] Così i decreti legislativi in discorso «si presentano (…) come autenticamente fondativi del successivo regime di autonomia regionale» (R. LOUVIN, *I decreti luogotenenziali per la Valle d'Aosta del 1945: fra rottura e transizione costituzionale*, in D. ROCCA (a cura di) *I decreti luogotenenziali del 1945*, Aosta, Stylos, 2007, 150).

[32] Confronta P. CARROZZA, *Legge cost. n.4/1948*, cit., 415.

[33] Corte cost., sent. n. 38 del 2003, punto 3. *in diritto*.

[34] G.F. FERRARI, *Valle d'Aosta*, in questa *Rivista* 2011, 878.

[35] Il che forse contribuisce a spiegare la scarsa fortuna di tale concezione di autogoverno in Sicilia, rimasta sostanzialmente nella sola lettera di alcune disposizioni dello Statuto, pur ad essa «ispirato» (Corte cost., sent. n. 38 del 2003, punto 3. *in diritto*). Può richiamarsi in particolare l'art. 31, co. 1 St. Sic. che affida al Presidente della Regione il «mantenimento dell'ordine pubblico» (in analogia all'art. 44, co. 1 St. V.d'A., su cui si veda *infra* par. 4) «a mezzo della polizia di Stato, la quale nella Regione dipende disciplinarmente, per l'impiego e l'utilizzazione, dal Governo regionale». In proposito, si rammenti la recente proposta della Giunta regionale siciliana di attuare l'art. 31 St., tradottasi nell'approvazione, il 26

quanto gli organi decentrati dello Stato e gli enti comunque ad esso riconducibili, che vengono sostituiti da quelli valdostani, operano su un territorio coincidente con ciascuna Provincia[36], tipica circoscrizione amministrativa statale secondo il modello francese, introdotto nel nostro paese sin dall'unificazione nazionale, per il tramite della monarchia sabauda (legge Regno di Sardegna 23 ottobre 1859, n. 3702)[37]. Non per nulla, nei decreti legislativi del 1945-1946 non si ragiona mai di Regione, ma di «Valle d'Aosta» costituita in «Circoscrizione autonoma» (art. 1, co. 1 d.lgs.lgt. n. 545 del 1945)[38]. La Regione seguirà: prevista dapprima dagli artt. 116 e 131 Cost. e subito dopo istituita dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4, mediante la quale l'Assemblea costituente ne adotta lo Statuto, *ex* XVII, co. 1 disp.trans.fin. Cost.

4. Il fondamento prestatutario dell'autonomia valdostana.

La Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* non viene quindi costruita sul nulla, ma edificata su preesistenti solide fondamenta, corrispondenti ai decreti legislativi del 1945-1946 che lo Statuto presuppone. Tanto è vero che gli organi statali decentrati e gli enti a base territoriale provinciale riconducibili allo Stato, soppressi dai decreti legislativi in discorso, non sono stati ricostituiti successivamente all'entrata in vigore dello Statuto speciale; anzi, le funzioni di tali organi ed enti hanno continuato ad essere pacificamente esercitate dagli organi valdostani cui i decreti legislativi del 1945-1946 le avevano trasferite. Altrimenti detto, «il riconoscimento di una prerogativa pre-statutaria si stabilizza così nel tempo mediante una ininterrotta non contestazione della regola che la attribuisce»[39]. Il che è avvenuto sia quando lo Statuto riprende in parte le previsioni dei decreti legislativi del 1945-1946 sia quando, più frequentemente, non le riprende per nulla.

---

marzo 2020, di uno «Schema di norma di attuazione dell'art. 31 dello Statuto della Regione Siciliana», da sottoporre alla Commissione paritetica (vedi A. MORELLI, *Quel che resta della specialità nello stato di emergenza (e non solo). La proposta di attuazione dell'art. 31 dello Statuto siciliano*, in *Diritti regionali* 2020, 1, 544, al sito *internet* www.dirittiregionali.it).

[36] Nella Provincia di Aosta, soppressa dall'art. 1, co. 2 d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, gli organi decentrati dello Stato avevano ovviamente sede nel capoluogo; quest'ultimo rimane tale, con riferimento alla contestualmente istituita Circoscrizione autonoma «Valle d'Aosta» (art. 1, co. 1), privata, rispetto alla precedente Provincia, dei Comuni del Canavese, aggregati alla Provincia di Torino (art. 1, co. 2).

[37] Vedi G.C. DE MARTIN, *Un ente strategico, ancorché misconosciuto: la Provincia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Annuario DRASD 2010*, Milano, Giuffrè, 2010, 32-33.

[38] Vedi *supra* nt. 36.

[39] G. DEMURO, *Regolamenti di delegificazione e «sostanza» delle norme di attuazione*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2003, 247.

Quanto alla prima ipotesi, può rammentarsi l'attribuzione del «mantenimento dell'ordine pubblico» al Presidente della Regione (art. 44, co. 1 St.) che nella logica del compiuto autogoverno valdostano presuppone la soppressione dell'organo prefettizio, in conseguenza della quale tutte le sue funzioni sono state attribuite, *ex* art. 4, co. 1 d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, all'organo regionale «dotato dei poteri di rappresentanza della Valle»[40], identificato dapprima nel Presidente del Consiglio della Valle, quindi nel Presidente della Giunta, ridenominato Presidente della Regione dall'art. 2, co. 1, lett. *a* legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2.

Quanto alla seconda ipotesi, essa si attaglia anche al caso oggetto della sentenza che qui si commenta: a fronte del silenzio sul punto del successivo Statuto regionale valdostano che non nomina mai la Camera di commercio, va rammentato che «la Camera di commercio, industria ed agricoltura di Aosta è soppressa» dall'art. 11, co. 1 d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946 e conseguentemente i suoi «compiti» sono «assunti dalla Valle d'Aosta, che vi provvede con apposito ufficio e proprio personale» (co. 2)[41]; di conseguenza la Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* era ed è «direttamente titolare delle stesse attribuzioni degli enti camerali» (Corte cost., sent. n. 225 del 2019, punto 9. *in diritto*). L'afasia dello Statuto valdostano non implica affatto che, successivamente alla sua entrata in vigore, sia risorta la Camera di commercio; in tal senso, se mai ve ne fosse bisogno, militano gli oltre settant'anni di disciplina valdostana del settore, mai contestata dallo Stato: dal Comitato valdostano di collaborazione per il commercio, l'industria e l'agricoltura, istituito con deliberazione del Consiglio della Valle 13 marzo 1947, n. 54, alla già menzionata Camera valdostana delle imprese e delle professioni - *Chambre valdôtaine des entreprises et des activités libérales*, istituita dalla l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002, non impugnata dallo Stato.

D'altra parte, se si accedesse alla ricostruzione secondo cui soltanto le disposizioni dei decreti legislativi del 1945-1946 riprodotte nello Statuto valdostano trovano applicazione in Valle d'Aosta, argomentando *ab absurdo* si arriverebbe alla conclusione che tuttora esiste la Provincia di Aosta, soppressa dall'art. 1, co. 2 d.lgs.lgt. n. 545 del 1945 e (proprio per tale ragione, secondo la tesi qui sostenuta) mai menzionata nello Statuto valdostano. Al riguardo, può rammentarsi che la denegata ricostruzione, forse presente in filigrana in una risalente pronunzia del giudice delle leggi (sent. n. 40 del 1961)[42], sembra (ri)proposta all'Avvocatura dello Stato nell'ambito del conflitto intersoggettivo che

[40] Corte cost., sent. n. 38 del 2001, punto 3. *in diritto*.

[41] Si veda R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, 7 ed., Milano, Giuffrè, 2002, 11.

[42] Laddove, al punto 2. *in diritto*, la Corte costituzionale non interpreta l'art. 43, co. 2 St. V.d'A., relativo allo scioglimento dei Consigli dei Comuni, alla luce dell'art. 7, co.1 d.lgs.lgt. n. 545 del 1945 che attribuisce al Consiglio della Valle «lo scioglimento delle amministrazioni comunali, per gravi motivi di ordine pubblico».

conduce alla sent. n. 38 del 2003. La difesa erariale sostiene infatti che il relativo giudizio possa essere sì definito sulla base del d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, ma con riferimento alle sole «parti in cui il decreto luogotenenziale contiene disposizioni espressamente recepite dallo Statuto» (sent. n. 38 del 2003, punto 2. *in fatto* che riassume le argomentazioni dell'Avvocatura). Tuttavia la Corte respinge l'argomento ora richiamato, considerando irrilevante nella definizione del giudizio sul conflitto intersoggettivo la circostanza che «lo Statuto speciale non riprende espressamente e integralmente tutti i contenuti del decreto n. 545 del 1945» (punto 3. *in diritto*). Anzi, a ben vedere, tale decreto va «considerato tuttora vigente per le sue parti non espressamente disciplinate dallo Statuto speciale»[43].

I decreti legislativi del 1945-1946 sono «documenti normativi di cui a torto si vorrebbe riservare lo studio ai soli storici»[44]. Essi si radicano nel passato, ma vigono tuttora. Al riguardo, possiamo concentrare la nostra attenzione sul d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946 che, come si è visto, all'art. 11 ha soppresso la Camera di commercio di Aosta, trasferendone le funzioni alla Valle d'Aosta. In tal modo, il decreto n. 532 ha reso vana – come ha stabilito la sent. n. 225 che qui si commenta – la pretesa dello Stato di disciplinare col d.m. 16 febbraio 2018 la Camera valdostana di cui alla l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002, che costituisce semplicemente «un apposito ente per l'espletamento dei compiti trasferiti all'amministrazione valdostana»[45], istituito dal legislatore regionale avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 15 d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946[46]. Il che non implica affatto la ricostituzione di una Camera di commercio di Aosta soggetta alla disciplina statale. Come osserva il giudice delle leggi, la Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* nel prevedere che la Camera valdostana «è collegata alle Camere di commercio italiane ed europee e agli enti che ne rappresentano gli interessi» (art. 1, co. 3 l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002), ne ha voluto anzi sottolineare «la posizione di separatezza (…) rispetto al sistema camerale nazionale» (sent. n. 225 del 2019, punto 9.1. *in diritto*).

Il decreto n. 532 trova il proprio fondamento nell'ordinamento precostituzionale: più specificamente, come risulta dalla sua premessa, viene adottato in base al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151

[43] P. LUCAT, *Le politiche produttive e del lavoro*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale*, cit., 429.

[44] R. LOUVIN, *I decreti luogotenenziali*, cit., 159.

[45] P. LUCAT, *Le politiche produttive*, cit., 434. Si rammenti al riguardo che l'art. 1, co. 1 l.reg. V.d'A. n. 7 del 2002 prevede che la Camera valdostana «esercita in Valle d'Aosta le funzioni assunte dalla Regione stessa ai sensi dell'art. 11 d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946».

[46] Secondo cui «qualora i servizi per l'industria, il commercio e l'agricoltura della Valle d'Aosta vengano in seguito trasferiti ad un apposito ente da costituirsi localmente, il patrimonio della soppressa Camera di commercio, industria e agricoltura di Aosta assegnato alla Valle sarà devoluto al predetto ente».

(cosiddetta Costituzione provvisoria) e al decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98[47]. Ma il decreto n. 532 vive anche nel nuovo ordinamento repubblicano, nell'ambito del quale venne sottoposto «a ratifica del nuovo Parlamento», come previsto dall'art. 6 d.lgs.lgt. n. 98 del 1946: l'art. 1 legge 17 aprile 1956, n. 561 ne dispose infatti la ratifica[48].

La permanente vigenza dei decreti del 1945-1946 contenenti «norme di trasferimento di funzioni alla Regione Valle d'Aosta» in genere[49] e del d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946 in ispecie, trova conferma nel decreto legislativo 22 aprile 1994, n. 320: apparentemente, uno dei tanti decreti legislativi di attuazione degli Statuti regionali speciali; in realtà, il primo atto relativo alla Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* pienamente riconducibile a tale categoria di decreti legislativi, in quanto inaugura la serie di norme di attuazione dello Statuto valdostano adottate con la procedura della Commissione paritetica, abituale nella altre quattro Regioni ad autonomia speciale ma introdotta invece poco prima in Valle d'Aosta. Com'è noto, soltanto con l'art. 3 legge costituzionale 23 settembre 1993, n. 2 viene inserito nello Statuto valdostano l'art. 48-*bis*, ai sensi del quale le norme di attuazione dello stesso sono emanate con decreti legislativi, i cui «schemi» vengono «elaborati da una Commissione paritetica composta da sei membri nominati, rispettivamente, tre dal Governo e tre dal Consiglio regionale»[50]. Proprio in quanto primo atto scaturito dalla neoistituita fonte sulla produzione ora richiamata, il d.lgs. n. 320 del 1994, oltre a contenere numerose norme di attuazione, procede a organizzarne complessivamente il sistema, disponendo che quelle allora vigenti, adottate con altri procedimenti legislativi, possano essere modificate «solo con il procedimento di cui all'art. 48-*bis* St. V.d'A.» (art. 1 d.lgs. n. 320). Di per sé, la disposizione ora riportata potrebbe apparire pleonastica, in quanto il mutamento delle «norme sulla produzione giuridica in senso stretto» delle norme di attuazione, se non incide sulla validità formale delle norme di attuazione vigenti, richiede necessariamente

[47] Più specificamente, l'art. 4 d.-l.lgt. n. 151 prevedeva che «finché non sarà eletto il nuovo Parlamento» la funzione legislativa sarebbe stata esercitata mediante decreti legislativi deliberati dal Consiglio dei ministri e «sanzionati e promulgati dal Luogotenente generale del Regno». Ai sensi dell'art. 2 d.lgs.lgt. n. 98, dopo il *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946 le funzioni del Luogotenente generale del Regno (nel frattempo divenuto Re d'Italia) furono assunte dal Capo provvisorio dello Stato.

[48] Si veda G. AMATO, *Decreto legislativo luogotenenziale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, 877.

[49] Nel dettaglio, si tratta del d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, del d.lgs.C.p.S. n. 365 del 1946 e, appunto, del d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946.

[50] Sulle modalità di attuazione dello Statuto valdostano anteriormente alla legge cost. n. 2 del 1993 sia consentito rinviare a M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 48-51.

l'applicazione del nuovo procedimento per la loro modifica; in altre parole, si tratta semplicemente di applicare il principio *tempus regit actum*[51].

Ma il rilevato pleonasmo non sussiste con riferimento a decreti legislativi contenenti norme di per sé non riconducibili al novero di quelle di attuazione[52], ma, nonostante ciò, inseriti dall'art. 1 d.lgs. n. 320 nell'elenco degli atti modificabili soltanto con la procedura *ex* art. 48-*bis* St. V.d'A. Come si accennava, si tratta dei decreti legislativi del 1945-1946 che trasferiscono funzioni alla Valle d'Aosta[53] e in particolare, per quel che qui maggiormente interessa, del d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946. I decreti legislativi in discorso non possono logicamente contenere norme di attuazione dello Statuto speciale valdostano, in quanto anteriori ad esso. Occorre dunque interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto il d.lgs. n. 320 a prevedere che il loro «procedimento di modifica» venisse «irrigidito» (come letteralmente si esprime la sent. n. 225 del 2019, punto 9.2. *in diritto*). Al riguardo, può osservarsi che in tal modo i citati decreti legislativi del 1945-1946 entrano anche formalmente a far parte di quello che si potrebbe definire il blocco statutario valdostano, includente sia lo Statuto speciale sia le norme di attuazione sia gli atti legislativi ad esse assimilati perché sottoposti allo stesso procedimento di modifica.

Sulla scorta della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 38 del 2003, punto 4. *in diritto*) potrebbe osservarsi che buona parte della disciplina contenuta nei decreti legislativi prestatutari menzionati all'art. 1 d.lgs. n. 320 del 1994, «non essendo stata integralmente trasfusa nello Statuto», è suscettibile di essere modificata senza ricorrere al procedimento di revisione statutaria (art. 50 St. V.d'A.), ma seguendo il procedimento di adozione delle norme di attuazione di cui all'art. 48-*bis* St. In particolare, la constatazione ora proposta può riferirsi al d.lgs.C.p.S. n. 532 del 1946 e alla soppressione della Camera di commercio di Aosta da esso operata. Apparentemente, il decreto n. 532 è dunque assoggettato a un procedimento di modifica meno aggravato di quello previsto per revisionare le disposizioni formalmente contenute nello Statuto valdostano. Va però rammentato che il procedimento di revisione statutaria può essere portato a termine dallo Stato anche a prescindere dalla volontà della Regione che, nel caso di «iniziativa

[51] Confronta R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 172.

[52] Tanto è vero che l'art. 1 d.lgs. n. 320 del 1994, pur rubricato «Modifiche alle norme di attuazione», non le definisce come tali, richiamandole piuttosto quali «norme di trasferimento di funzioni alla Regione Valle d'Aosta».

[53] Nonché dell'«ordinamento finanziario della Regione» sino ad allora disciplinato «con legge dello Stato, in accordo con la Giunta regionale» (art. 50, co. 5 St. V.d'A.). Sul punto, anche con riferimento al mancato coordinamento dell'art. 1 d.lgs. n. 320 del 1994 con la disposizione statutaria ora citata, vedi R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c'è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità. Evidenze e riscontri tra soluzioni istituzionali e politiche settoriali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 462-463.

governativa o parlamentare», vi partecipa soltanto con il parere del Consiglio regionale (art. 50, co. 3 St. V.d'A.), Il procedimento di adozione delle norme di attuazione – e di modifica del d.lgs.lgt. n. 532 del 1946, come si è visto – sembra invece richiedere il consenso regionale, in quanto le norme adottate *ex* art. 48-*bis* St. «rivestono un carattere "concordato", configurando un vero e proprio "accordo normativo" fra lo Stato e la Regione raggiunto in una sede tecnico-politica: la Commissione paritetica per le norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Autonoma Valle d'Aosta»[54]. Altrimenti e riassuntivamente detto, per quanto paradossale possa apparire, senza il consenso regionale può modificarsi lo Statuto speciale ma non il decreto n. 532, come pure gli altri decreti del 1945-1946 menzionati dall'art. 1 d.lgs. n. 320 del 1994 e perciò stesso sottratti alla disponibilità del solo Stato[55].

Il carattere paradossale dell'affermazione ora proposta si attenua peraltro notevolmente se si rammenta che tali decreti legislativi preesistevano allo Statuto valdostano che si è innestato sulla situazione normativa da essi prodotta. Situazione normativa fondante l'autonomia valdostana e che lo Statuto speciale presuppone; perciò essa non può venir meno, e neppure essere modificata, senza il consenso regionale espresso in Commissione paritetica. *A fortiori*, naturalmente, tale situazione normativa non può essere alterata dal d.m. 16 febbraio 2018, vale a dire da «un atto fonte secondario, inidoneo (…) a soddisfare la complessa procedura richiesta dall'art. 48-*bis* dello Statuto speciale» (sent. n. 225 del 2019, punto 10. *in diritto*). D'altra parte lo Stato avrebbe potuto evitare di incorrere nella censura espressa dalla Corte costituzionale se soltanto l'estensore del d.m. avesse redatto gli allegati, contenenti i menzionati illegittimi riferimenti alla Camera valdostana, senza dimenticarsi dell'art. 8, co. 3 dello stesso d.m., secondo cui le disposizioni di quest'ultimo «sono applicabili nelle Regioni a Statuto speciale e nelle Provincie autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con i rispettivi Statuti e le relative

[54] R. LOUVIN, *Gli strumenti di raccordo esterno: i rapporti con lo Stato e con le altre Regioni*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale*, cit., 251.

[55] La considerazione ora svolta non si presta invece a essere estesa alle norme di attuazione in senso stretto, in quanto la revisione dello Statuto di per sé fa venir meno, a prescindere dal consenso regionale, le disposizioni legislative che attuavano il precedente testo statutario. Infatti l'«intrinseca natura» delle norme di attuazione fa sì che «esse siano destinate a spiegare efficacia sino a che rimarranno in vigore le disposizioni statutarie che esse interpretano o integrano. Con la caducazione o la modificazione delle relative norme statutarie, e nei limiti relativi, le norme di attuazione vengono pertanto a perdere efficacia» (Corte cost., sent. n. 34 del 1974, punto 2. *in diritto*, relativamente al passaggio dallo Statuto trentino-altoatesino del 1948 a quello del 1972; *adde* ord. n. 270 del 1974 e sent. n. 7 del 1977). Ma appunto i decreti del 1945-1946 non attuano lo Statuto valdostano e dunque non paiono risentire delle vicende della sua eventuale revisione.

norme di attuazione»; clausola di salvaguardia di per sé più che sufficiente a escludere la Camera valdostana dal novero degli enti disciplinati dal d.m. 16 febbraio 2018.

© Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna – ISSN 2281-2113

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Less regulation for better regulation: ipertrofia normativa e pressappochismo linguistico ai tempi della pandemia da Covid-19

ANDREA CHIAPPETTA*

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione
A. CHIAPPETTA, Less regulation for better regulation*: ipertrofia normativa e pressappochismo linguistico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottorando di Ricerca in "Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema" nell'Università degli Studi di Teramo e Avvocato del Foro di Cosenza. Indirizzo mail: andrea.chiappetta.1992@gmail.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

"Sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie".

È la formula contenuta nel dpcm del 26 aprile 2020[1] che, utilizzando il termine "congiunti" per definire l'ambito delle frequentazioni autorizzate al tempo della pandemia da Covid-19, ha catalizzato l'attenzione di giuristi, giornalisti, politici e, soprattutto, cittadini sin dalla conferenza stampa[2] con cui il Premier ha annunciato le modalità d'avvio della c.d. fase due (post-isolamento).

Come i mezzi di informazione hanno già avuto modo di rilevare dando voce ad autorevoli accademici[3], il Codice civile non offre una definizione specifica di congiunti[4].

Un qualche supporto interpretativo proviene dal Codice penale, che all'art. 307[5] - a dire il vero "*ai soli fini della legge penale*" – qualifica come "prossimi congiunti" *"gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti".*

[1] Nello specifico nell'art.1, co.1, lett. a).

[2] Conferenza stampa rinvenibile sul sito istituzionale del Governo al link http://www.governo.it/node/14519.

[3] Oltre ai molteplici interventi di accademici nei diversi talk show televisivi, si vogliono richiamare le considerazioni di A. CELOTTO, *Chi sono i nostri congiunti?*, in *formiche.net*, 27 aprile 2020 (disponibili online: https://formiche.net/2020/04/fas-2-congiunti-diritto/).

[4] Il codice civile contiene il riferimento alla nozione di "congiunti" nell'art. 10 in tema di abuso di immagine (*"Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni"*) e nell'art. 342-*ter*, co.1 in materia di ordini di protezione (*"con il decreto di cui all'articolo 342-bis il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro"*).

[5] Il quale, rubricato "Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata", dedica il quarto comma proprio alla definizione di "prossimi congiunti".

Nello stesso senso, sempre la legislazione penale – da ultimo con il d.lgs. n. 123 del 2018[6] – ha continuato nell'uso della medesima espressione là dove ha previsto che le misure alternative a quelle dettate in tema di spese di giustizia[7] possono essere richieste *"dal condannato, dall'internato, dai loro prossimi congiunti, dal difensore, ovvero proposte dal gruppo di osservazione e trattamento"*[8].

Deve annotarsi, invero, che il termine – sprovvisto dell'attributo "prossimi" – era già comparso nella decretazione d'urgenza del Governo in carica, proprio tra i primi interventi con cui si è provato a fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto. Si fa riferimento, in particolare, al d.l. n. 9 del 2020[9] e al d.l. n. 18 del 2020[10] di contenuto analogo che all'art. 83, co.16 così recita: *"negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni* […] *i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati sono svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria"*[11].

E già questi provvedimenti, meramente riproduttivi della legge sull'ordinamento penitenziario con riguardo all'individuazione dei soggetti abilitati a interloquire con il detenuto (l'art. 18 della l. n. 354 del 1975[12]), avrebbero

[6] Con il quale è stato riformato l'ordinamento penitenziario.

[7] Si tratta delle misure previste dagli artt. 30, 30-ter, 52, 53 e 54, nonché dall'articolo 6 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115.

[8] Così recita l'art. 7 del d.lgs. n. 123 del 2018.

[9] È il decreto-legge rubricato "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" che nel suo art. 10, co.14 presenta un contenuto analogo al richiamato art. 83, co.16 del successivo d.l. n.18 del 2020, statuendo che *"negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni ubicati nelle regioni in cui si trovano i comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto sino alla data del 31 marzo 2020 i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati a norma degli articoli 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, 37 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, e 19 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, sono svolti a distanza* [..]".

[10] Il decreto-legge, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, è stato convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 24 aprile 2020.

[11] Per un'analisi approfondita dei primi provvedimenti adottati durante l'emergenza in ambito penale si rimanda a F. LAZZERI, *Emergenza "coronavirus": le disposizioni del decreto-legge del 2 marzo su processo penale e colloqui in carcere*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020.

[12] Il cui primo comma prevede che *"I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone anche al fine di compiere atti giuridici"*. Per un ampio esame dell'istituto dei colloqui si rinvia, tra gli altri, a E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, G. DELLA

potuto offrire l'occasione per tornare a riflettere sulla scelta di un termine (congiunti) che in materia, da tempo, affanna dottrina ed operatori del settore[13].

La necessità di meglio circoscrivere la portata dei contatti sociali di quanti si trovano in carcere aveva, infatti, indotto l'amministrazione competente ad intervenire, con l'ormai datata circolare n. 3478 del 1998[14], proprio sul tema oggetto dell'odierna disputa, provando a rinsaldare la *"completa equivalenza dei termini congiunti e familiari, utilizzati indifferentemente, nell'ordinamento penitenziario, per indicare l'esistenza di un rapporto di parentela"* da intendersi in *"senso lato"*, ivi comprendendovi, sia pure con delle attenuazioni[15], "*i soggetti legati da un affectio familiare equiparabile alle categorie civilistiche dei parenti e degli affini"*.

Il più recente D.P.R. n. 230 del 2000[16], poi, con l'intento di non esaurire entro il perimetro dei legami familiari i rapporti del detenuto con l'esterno, ha specificato all'art.37 i presupposti degli ulteriori momenti di interazione, chiarendo che *"i colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi"*.

Si è così delineato un quadro che – almeno astrattamente[17] – pone il recluso nelle condizioni di interagire con congiunti/familiari e terze persone: con i primi intendendosi il coniuge, il convivente indipendentemente dal sesso, i parenti e gli affini entro il quarto grado; con le seconde i soggetti che, a vario titolo, abbiano una diretta connessione con il detenuto, idonea a sostenere la ragionevolezza dei motivi del colloquio.

Al tempo della pandemia, se il riferimento a *"congiunti e altre persone"* è stato utilizzato nella fase più critica del contagio per regolare i colloqui carcerari,

---

CASA, *L'ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, CEDAM, Padova, 2000, p. 167.

[13] La richiamata disciplina del 1975 ha, infatti, stimolato il dibattito in ordine all'uso dei termini "congiunti" e "familiari", finché la dottrina prevalente non ha rilevato che la legge, ai fini della regolamentazione dei colloqui, ha utilizzato promiscuamente le due espressioni con accezioni sostanzialmente equivalenti.

[14] La Circolare D.A.P. 3478/5928 dell'8 luglio 1998.

[15] La stessa circolare ha ritenuto opportuno limitare le conseguenze di tale equiparazione, restringendo il novero dei soggetti immediatamente legittimati al colloquio ai parenti e gli affini entro il quarto grado, ponendo quelli di quinto e sesto grado alla stregua delle *altre persone* estranee al nucleo familiare.

[16] Si tratta del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà.

[17] I termini ipotetici trovano giustificazione nelle perduranti difficoltà per i detenuti di ottenere dai rispettivi istituti penitenziari l'autorizzazione al colloquio con soggetti estranei al nucleo familiare. Sul *favor familiae* che anima la disciplina si rimanda ad A. SALVATI, *Le relazioni familiari dei detenuti*, in *Amministrazione in cammino*, 2 maggio 2011.

incomprensibilmente poi per gli *allentamenti* dell'isolamento sociale successivamente disposti si è scelta una strada (uso del solo termine "congiunti") più confusa e restrittiva.

Tanto per dire che forse si sarebbe potuto – od anche dovuto – uniformare, dal punto di vista linguistico, l'intera disciplina dell'emergenza a quella vigente in ambito penitenziario, piuttosto che introdurre una formulazione equivoca che ha necessitato di interventi chiarificatori a più riprese.

Anziché, dunque, insistere in un'unica espressione che non pochi problemi aveva già generato, la convulsa normazione emergenziale avrebbe potuto recepire in ogni ambito l'approdo da ultimo conseguito nella ricordata materia penalistica, aprendo la frequentazione a quanti possano vantare *"ragionevoli motivi"* di incontro.

Sicché, pur senza voler instaurare un paragone che sarebbe del tutto improprio – sebbene le misure di *lockdown* abbiano fatto evocare la condizione della detenzione a causa della *sospensione* di una pluralità di libertà – il riferimento anche alle terze persone così come individuate dal citato D.P.R. n. 230 del 2000 avrebbe, da un lato, offerto un grado di puntualità certamente più idoneo e, dall'altro, demandato al criterio di ragionevolezza, stella polare in qualsiasi situazione che richieda un equo bilanciamento dei diritti[18] e, dunque, anche nell'emergenza in cui possono improvvisamente rendersi inadeguati (o persino difettare) altri canoni.

Ed invece, incentrando l'attenzione sull'ultimo dei provvedimenti adottati, l'accento critico è stato dai più posto in relazione alla sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV, n. 46351 del 2014, in virtù della quale una ragazza si è vista riconoscere la pretesa risarcitoria conseguente alla morte del fidanzato, rimasto vittima in un sinistro stradale.

In quella sede, è stato affermato che *"il riferimento ai prossimi congiunti deve essere inteso in presenza di un saldo e duraturo legame affettivo a prescindere dall'esistenza di rapporti di parentela o affinità"* e che lo stabile legame tra due persone, per esser riconosciuto come tale, *"non deve necessariamente esser strutturato come un rapporto di coniugio"*.

[18] Sull'indefettibilità del canone della ragionevolezza pregnanti riflessioni si rinvengono in G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000 e ID., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in A. FACECHI (A CURA DI), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 186. Per l'A. *"il principio di ragionevolezza, nelle sue multiformi declinazioni, ha assunto una tale centralità nel fenomeno giuridico da apparire ogni giorno di più la vera e propria formula magica del diritto contemporaneo"*.

Invero, nella giurisprudenza di legittimità sono state anche altre le occasioni nelle quali il concetto ha ricevuto precisazioni, con interventi[19] atti soprattutto a conformarlo ai modelli familiari ed alla struttura sociale in continua evoluzione.

Orbene, la Presidenza del Consiglio dei ministri, raccogliendo gli spunti emersi dal dibattito e mutuando dall'indirizzo giurisprudenziale sulla legittimazione in tema di risarcimento del danno parentale, ha ritenuto opportuno affrettarsi[20] ad annoverare tra i congiunti anche quanti, pur privi di vincoli giuridicamente rilevanti, siano legati da un *"affetto stabile"*, così estendendo la platea dei *socialmente privilegiati,* ma certo non sopendo – ed anzi rinfocolando – il dibattito interpretativo.

La partita si è, infatti, subito spostata su un altro piano: cosa si intende per stabili e duraturi affetti? quali sono gli indici valutativi della stabilità o della longevità di un affetto?

Tanto perché se in materia di danno la Suprema Corte ha opportunamente valorizzato (ma senza graduarli) elementi del rapporto affettivo idonei ad individuare nell'intensità del patimento la lesione risarcibile, le medesime categorie non pare possano soccorrere nella delimitazione delle frequentazioni da ripristinare dopo le misure imposte per attenuare il contagio.

Argomentando dai criteri selezionati dal dpcm ed ancor di più dalle successive note integrative, un anziano, vedovo e solo, senza più affetti stabili e/o longevi, dovrebbe considerarsi non legittimato ad incontri diversi dal compassionevole accudimento sanitario e, pertanto, privato della visita del vicino di casa con cui fino a febbraio trascorreva i pomeriggi a giocare a scacchi o della vecchia amica che gli leggeva i suoi autori preferiti.

Sarebbe come se il legislatore (o qui il Presidente del Consiglio) potesse avere la pretesa di imporre quali relazioni siano meritevoli di essere ripristinate o diano più conforto dopo il periodo di distacco sociale; come ritenere che l'evenienza di reincontrare un nipote interessato (e certamente congiunto), debba ritenersi meritevole di maggior tutela rispetto al desiderio di confrontarsi per qualche minuto con il proprio amico più fidato, con l'allievo più meritevole di incoraggiamento, con il collaboratore domestico che per vent'anni ha condiviso la stessa casa: questi ultimi tutti purtroppo non congiunti nell'accezione autorizzata nell'emergenza, ma probabilmente persone animate da ragionevoli motivi di incontro.

---

[19] A titolo meramente esemplificativo e rimanendo nello stesso ambito di danno da perdita del rapporto parentale, può richiamarsi Cass., IV sez. pen., n. 14768 del 2016, in tema di famiglia di fatto.

[20] Si fa riferimento alla comunicazione del 27 aprile 2020 con cui l'agenzia ANSA, riportando fonti del governo, ha documentato che *"nel concetto di congiunti inserito nel dpcm rientrano anche i fidanzati e gli affetti stabili*".

La formula adoperata, per conseguenza, sembrerebbe assegnare un ruolo privilegiato alla sfera di alcuni sentimenti, senza tener conto delle altre esperienze emotive cui l'individuo potrebbe voler affidare un ruolo prioritario nella propria esistenza e nel proprio stile di vita.

Ed infatti, la locuzione congiunti, in contrasto con l'art.2 della *lex fundamentalis*, pare inadeguatamente circoscrivere l'affettività fino ad escludere da essa gli ambiti che – per scelta o non per scelta (in quest'ultimo caso l'età, la malattia, la condizione di chi vive in Italia da straniero) – potrebbero costituire l'unico tessuto relazionale di un individuo.

Per tornare all'iniziale parallelismo con la disciplina penitenziaria, il tema è stato già affrontato allorquando nei tavoli tematici degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale[21] si è proposto di introdurre l'istituto giuridico della "*visita al detenuto*"[22], da tenersi *"con tutte le persone che vengono autorizzate ad effettuare colloqui. In tal senso si è scelto di non fare distinzioni tra familiari, conviventi e le cc. dd. "terze persone", poiché si tratta di garantire il diritto della persona detenuta alla cura dei rapporti affettivi, senza limitarli alla sfera familiare o coniugale*"[23].

Proprio di tali incongruenze si avvedeva in parte l'Esecutivo, tant'è che un ultimo tentativo di correggere il tiro si è registrato con la dichiarazione, a dire il vero a mezzo stampa e in quanto tale di certo sprovvista di valenza giuridica, del Viceministro della salute[24] per il quale, nella riponderata nozione posta al centro del dibattito -gli affetti stabili- rientrerebbero pure i rapporti amicali (poi però definitivamente ricacciati dal novero in sede di "chiarimento del chiarimento"[25]!).

---

[21] Nello specifico il Tavolo 6 – Mondo degli affetti e territorializzazione della pena ha formulato proposte emendative in materia di "Territorializzazione della pena", "Permessi", "Colloqui", "Telefonate e corrispondenza", "Diritti dei minori", "Rapporti con gli enti locali, il mondo esterno ed il volontariato".

[22] È la proposta n. 4 elaborata dal Tavolo 6 disponibile online sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia e rinvenibile al link: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo6_relazione.pdf .

[23] Così si legge nel paragrafo 4, lettera *b* della relazione di accompagnamento alle proposte elaborate dal sopra citato Tavolo.

[24] In occasione della trasmissione radiofonica "*Un giorno da Pecora*" andata in onda lo scorso 29 aprile su Radio Radio 1, il Viceministro della salute Sileri ha sostenuto che "*anche un'amicizia può essere un affetto stabile, come un fidanzato, se è considerata un'amicizia vera e non è una scusa".*

[25] Si allude alla circolare interpretativa del 2 maggio 2020 che il Viminale ha inviato a ciascun Prefetto della Repubblica. Con tale intervento viene chiarito che *"il termine "congiunti" ricomprende i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti"*. L'ambito a cui si riferisce l'espressione congiunti, si aggiunge, può quindi *"ricavarsi in modo sistematico dal quadro normativo e giurisprudenziale"*.

L'ex Presidente della Consulta Baldassarre, tra i più critici verso il provvedimento, ha rintracciato nel termine "congiunti" riportato nel dpcm un'irragionevole discriminazione, un pregiudizio familistico che oltretutto confliggerebbe con il generale dovere di solidarietà che senz'altro alberga nella nostra Costituzione[26].

A dire il vero, a medesimi risultati discriminatori si sarebbe giunti se si fosse utilizzata un'espressione più "tecnica": se si fosse quindi circoscritta la deroga alle visite a parenti o affini. Anzi, in quel caso, forse ancor più marcatamente, il pregiudizio familistico sarebbe risultato acuito e il dovere solidaristico oltre misura minato.

E allora forse il punto è un altro, ben più ampio – e, mi sia consentito, più interessante – delle scelte del singolo sintagma.

Può davvero un dpcm (l'ennesimo![27]) introdurre una deroga alla sospensione di diritti fondamentali che si basi sulla gerarchizzazione, sulla delimitazione – per giunta qualitativa (destinatario visita) e non quantitativa (numero visite diurne) – delle relazioni abilitanti l'esercizio della libertà di movimento?

Sotto questa chiave si può forse provare a interpretare – senza pretese di assoluzione – la scelta di una locuzione ("congiunti") astratta, generica, non ancorata a puntuali definizioni giuridiche, come del resto lo stesso Presidente del Consiglio ha avuto modo di rilevare[28].

In quest'ottica, allora, la certo non felice prescrizione andrebbe letta come una regola che semplicemente rimanda al buon senso, del destinatario (cittadino) e dell'autorità preposta al controllo.

Buon senso che d'altronde ha dovuto già ispirare molteplici azioni dei consociati, superando la vaghezza – cosciente o meno – di diverse disposizioni che hanno trovato residenza negli atti, perlopiù amministrativi, con cui si è fronteggiata la pandemia.

È il buon senso (non certo lo strumento di misurazione della distanza) che ha orientato ogni passo – entro od oltre le mura domestiche – nel rispetto delle distanze interpersonali; è il buon senso (non certo un previo ed accurato controllo) che ha guidato il soddisfacimento delle impellenze degli animali domestici; è il buon senso (e non certo la concreta verifica del bisogno alimentare) che ha determinato gli accessi ai supermercati.

---

[26] È il contenuto delle riflessioni che l'ex Presidente della Consulta Antonio Baldassarre ha affidato all'agenzia *Adkronos* il 27 aprile 2020.

[27] Dalla dichiarazione dello stato di emergenza sono stati adottati, al 4 maggio 2020, undici decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

[28] L'astrattezza della previsione è stata riconosciuta dallo stesso Presidente del Consiglio, il quale il 27 aprile 2020, a margine di un incontro istituzionale svoltosi a Milano, ha dichiarato che *"congiunti è una formula un po'* [..] *ampia, generica"*.

Parimenti solo il buon senso (e non certo il termometro della stabilità di un affetto) dovrebbe valere a limitare i frammenti di vita sociale.

E proprio in questo pare sostanziarsi la *ratio* sottesa all'intera gestione governativa dell'emergenza sanitaria: un perenne bilanciamento tra effetto psicologico deterrente e ragionevole assolvimento di tutte le esigenze della persona.

Diversamente opinando, l'oscurità e la vaghezza delle disposizioni non sarebbero sormontabili, e non solo per la parola congiunti!

Cosa si è inteso per "attività motorie in prossimità dell'abitazione"[29]? Cosa si intende per "rientro presso l'abitazione"[30]? Quand'è che un contatto sociale è "limitato al massimo"[31]? Quand'è che un'esigenza lavorativa può dirsi "comprovata"[32]? Qual è, ad esempio, il presupposto che *giustifica* lo spostamento per usufruire dei servizi di asporto nelle attività di ristorazione, di nuovo ripristinati[33]?

Sono solo alcuni dei quesiti indotti da generiche prescrizioni che hanno comunque fortemente impattato sull'esercizio di libertà costituzionalmente garantite.

---

[29] Si tratta dell'espressione contenuta nell'ordinanza del 20 marzo 2020 con cui il Ministro della Salute, all'art.1, co.1, lett. b), ha disposto che *"non è consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto; resta consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona".*

[30] L'ultimo dpcm del 26 aprile 2020 ha riproposto la formula già contenuta nel dpcm dell'8 marzo 2020 ed all'art.1, co.1, lett. a) precisa che *"è in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza".*

[31] Il dpcm del 26 aprile 2020, nel regolamentare la condotta dei soggetti *potenzialmente contagiosi*, all'art.1, co.1, lett. b), statuisce che *"i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) devono rimanere presso il proprio domicilio e limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante".*

[32] La necessità di fondare la motivazione di uno spostamento, tra le altre ragioni, su *"comprovate esigenze lavorative"* ricorre in tutta la disciplina d'emergenza.

[33] L'art.1, co.1, lett. a) del dpcm del 26 aprile 2020 consente *"solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti"*, ma l'art.1, co.1, lett.aa) dello stesso dpcm prevede che *"resta consentita la ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie sia per l'attività di confezionamento che di trasporto, nonché la ristorazione con asporto fermo restando l'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi"*, sì generando una potenziale antinomia tra i rigidi presupposti che consentirebbero gli spostamenti e le attività effettivamente *consentite*.

E la risposta a simili quesiti non può allora esser demandata alle FAQ[34] – di certo estranee al sistema delle fonti del diritto – generate da un sito istituzionale. La classificazione e la funzione di ciascuna fonte trovano esauriente definizione nella Costituzione e *"anche nel tempo presente, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende"* [35].

L'imponente catena normativa messa in campo nell'emergenza[36] e il proliferare delle note interpretative che ne sono conseguite hanno enfatizzato, una volta di più, la criticità che da anni affligge l'ordinamento italiano: l'incondizionata ipertrofia normativa fondata, per giunta, sul pressappochismo linguistico.

La locuzione "congiunti" ne è solo uno, l'ultimo esempio. In ogni suo significato, infatti, essa appare diffusamente nella legislazione italiana[37] senza trovarvi esplicazione univoca e, nell'accezione (di stretta relazione affettiva) utilizzata nella normazione emergenziale, non ha mai trovato definizione nel codice civile, vero strumento regolatore dei rapporti interpersonali.

Da tempo legittimamente invochiamo una *better regulation for better results*[38], ma non sarà forse l'ora di *less regulation for better regulation*?

[34] Il 27 aprile 2020 lo stesso Presidente del Consiglio, intento a fornire alla stampa chiarimenti sull'interpretazione da dare alla locuzione "congiunti", ha fatto cenno alla sezione FAQ (*"Lo preciseremo anche nelle FAQ"*) del sito istituzionale di Palazzo Chigi. Il 3 maggio 2020 la sezione è stata aggiornata e mira a fornire le risposte ai principali quesiti scaturiti dal dpcm del 26 aprile 2020.

[35] Sono le icastiche riflessioni contenute nella relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019 (p. 26 della Relazione integrale e p.18 del documento di Sintesi della Relazione integrale), con cui la Presidente della Consulta Marta Cartabia, senza in alcun modo voler ancorare il proprio ragionamento alla situazione politica attuale, ha affrontato il tema dello stato di emergenza nell'apposito paragrafo *"Oltre il 2019"*.

[36] La massiccia produzione normativa con cui si è tentato di far fronte all'emergenza sanitaria ha già interessato la più autorevole dottrina; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, fasc.2/2020, 112, efficacemente sottolinea una *"stratificazione normativa ormai alluvionale"*.

[37] Sino a superare le 550 volte.

[38] Sulla necessità di migliorare la qualità della legislazione, si rinvia al *dossier* L. TAFANI (a cura di), *Better regulation for better results*, Senato della Repubblica, giugno 2015.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'*amicus curiae* nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di cassazione

LUIGI SALVATO*

Sommario

1. Premessa. – 2. Le «formazioni sociali». – 3. L'intervento quale *amicus curiae versus* l'intervento "ordinario" e la figura dello "esperto". – 4. Le condizioni di ammissibilità e la finalità dell'intervento. – 5. La modalità dell'intervento. – 6. I «soggetti istituzionali». – 7. Il Procuratore Generale della Corte di cassazione quale *amicus curiae*. – 7.1. L'intervento nel giudizio incidentale. – 7.2. L'intervento nei giudizi in via di azione o per conflitto di attribuzioni.

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione

L. SALVATO, *L'amicus curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di cassazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Avvocato Generale della Corte di Cassazione.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Premessa

La Corte costituzionale, con delibera in sede non giurisdizionale dell'8 gennaio 2020, ha modificato le «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» e, quindi, la disciplina del processo costituzionale.

Le modifiche hanno avuto ad oggetto anzitutto l'intervento nel giudizio di legittimità costituzionale dei soggetti che non rivestono la qualità di parte nel processo *a quo*, regolamentato mediante l'inserimento nell'art. 4 del comma 7, che stabilisce il presupposto dell'intervento, e l'introduzione dell'art. 4-*bis*, concernente (con il modificato art. 4, comma 3) le modalità con cui deve avvenire.

È stato inoltre introdotto l'art. 4-*ter*, che ha disciplinato una nuova tipologia di intervento, ammissibile in tutti i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale (fatta eccezione per il giudizio di ammissibilità del *referendum*), prevedendo che – come esplicita il comunicato stampa dell'11 gennaio 2020 con il quale la Corte ha dato notizia delle modifiche - «qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio».

Infine, con l'introduzione dell'art. 14-*bis*, è stata prevista la «possibilità di convocare esperti di chiara fama, qualora [la Corte] ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline»[1], disciplinando le modalità dell'acquisizione dell'opinione espressa dai predetti.

La prima di dette modifiche ha sostanzialmente codificato, e chiarito, un principio ripetutamente enunciato dalla giurisprudenza costituzionale e, quindi, non presenta profili di effettiva novità[2]. La terza ha integrato i mezzi istruttori che

1 Così il comunicato stampa richiamato nel testo.

2 La disposizione non ha il carattere della novità quanto al presupposto dell'intervento; secondo LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale, www.diritticomparati.it,* 2020, in buona sostanza, con essa è stata «codificata la giurisprudenza costante secondo cui tali soggetti devono essere "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio"»; analogamente, CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, www.osservatoriosullefonti.it, 2020; FINOCCHIARO, *Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» approvate con delibera dell'8 gennaio 2020*, www.sistemapenale.it. Nella parte concernente la modalità dell'intervento, la disposizione ha parimenti soltanto «consolida[to] nelle norme integrative le istruzioni del Presidente della Corte costituzionale 21 novembre 2018, prot. 61/B della cancelleria» (CONTI, *La Corte costituzionale si apre,* cit.), che aveva posto termine alla precedente prassi, in virtù

la Corte può assumere, prevedendo l'acquisizione dell'opinione di esperti di chiara fama su specifiche discipline, non riconducibile al paradigma della consulenza tecnica di ufficio e che «si avvicina piuttosto alle audizioni in commissione come sviluppate nel diritto parlamentare […] e, forse, più in particolare, alle audizioni inserite all'interno di una indagine conoscitiva di una commissione parlamentare in sede referente»[3]. La seconda modifica costituisce quella connotata da marcata novità, anche nell'opinione della stessa Corte che traspare dal richiamato comunicato stampa, il quale si apre infatti con la segnalazione dell'introduzione di una nuova figura nel processo costituzionale, la sola che costituisce qui oggetto di alcune riflessioni, peraltro con limitato riguardo alla possibilità che il Procuratore Generale della Corte di cassazione assuma la veste di *amicus curiae*.

In particolare, l'art. 4-*ter* ha introdotto, recita la rubrica, gli "*Amici curiae*", definiti al comma 1 come «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, [che] possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta».

La disposizione ha consentito ad un nuovo attore (sia pure, come si dirà, non protagonista) di partecipare al processo costituzionale, introducendo una novità che tuttavia più che frutto di una rivoluzione[4] costituisce l'esito di un'evoluzione non breve[5], preceduta da un dibattito sviluppatosi anche ad iniziativa della stessa Corte[6]. Il nuovo istituto rinviene il suo immediato antecedente nelle esperienze di numerosi altri Paesi, nei quali si è progressivamente affermata la «tendenza ad aprire il processo costituzionale "oltre le parti"», realizzata in ciascuno, in ragione delle diverse tradizioni, con modalità differenti, al punto da impedire la possibilità di enucleare una definizione universalmente valida della figura dell'*amicus curiae*[7].

---

della quale gli interventi destinati ad essere dichiarati inammissibili comunque entravano, almeno temporaneamente, nel giudizio.

[3] CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit., prefigurando, ad avviso di LECIS, *La svolta del processo costituzionale*, cit., una «terza via per la partecipazione della società civile al giudizio» dinanzi alla Corte.

[4] COTTURI, *Quando la Costituzione è in movimento*, *Questione giustizia*, 2020, «l'apertura della Corte è più che un segno di novità: è una rivoluzione».

[5] LECIS, *La svolta del processo costituzionale*, cit.; MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla corte costituzionale*, *osservatoriosullefonti.it.,* 2020.

[6] Il riferimento è al seminario (ed ai relativi atti) su "*Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali*", tenuto a Palazzo della Consulta il 18 dicembre 2018.

[7] GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, www.consultaonline.it, 2019, ove un panorama degli istituti negli ordinamenti stranieri e con riferimento alla figura nei processi dinanzi alle Corti

Il dibattito che ha preceduto la modifica e l'apporto delle esperienze straniere non hanno reso meno semplice la scelta in ordine al se ed al come aprire il giudizio costituzionale a contributi esterni, perché questa coinvolge questioni antiche, complesse - forse, ancora irrisolte -, che possono essere soltanto accennate quali quelle della natura, giurisdizionale o politica, delle funzioni della Corte[8], della qualificazione del "procedimento" osservato per la decisione come "processo" o "procedura costituzionale", dei rischi insiti nella stessa[9], del ruolo della Corte all'interno dell'ordinamento[10] e del rapporto con le regole che disciplinano il proprio "processo"[11]. Tali questioni sono tutte sottese, talora anche espressamente

sovranazionali, anche con riguardo alle differenti modalità con le quali è stata realizzata detta apertura. Di recente, per una sintesi delle differenti modalità con le quali è previsto l'intervento dell'*amicus curiae* dinanzi alla Corte suprema degli Stati Uniti, al Consiglio costituzionale francese, al Tribunale costituzionale federale della Germania, SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/calamospecchia_scrittiCostanzo, 2020.

[8] In ordine alle questioni accennate nel testo è impossibile pur solo offrire sintetiche indicazioni di dottrina, sicchè si impone di rinviare ai contributi che le hanno affrontate con specifico riferimento alla modifica in esame; sul tema della natura delle funzioni della Corte costituzionale, SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale,* cit.

[9] Questioni e rischi, con riguardo al tema in esame, efficacemente sintetizzati poco prima della riforma in esame da MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, *Quad. cost.*, 2019, p. 393.

[10] Secondo CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit., «Una Corte che si apre all'ascolto della società civile è, nello stesso tempo, una Corte che avverte la solitudine del proprio ruolo per come si è sviluppato nella crisi del sistema di rappresentanza politica che si trascina oramai da così tanto tempo da essere costitutiva di un particolare modo di intendere la democrazia, cerca un rimedio a questa solitudine nel rapporto con la società civile e, in questo modo, confessa quanto il proprio ruolo è mutato nel sistema, perché la sua autonomia costituzionale si è ampliata sino a definire l'esatta collocazione della Corte costituzionale fra i poteri dello Stato».

[11] Tema quest'ultimo di recente riassunto da PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, *Giur. cost.*, 2019, p. 1897, prospettando i rischi insiti in una eccessiva dilatazione della discrezionalità della Corte in detto ambito; per ulteriori riferimenti in ordine a tale dibattito con specifico riguardo alla riforma delle Norme integrative realizzata nel 2020, CONTI, *La Corte si apre*, cit., secondo il quale la Corte è intervenuta «con un certo *self restraint*», tenuto conto che la disciplina dell'intervento nel giudizio in via incidentale si è limitata a consolidare il pregresso orientamento della giurisprudenza costituzionale, mentre «gli artt. 4 *ter* e 14 *bis* non alterano il tessuto profondo della giustizia costituzionale, perché il carattere obiettivo del processo costituzionale rende ragionevole il deposito di opinioni da parte di chi è

affrontate, nei già numerosi commenti concernenti il richiamato art. 4-*ter*; la loro complessità dà ragione delle variegate opinioni in ordine alla portata dell'innovazione, alla sua congruità al fine di superare il pregresso atteggiamento della Corte rispetto ai contributi esterni che già in passato le venivano offerti (definito «della tripla I": *Informal*, *Implicit*, *Indirect*»[12]), alla sua utilità ed ai rischi della scelta per le eventuali ricadute che può avere sulla autorevolezza della Corte costituzionale, oltre che sul suo ruolo e sui compiti[13]. Si tratta di questioni,

interessato alla soluzione della questione di legittimità costituzionale e, nello stesso tempo, l'importanza delle decisioni della Corte come strumenti per risolvere problemi che la funzione di indirizzo politico non riesce ad affrontare consente di comprendere la ragionevolezza dell'apertura dialogante verso gli esperti in grado di indicare alla Corte la sostanza materiale delle questioni su cui è chiamata a imporre la propria volontà interpretando la Costituzione nel modo più retto possibile».

[12] GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit. Secondo V. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale aperta alla società civile (intervista)*, www.giustiziainsieme.it, 2020, la riforma, in questa parte, non sarebbe di «grande portata», in quanto l'art. 4-*ter* non «impo[ne] alla Corte di rispondere agli argomenti che vi sono addotti» (nell'atto di intervento) e che «così avviene per analoghi scritti, variamente pubblicati, che la Corte raccoglie nei fascicoli preparati dall'Ufficio Studi o dagli assistenti dei giudici in vista della decisione della causa. Come ogni giudice, anche i giudici costituzionali, leggono anche altro, oltre a ciò che viene prodotto nei fascicoli processuali. Da tempo (e anche recentemente) l'Università di Ferrara organizza e pubblica studi sotto il titolo di "Seminari preventivi", prima dunque, invece che dopo la sentenza della Corte, nella fiducia che nella preparazione delle sue decisioni la Corte ne prenda conoscenza». Peraltro anche coloro che hanno accolto con maggiore entusiasmo l'innovazione non hanno mancato di dare atto che, nonostante la mancata previsione della figura dell'*amicus curiae*, «tanto meno, giudici ed assistenti, rinunciavano ad acquisire, sia pure in via informale, tutte quelle indicazioni che giungessero al giudice costituzionale e che esso giudicasse utili alla soluzione di casi particolarmente complessi per la delicatezza della materia trattata (v. da ultimo, i pareri, di cui si è data notizia sulla stampa, giunti alla Corte, in aggiunta a quelli formalmente acquisiti, sul complesso caso Cappato: *La Repubblica*, 11 gennaio, 2020)», GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, www.osservatoriosullefonti, 2020.

[13] La modifica è stata accolta con toni entusiastici: esaltandone la «positiva incidenza sui meccanismi del nostro sistema democratico», poiché assicura un «più articolato e diretto il rapporto tra Corte e cittadini, resi oggi più coscienti delle loro garanzie e delle loro tutele a fronte di leggi di dubbia costituzionalità», rimarcando «il "coraggio" dimostrato dal Giudice costituzionale, il quale, per primo, sembra oggi dare una risposta alle sempre più pressanti istanze di partecipazione che provengono dalla società civile» (GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative,* cit.); attribuendole capacità di garantire «maggiore trasparenza procedurale e a una rafforzata partecipazione sociale alle decisioni» (FINOCCHIARO, *Modificazioni*, cit.); giudicandola «una rivoluzione» (COTTURI, *Quando la Costituzione è in movimento*, cit.). Nondimeno, anche da parte di coloro che con maggiore favore hanno accolto la riforma sono stati posti in luce taluni rischi: per il possibile

all'evidenza, di importanza cruciale, che dovranno essere approfondite alla luce dell'applicazione data al nuovo istituto e della prova dei fatti e che, tuttavia, eccedono le presenti riflessioni, in considerazione del limitato obiettivo sopra fissato.

2. Le «formazioni sociali»

La ricostruzione della disciplina deve muovere dall'identificazione dei soggetti legittimati all'intervento *ex* art. 4-*ter*[14], riservato dal comma 1 alle «formazioni sociali senza scopo di lucro e [a]i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità». La disposizione prefigura due distinte classi di soggetti che comprendono, da una parte, le «formazioni sociali», che non abbiano scopo di lucro; dall'altro, i «soggetti istituzionali».

La definizione fa riferimento ad «insiemi vuoti e che possono facilmente essere riempiti degli oggetti giuridici più disparati»[15]; quanto alla prima classe, stabilisce, in positivo, che deve trattarsi di «formazioni sociali», in negativo, che non devono

---

«aumento del tasso di litigiosità, che trascini il giudice costituzionale in un circolo mediatico, che ne mini l'autorevolezza. Il possibile dilatarsi dei tempi processuali a tutto scapito della necessaria tempestività della pronuncia della Corte. Una maggiore problematicità del giudizio che ne possa pregiudicare la necessaria serenità» e sottolineando l'esigenza di applicare l'istituto «evitando "eccessi" ovvero inutili dinieghi» (GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative,* cit.); per il pericolo «della c.d. "cattura" della Corte, o quantomeno delle pressioni cui essa si espone, tema noto in particolare nell'ordinamento statunitense» (FINOCCHIARO, *Modificazioni*, cit.). Non sono altresì mancate perplessità «in relazione alla garanzia dell'effettiva incidenza in giudizio degli argomenti introdotti» dall'*amicus curiae* (SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, www.dirittocomparati.it); è stato adombrato anche il pericolo di una «potenziale esposizione a una responsabilità "politica" più accentuata», evidenziando che la riforma «potrebbe porre più problemi di quanti tenda a risolverne, non potendo *a priori* escludere che la Corte venga esposta al rischio di offrire una sponda involontaria agli aspetti patologici della democrazia» e sottolineando che «la "cultura dell'ascolto" non deve esporre la Corte all'assedio delle più disparate istanze sociali non filtrate dalla "politica"» (TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, *wwww.lacostituzione.info*, 2020); è stato segnalato, ancora, che «l'apertura all'*amicus* porta con sé, da un lato, come ci insegna l'esperienza statunitense, il pericolo di una "cattura" della Corte e, dall'altro, come emerge dal sistema Cedu, il rischio di un eccessivo aggravio della mole di lavoro» (MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit.).

[14] Il sostantivo è adoperato, per ragioni di sintesi, in senso lato, in riferimento ad una partecipazione al giudizio del tutto diversa da quella oggetto dell'art. 4, la sola in relazione alla quale è utilizzabile in modo tecnicamente corretto.

[15] CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit.

avere «scopo di lucro». La locuzione rende certo che le persone fisiche sono irriconducibili alla locuzione e, quindi, non sono legittimate all'intervento[16], ma esige poi di identificare gli elementi distintivi che devono connotare le «formazioni sociali», ai fini dell'ammissibilità dell'intervento.

Entro i limiti qui d'interesse, va anzitutto ricordato che la richiamata locuzione è utilizzata nell'art. 2 Cost., per indicare i "luoghi" in cui si esplicano i diritti inviolabili dell'uomo e, inoltre, nelle disposizioni costituzionali che contemplano le aggregazioni nelle quali la persona umana si espande[17]. Dal complesso di dette disposizioni si evince il riconoscimento da parte della Costituzione di tutte le «formazioni sociali» in cui si svolge la personalità del singolo e, quindi, un «principio "pluralista" [che] è espressione tipica dello Stato democratico-sociale»[18]. Inoltre, si desumono, quali caratteri generalissimi che le connotano, il fine dell'ottimale sviluppo della personalità di coloro che vi appartengono e l'autonomia, intesa quale autoregolazione, che deve svolgersi nel rispetto della valorizzazione e salvaguardia delle posizioni soggettive all'interno delle formazioni[19].

Le norme costituzionali, è stato autorevolmente osservato, consentono «una ricognizione della realtà sociale assai larga», che «va dalle associazioni economiche ai fini di cooperazione ai sindacati professionali, ai partiti politici, alle Chiese, alle famiglie». La Costituzione delinea infatti una società pluralista ed impedisce di limitare la locuzione in esame, «e quindi la garanzia costituzionale, ai gruppi "direttamente, organicamente e stabilmente inseriti nella società generale"», risultando la stessa riferibile ad una molteplicità variegata di organizzazioni, caratterizzate dal legame con la persona e con l'esplicazione delle possibilità individuali di questa, dalla libertà nel costituirsi e da una estrema varietà di forme, che non permette di inquadrarle in schemi prefissati[20]. Queste considerazioni conservano validità anche dopo la recente, dettagliata, regolamentazione offerta a tali formazioni dal «codice del Terzo settore» che ha identificato, in positivo ed in

[16] FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, *www.sistemapenale.it*, 2020; MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative*, cit.; già prima della modifica, GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit.

[17] Quali le minoranze linguistiche (art. 6), le confessioni religiose (artt. 8, 19 e 20), le associazioni (art. 18), la famiglia (artt. 29-31), la scuola (artt. 33-34), i sindacati (art. 39), le comunità di lavoratori e utenti (art. 43), le cooperative (art. 45), i partiti politici (art. 49).

[18] ONIDA, *Costituzione italiana*, (voce), *Dig.disc.pubb.*, Torino, 1989.

[19] RUGGERI, *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, www.giurcost.org., 2019.

[20] RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 3, che conclude per il «fiducioso ancoraggio» delle formazioni sociali al diritto privato, senza che ciò escluda la possibilità di taluni interventi legislativi nella materia.

negativo, gli enti allo stesso riconducibili[21]. L'obiettivo avuto di mira è stato quello «di definire compiutamente il ruolo del "Terzo settore", alla luce di una nuova concezione dei rapporti tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, tale da privilegiare, nella prospettiva indicata dal comma 4° dell'art. 118 Cost., il perseguimento dell'interesse generale valorizzando il principio di sussidiarietà»[22]. Si tratta di una codificazione importante, da un canto, in quanto ribadisce e dà ulteriore attuazione al principio pluralistico, confermando la rilevanza dei compiti e del ruolo delle formazioni sociali nell'attuazione dei valori costituzionali; dall'altro, perché, tenuto conto della lettera e della finalità del citato art. 4-*ter*, consente di ritenere che l'iscrizione di un ente nel registro del Terzo settore costituisce circostanza da sola sufficiente, di regola, a far riconoscere allo stesso i presupposti della legittimazione all'intervento, senza che occorra svolgere alcuna, ulteriore indagine. Ed è plausibile ipotizzare che, tendenzialmente, proprio le organizzazioni del "terzo settore" costituiranno i principali e privilegiati *amici curiae* che interloquiranno con la Corte[23]. Nondimeno, l'inclusione in detto registro neppure costituisce condizione imprescindibile ai fini del riconoscimento ad una data organizzazione collettiva della qualifica di «formazione sociale» e, quindi, dell'ammissibilità dell'intervento. È infatti ipotizzabile che possano esservene altre (anche numerose) che, pur non intendendo avvalersi degli effetti dell'iscrizione nel registro, sono riconducibili alla locuzione «formazioni sociali» di cui all'art. 4-*ter*, riferibile, in virtù del principio pluralistico e di autonomia delle forme attraverso i quali lo stesso ha attuazione, ad una variegata molteplicità di enti aventi le finalità tipiche delle stesse ed a tutti la Corte ha evidentemente inteso fare riferimento con una modifica delle Norme integrative che, in definitiva, ha raccolto «la sfida del rapporto fra giustizia costituzionale e pluralismo sociale»[24].

L'espressa prescrizione che le formazioni sociali non devono avere «scopo di lucro», benché ordinariamente tipica delle stesse ed espressamente stabilita anche dal codice del Terzo settore, appare comunque opportuna alla luce della regola dell'atipicità e dell'autonomia che le governa. La previsione delimita, senza possibilità di equivoci, l'ambito dei soggetti ammessi ad intervenire nei giudizi

[21] L'art. 4 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117: al comma 1, stabilisce un'ampia tipologia di enti riconducibili al Terzo settore; al comma 2 contempla gli enti non riconducibili al Terzo settore, tra i quali ve ne sono alcuni che senz'altro possono invece assumere la veste di *amici curiae* (quali, ad esempio, le «associazioni politiche»); al comma 3 si occupa degli «enti religiosi civilmente riconosciuti».

[22] QUADRI, *Il Terzo settore tra diritto speciale e diritto generale, Nuova giur.civ.,* 2018, p. 708.

[23] TANI, *La svolta Cartabia,* cit.

[24] RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, www.federalismi.it; GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative,* cit.; TANI, *La svolta Cartabia,* cit.

costituzionali, allo scopo di garantire che costituiscano espressione di quella «società civile», di cui la Corte, come esplicitato nel comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, ha ritenuto opportuno e necessario «sentire la […] voce». Alla locuzione sono conseguentemente riconducibili la vasta moltitudine delle organizzazioni contemplate dal codice del Terzo settore e, inoltre, tutte quelle caratterizzate dalla circostanza che istituzionalmente non perseguono un profitto, né possono perseguirlo, coincidenti anzitutto con le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni private di cui al titolo II del libro I del codice civile[25].

La notazione negativa posta dall'art. 4-*ter* (la mancanza di uno scopo di lucro) va peraltro interpretata alla luce della disciplina concernente dette organizzazioni, la quale, secondo il codice civile, non impedisce che possano trarre utili dall'attività loro consentita e svolgere attività economiche commerciali[26] (anche quelle che più marcatamente hanno ad oggetto scopi *lato sensu* sociali e di protezione dei soggetti deboli[27]), in vista ed ai fini del conseguimento dei propri obiettivi, come risulta confermato dallo stesso codice del Terzo settore (art. 6), sempre che, appunto, «caratterizzate da secondarietà e strumentalità e, ovviamente, comunque nel rispetto del fondamentale principio di non lucratività soggettiva»[28]. La nozione di «scopo di lucro» accolta dalla disposizione non è dunque quella oggettiva, sostanzialmente coincidente con il criterio di economicità dell'attività, bensì quella soggettiva, con la conseguenza che, per escluderlo, è necessario e sufficiente il divieto, stabilito da un'espressa previsione statutaria, di divisione dei profitti derivanti dall'eventuale attività economica svolta (beninteso, secondaria e strumentale) in vista del conseguimento dei propri fini. Non convince dunque l'interpretazione secondo cui la qualificazione di organizzazione «non lucrativa» andrebbe riservata ai soli organismi aventi scopi solidaristici o di utilità collettiva[29],

[25] Coincidenti, secondo la *communis opinio*, con la categoria degli "enti non lucrativi", BASILE, *Enti non lucrativi (diritto civile)*, (voce) *Enc. dir.*, agg., III, Milano, 1999.

[26] COSTANZA, *Associazioni e comitati (acquisto di beni e trascrizioni)*, (voce) *Enc. dir.*, agg., I, Milano, 1997.

[27] «Il riconoscimento della possibilità di svolgere attività di impresa ha da tempo scosso il mondo, sempre più variegato, del *non profit*, perché unisce alla soggettività, già conquistata per gli enti non personificati, la possibilità di raggiungere un'autonomia anche sul piano economico. Si delineano di conseguenza nuovi rapporti di forza-debolezza, non solo sul versante delle relazioni di questi enti con i pubblici poteri, ma anche sul crinale dei rapporti tra la molteplicità di soggetti che occupano il mondo delle collettività: dalle fondazioni di impresa ai comitati occasionali, dalle società non personificate alle organizzazioni non lucrative che svolgono attività a carattere produttivo», POLETTI, *Soggetti deboli*, (voce) *Annali*, VII, Milano, 2014.

[28] QUADRI, *Il Terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit.

[29] PIEPOLI, *Gli enti «non profit»*, in *Diritto privato europeo* a cura di Lipari, vol. I, Padova, 1997, p. 347.

in virtù di una concezione che riconduce le *non profit organizations* essenzialmente al settore della filantropia e dell'altruismo. Questa concezione sottovaluta infatti sia la circostanza che possono operare organismi diversi da quelli previsti negli art. 12 ss. c.c. (ad esempio, le cooperative sociali) – e, può aggiungersi, dal codice del Terzo settore –, sia la considerazione che «la "non lucratività" comprende l'aspirazione degli uomini a soddisfare propri interessi diversi dal guadagno, che è fine di certo realizzabile attraverso le associazioni (del resto, negli stessi fenomeni associativi a fini solidaristici, o di utilità collettiva, il perseguimento dello scopo risponde pure ad un interesse degli associati)»[30]. Possono conseguentemente essere ammesse all'intervento le società cooperative, perché hanno «scopo mutualistico»[31] (indipendentemente dalla complessità della relativa nozione e dalla morfologia dell'istituto cooperativo[32]), i consorzi e tutta l'ampia gamma di società «senza scopo di lucro» progressivamente ammesse dall'ordinamento, una volta affermatasi la tendenziale neutralità dello schema societario[33], quali le società consortili, le società che gestiscono fondi per lo sviluppo della cooperazione, le società finanziarie regionali e varie società «legali».

3. L'intervento quale *amicus curiae versus* l'intervento "ordinario" e la figura dello "esperto"

L'insieme costituito dalle «formazioni sociali» è dunque assai ampio e la sua delimitazione è affidata alle previsioni secondo cui possono inoltrare un'opinione

[30] BASILE, *Enti non lucrativi*, cit.

[31] Tale scopo rappresenta la finalità che costituisce la vera funzione sociale della cooperativa e le informa, siano esse o meno "a mutualità prevalente". La riforma del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha infatti segnato «una svolta nel modo di intendere la cooperazione, disciplinata in maniera organica, superando il dualismo di forme, nel senso che tutte le cooperative, e quindi non solo quelle agevolate, devono essere mutualistiche», BONFANTE, *Società cooperative*, (voce) *Annali*, II, Milano, 2008. L'intervento dovrebbe, inoltre, essere ammissibile anche se spiegato da una società cooperativa europea, forma giuridica di organizzazione imprenditoriale introdotta e disciplinata dal regolamento Ce del Consiglio 22 luglio 2003, n. 1435/2003, che costituisce una forma giuridica europea di collaborazione tra cittadini, anche non operatori economici, FICI, *Società cooperativa europea*, (voce) *Annali*, IX, Milano, 2016.

[32] In quanto istituto nato dalla combinazione di due momenti, uno imprenditoriale e uno sociale, *ex plurimis*, BONFANTE, *Società cooperative*, cit.

[33] Divenuta sempre più estesa, in conseguenza dell'affermarsi della concezione della neutralità del modello societario e della non essenzialità della nozione di lucro nel contratto di società; su tale dibattito, tra gli altri, per la prima tesi, SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, *Riv. dir.civ.*, 1973, vol. I, p. 151; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 76; per la seconda, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, II, Torino, 2002, 26; GALGANO, *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, p. 18.

se sono «portat[trici] di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» (art. 4-*ter*, comma 1), allo scopo di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 4-*ter*, comma 3), locuzioni anche queste sufficientemente generiche, da interpretare alla luce della finalità della disposizione e della complessiva disciplina del processo costituzionale.

La *ratio* della disposizione è stata esplicitata nel richiamato comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, sottolineando che, grazie ad essa, «anche la società civile, d'ora in poi, potrà far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla Corte costituzionale» e «la Consulta, in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi, si apre così all'ascolto dei cosiddetti *amici curiae*: soggetti istituzionali, associazioni di categoria, organizzazioni non governative». L'indubbia efficacia del suadente messaggio potrebbe indurre ad enfatizzarlo sino al punto da ascrivergli «lo scopo di guidare nella interpretazione della novella»[34] e, anche per questo, suggerisce considerazioni che tuttavia eccedono quelle possibili in questa sede in ordine sia alle modalità della comunicazione da parte dei giudici (anche di un giudice "particolare", qual è la Corte costituzionale) nell'attuale "società dell'informazione" mediante atti diversi da quelli che istituzionalmente è chiamato a pronunciare[35], sia alla possibilità di identificare attraverso un tale comunicato l'intenzione del legislatore (intesa in senso ampio, con riferimento all'ente da cui essa promana), valorizzandola ai fini dell'interpretazione della disposizione. Quest'ultima è questione non nuova e complessa[36], che tuttavia non occorre affrontare per la dirimente considerazione

[34] CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit.

[35] La modalità della comunicazione esige infatti, tra l'altro, che sia garantito il giusto equilibrio tra le esigenze, da un canto, di esplicitare con immediatezza e semplicità le ragioni dell'esercizio del potere con atti ulteriori rispetto a quelli con cui lo stesso avviene (anche quando questi consistano, come nella specie, nell'emanazione di norme); dall'altro, di non divenire preda delle sirene del consenso e di cercare di ingraziarsi l'opinione pubblica ipoteticamente ritenuta maggioritaria mediante un'informazione impressiva, ma che può essere eccessivamente semplificante e decettiva; al riguardo, per una recente ricognizione di dette questioni è sufficiente rinviare al dibattito sul tema «*Il dovere della comunicazione*», in *Questione giustizia*, 2018, n. 4, p. 213. Con specifico riferimento ai comunicati stampa della Corte ed alle ragioni che inducono a dubitare della loro opportunità, CELOTTO, *I «comunicati stampa» aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?* (nota a Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 262, *Giur.cost.*, 2009, p. 3728; di recente, D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le "voci di dentro" fra tradizione e innovazione*, *Dir. soc.*, n. 2/2018, p. 237, ivi ulteriori riferimenti.

[36] Oggetto di autorevoli e numerosissimi studi, *ex plurimis*, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (2° ed. a cura di Crifò), Milano 1971, p. 261; GUASTINI, *Le fonti*

che la natura ed il contenuto del comunicato stampa ne escludono la riconducibilità tra i "lavori preparatori" (latamente intesi) e la rilevanza ai fini dell'identificazione della *mens legis*[37]. L'attenzione deve dunque essere focalizzata esclusivamente sul contenuto della disposizione, da interpretare alla luce della complessiva disciplina del processo costituzionale.

In particolare, con riguardo al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, rileva anzitutto l'art. 4 delle Norme integrative, che ammette l'intervento dei soggetti «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio», con formulazione interpretata, come accennato, con particolare ampiezza. Tale disposizione appare pregnante, poiché concorre ad identificare e delimitare l'intervento che può essere spiegato quale *amicus curiae*. Questa nuova figura non può, infatti, interferire con le attribuzioni del giudice *a quo*, rischio questo peraltro immanente anche alla

del diritto e l'interpretazione, Milano, 1993, p. 368; SACCO, *Interpretazione del diritto*, (voce) *Dig. civ.*, Torino, 2012, p. 612; ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2013, p. 149 e, in particolare, la condivisa affermazione di Gustav Radbruch, secondo cui la volontà del legislatore non è un mezzo di interpretazione ma un traguardo interpretativo e un risultato dell'interpretazione.

[37] Secondo le indicazioni evincibili dall'organigramma dell'organizzazione della Corte (https://www.cortecostituzionale.it/organiCorte), l'ufficio stampa «cura, secondo le direttive del Presidente, la comunicazione istituzionale e le relazioni con la stampa. Predispone e diffonde, anche *online*, comunicati sull'attività e sulle decisioni più rilevanti della Corte». Non si tratta dunque di un atto riconducibile alla Corte nella sua collegialità e che, in considerazione della modalità di formazione e redazione, ha il limitato scopo di garantire una più ampia conoscenza di una data attività della Corte, ma che non può avere funzione integrativa e/o esplicativa dell'atto da questa adottato, del quale è data notizia. I "comunicati" sono stati inseriti nel sito *internet* della Corte a partire dal 2003, hanno avuto ad oggetto: informazioni in ordine alle decisioni, con andamento, quanto al profilo quantitativo, altalenante; in prosieguo di tempo, si sono caratterizzati per il fatto di dare conto: del dispositivo di decisioni non ancora depositate, ma anche di decisioni pubblicate, pure mediante la riproduzione di stralci delle stesse; di informazioni sull'attività organizzativa della Corte; di informazioni sulle dimissioni di alcuni giudici; della fissazione delle cause, D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta,* cit. Da ultimo, per le forme ed i contenuti della comunicazione dell'attività della Corte nel 2019, anno in cui ha conosciuto un significativo sviluppo, relazione del 28 aprile 2020 della dr.ssa Donatella Stasio, responsabile della comunicazione della Corte costituzionale, avente ad oggetto "*La comunicazione della Corte costituzionale. Anno 2019*", *www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/7_report_comunicazione_2019.pdf*.

disciplina dell'art. 4 delle Norme integrative[38] ed alla dilatazione della nozione di interesse che legittima l'intervento[39]. Può allora convenirsi con la considerazione che il nuovo istituto consentirà «nell'aula dove si svolge il "processo alla legge" una giusta simmetria con la dialettica che caratterizza il confronto che si ha nelle aule parlamentari» - e, può aggiungersi, nella società civile -, ma non che permetterà altresì di riprodurre la stessa simmetria che lo connota nelle aule «giudiziarie»[40]. In queste la dialettica processuale si esplica infatti esclusivamente tra le parti ed i soggetti titolari di un interesse che legittima l'intervento, costituendo questione diversa quella dell'influenza che possono esplicare le voci esterne al processo e la pressione esercitata dai *mass media*. L'art. 4-*ter* ha quindi realizzato un passaggio ulteriore, poiché ha dilatato la dialettica del giudizio costituzionale rispetto a quella ammissibile nel giudizio principale, peraltro già estesa ai sensi dell'art. 4 e della giurisprudenza costituzionale, e ciò permette alla Corte di ascoltare la voce anche dei soggetti titolari di un interesse non riconducibile a quest'ultima disposizione,

[38] In quanto, «se la Corte per decidere sull'intervento spinge come è inevitabile che faccia la propria indagine sul rapporto sostanziale, per comprendere se l'interesse vantato da colui che spiega il proprio intervento nel processo è destinato a essere inciso in modo immediato e diretto dalla decisione sul rapporto controverso, ha la consistenza di una *Rechtsschutzbedürfnis*, è inevitabile che penetri nella cognizione del rapporto controverso, rischiando di interferire con la sfera di attribuzioni del giudice a quo, cui è, però, esclusivamente affidata questa decisione dalla logica stessa del meccanismo della incidentalità», CONTI, *La Corte si apre*, cit., anche per riferimenti in ordine alla dottrina che ha evidenziato il rischio accennato nel testo.

[39] Evincibile, da ultimo, dall'ordinanza n. 37 del 2020 (successiva all'introduzione dell'*amicus curiae*, ma resa in un giudizio al quale non era applicabile la nuova figura) che, in un giudizio avente ad oggetto la legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono la pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa, ha ritenuto integrato l'interesse all'intervento del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti, in quanto dall'eventuale condanna penale e dalla sua gravità a carico del giornalista e del direttore responsabile imputati nel procedimento *a quo* deriverebbero specifiche conseguenze in ordine al potere del Consiglio di avviare l'azione disciplinare nei confronti degli imputati e, quindi, la declaratoria di incostituzionalità avrebbe potuto incidere sul potere del Consiglio, MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit., ivi per altre significative decisioni. Secondo CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit., l'ordinanza «pare individuare una categoria molto singolare di soggetti che possono intervenire nel processo costituzionale, nella quale l'interesse alla giustizia costituzionale è assolutamente distinto dall'interesse al processo che giustificherebbe la partecipazione al giudizio nel corso del quale la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata», consistendo l'interesse che legittima l'intervento *ex* art. 4 in «un bisogno di giustizia costituzionale occasionalmente connesso con il giudizio *a quo*, ma del tutto autonomo dallo stesso».

[40] Come ritiene invece GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative,* cit.

bensì meramente «attinente» alla questione di costituzionalità, se e quando ciò sia giudicato «utile» ai fini della «conoscenza e valutazione del caso», non per garantire un diritto inciso dalla stessa, nei termini che potrebbero legittimare l'intervento "ordinario". Proprio per questo l'intervento quale *amicus curiae* non risponde alle esigenze di garanzia del giusto processo e del diritto di difesa[41], bensì ad una logica collaborativa[42]; conseguentemente, neanche comporta l'acquisizione in capo all'interveniente di poteri analoghi a quelli delle parti. Non sembra dunque prefigurabile un potere di scelta in ordine al tipo di intervento[43]. Qualora sussista un interesse che legittima l'intervento *ex* art. 4 dovrebbe infatti essere dichiarato inammissibile quello eventualmente spiegato ai sensi dell'art. 4-*ter*, pena la possibile alterazione della dialettica processuale: in positivo, in conseguenza della prospettazione di argomenti apparentemente ispirati ad una logica di collaborazione ed aventi invece sostanza e finalità di immediata tutela di un interesse che può essere direttamente inciso dalla decisione (nel senso ritenuto dalla giurisprudenza costituzionale); in negativo, risultando altrimenti in tal caso ingiustificata la limitazione dei poteri processuali.

Alla delimitazione del presupposto e della finalità dell'intervento quale *amicus curiae*, concorre, inoltre, la previsione dell'art. 14-*bis* delle Norme integrative, in virtù del quale «la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama». La disposizione amplia i poteri istruttori della Corte, benché le norme integrative, «con una clausola praticamente in bianco», già «consent[issero] l'assunzione di tutti quei mezzi di prova che la Corte ritenga opportuni», poteri tuttavia «sottoutilizzati» o «sottovalutati», al punto da indurre a paragonare la questione relativa agli stessi ad «un fiume carsico, [che] cioè scorre sotterraneo

[41] Come risulta dalla giurisprudenza della Corte che ha fondato la propria giurisprudenza sull'intervento *ex* art. 4 sull'art. 24 Cost., LECIS, *La svolta del processo costituzionale*, cit.

[42] Secondo una concezione posta in rilievo dalla dottrina sin da tempi non recenti, CERRI, *Azione, difesa, partecipazio*ne nel giudizio incidentale, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 257; MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit.,

[43] In tal senso, invece, MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit., secondo cui, «Il "doppio binario" così delineato indubbiamente porrà il terzo che intenda in qualche modo partecipare al giudizio costituzionale dinanzi ad un "bivio" dalle rilevanti implicazioni giuridiche: dovrà scegliere se presentare istanza di intervento con notevole aggravio dell'onere probatorio in punto di ammissibilità, ma poteri analoghi a quelli delle parti, o, invece, propendere per una memoria in qualità di *amicus* al fine di proporre argomentazioni nuove e rilevanti per il giudizio, ma senza le garanzie del contraddittorio che contraddistinguono la posizione delle parti in causa».

[…], talvolta affiora in superficie […] ma poi si inabissa di nuovo»[44]. Si tratta di un tema peculiarmente complesso, anche perché interseca quello del ruolo e dei compiti della Corte e, tuttavia, al limitato scopo delle presenti considerazioni, è possibile ritenere che finalità dell'art. 14-*bis* sia quella di colmare eventuali mancanze conoscitive concernenti le questioni tecniche che sempre più spesso si pongono con riguardo «a settori dell'ordinamento "difficili", complessi, con i quali la Corte deve sovente confrontarsi», le quali esigono di acquisire informazioni specialistiche ai fini del sindacato, nei casi di manifesta irrazionalità, dell'uso fatto dal legislatore di dati tecnico-scientifici, ovvero di acquisire una piena conoscenza delle prassi applicative e delle sue conseguenze rilevanti per la decisione[45], ora possibile mediante uno strumento nuovo e diverso rispetto alla consulenza tecnica di ufficio[46].

La pur sintetica identificazione dei presupposti e della finalità dell'art. 14-*bis* fa trasparire che, nonostante taluni profili di apparente similitudine, gli istituti dello «esperto» e dell'*amicus curiae* sono sicuramente diversi. La Corte, mediante il primo, acquisisce «informazioni attinenti a specifiche discipline» in ordine a questioni tecniche ed i pareri degli esperti sono connotati da tendenziale oggettività e resi in una posizione di sostanziale imparzialità ed equidistanza rispetto agli interessi coinvolti dalla questione, nonostante i dubbi che pure pone

[44] In tal senso, di recente, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/malfatti_scrittiCostanzo, 2020, anche per completi riferimenti della dottrina sul tema e per l'indicazione in ordine alla rarità dei casi nei quali sono stati utilizzati i poteri istruttori, desumibile dalla circostanza che al 2019 risultano pronunciate dalla Corte 94 ordinanze istruttorie; MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale*, cit., del pari utilizza l'aggettivo «carsico» per evidenziare l'alternanza con cui emerge la questione dei poteri istruttori, sottolineando che nei primi studi era ricollegata al tema della natura, politica o giurisdizionale, dell'attività della Corte, mentre negli ultimi tempi è stata rivitalizzata soprattutto dalla sempre più pressante esigenza di dare risposte a quesiti eminentemente tecnici, la cui soluzione implica l'impiego di nozioni di carattere scientifico.

[45] Sul punto, è sufficiente rinviare a MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche"*, cit.; MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale*, cit.

[46] Ritenuta invece da MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale*, cit., lo strumento che avrebbe potuto essere utilizzato se, può aggiungersi, fosse stato, per così dire, rivitalizzato. La Corte ha già fatto uso del nuovo strumento, in data 27 febbraio 2020, nel giudizio in via incidentale avente ad oggetto l'art. 1, comma 1047, della legge n. 205 del 2017, in materia di posizioni organizzative di elevata responsabilità dei dirigenti delle Agenzie fiscali, allo scopo di «acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso».

la disciplina del nuovo istituto in relazione all'osservanza del contraddittorio[47]. Le «opinioni» degli *amici curiae* consistono, invece, in argomentazioni esposte da soggetti i quali (almeno nel caso in cui siano riconducibili alla classe delle formazioni sociali) ritengono che la decisione influisca su interessi dei quali sono portatori, risultando dunque molto più vicine ai "motivi" che possono essere sviluppati da una delle parti del processo. I due istituti vanno conseguentemente mantenuti distinti e non sembrano fungibili[48], benché vi siano situazioni di confine nelle quali la distinzione può risultare problematica[49].

4. Le condizioni di ammissibilità e la finalità dell'intervento

È nel quadro di tale complessiva disciplina stabilita dalle Norme integrative che va interpretato l'art. 4-*ter* nelle parti in cui, al comma 1, stabilisce la condizione di ammissibilità dell'intervento dell'*amicus curiae* e, al comma 3, la finalità, che è opportuno esaminare prima di volgere l'attenzione alla seconda classe dei soggetti legittimati allo stesso.

La prima di dette previsioni richiede che le «formazioni sociali» ed i «soggetti istituzionali» devono essere portatori di «interessi collettivi o diffusi»[50] e, quindi,

[47] In quanto «alle parti non è data facoltà di interloquire con la Corte in merito alla scelta dei medesimi o, al limite, di proporre esse stesse la convocazione di esperti, fermo restando l'apprezzamento del collegio», SCHILLACI, *La porta stretta*, cit.

[48] Come non convincentemente sembra ritenere FINOCCHIARO, *Modificazioni alle Norme integrative*, cit., secondo cui il contributo informativo potrebbe «provenire tanto dall'audizione degli esperti in camera di consiglio, quanto dalle opinioni scritte degli *amici curiae*» che, tuttavia, con una contraddizione che già da sola rende dubbia la tesi, osserva anche che l'art. 14-*bis* disciplina «una possibilità ulteriore e *distinta* [enfasi mia] rispetto a quella relativa all'ammissibilità delle opinioni scritte degli *amici curiae*».

[49] Esemplificativamente, la disciplina concernente la Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto, meglio nota come Commissione di Venezia, che costituisce il principale organo consultivo del Consiglio d'Europa in materia costituzionale, prevede che le corti costituzionali possono formulare «richieste di parere *amicus curiae*» (VOLPE, *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, voce, *Dig. pubb.*, Torino, 2017) che, tuttavia, se attivate, sembrano riconducibili alla fattispecie dell'art. 14-*bis* delle Norme integrative.

[50] Secondo la concezione tradizionale, gli interessi collettivi sono quelli facenti capo a (propri di) un autonomo soggetto di diritto in relazione ai quali, pur essendo in teoria "di ciascuno e di tutti" (PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, voce, *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964), il diritto di azione è riservato a un soggetto stabilmente organizzato e sono tutelabili soltanto attraverso la mediazione di tale soggetto, cioè di un ente esponenziale non occasionale. Secondo una recentissima decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 20 febbraio 2020, n. 6), l'interesse collettivo «è una "derivazione" dell'interesse diffuso per sua natura adespota», «può considerarsi sussistente ove riferito a

evoca ed implica la questione, dibattuta soprattutto con riguardo alla seconda tipologia di interessi, dell'*an* e del *quomodo* della tutela degli stessi nei processi dinanzi ai giudici ordinari, amministrativi e contabili. È noto infatti che, a partire dagli anni '70, la giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto all'ente esponenziale dell'interesse diffuso la legittimazione a richiederne la tutela, condizionatamente alla verifica della rappresentatività dello stesso, condotta con riguardo alla stabilità dell'organizzazione, alla finalità perseguita (accertata con riferimento allo statuto) e, in taluni casi, al collegamento con il territorio (in relazione, ad esempio, alle associazioni ambientaliste)[51]. L'espressa disciplina di alcuni casi e modi dell'azione a tutela di un tale interesse aveva peraltro reso controversa nella giurisprudenza amministrativa la possibilità di riconoscere la legittimazione ad agire e di stabilire la tipologia delle azioni esperibili anche da parte dei soggetti non previsti dalla legge ed oltre gli oggetti da questa specificamente indicati. Il contrasto è stato composto all'inizio di quest'anno dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con una sentenza che ha accolto la tesi più liberale[52]. Di questa pronuncia rilevano, in particolare, le argomentazioni con cui è stato sottolineato che «il silenzio del legislatore sul generale tema della tutela degli interessi collettivi, […] testimonia più di ogni altro elemento, soprattutto in epoca di iperproduzione legislativa come quella attuale, la stabilità e la profonda condivisione di un orientamento che da ormai un cinquantennio caratterizza l'approccio giurisprudenziale, e che è del tutto incompatibile con l'affermazione di un opposto principio di tipizzazione *ex lege*, soggettiva o oggettiva, della legittimazione a ricorrere o delle azioni esperibili, in controtendenza con l'orientamento "storico" della giurisdizione amministrativa di selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, e perciò necessariamente tutelabili, nel confronto dinamico con il potere pubblico». Gli interessi diffusi, è

beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva» ed è ontologicamente diverso dall'interesse legittimo individuale, sicchè la sua tutela neppure deve ridondare «in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria». Gli interessi diffusi (o anche adespoti) sono invece magmatici e pregiuridici (FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, voce, *Dig. pubb*., VIII, Torino, 1993) e benché il compito della loro tutela risulti oggi assolto da numerosissimi organismi, sono privi di soggettività e fanno capo, volta per volta, ad uno *status* indeterminato e spesso occasionale (ad es., consumatori, fruitori dell'ambiente, utenti di servizi pubblici).

[51] Per una recente ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza e delle posizioni della dottrina ripercorse proprio con riguardo alla figura dell'*amicus curiae*, SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale,* cit., anche per l'indicazione delle norme che espressamente disciplinano la legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste e dei consumatori, che hanno costituito oggetto di una specifica, organica regolamentazione.

[52] Cons. Stato, A.P., 20 febbraio 2020, n. 6.

stato altresì osservato, «vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni. Non in forza di una *fictio* ma di un giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché della rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela». In definitiva, la cura dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere è strumentale, «non solo caratterizza, qualifica e giustifica, nel diritto amministrativo, la dimensione unilaterale e autoritativa del potere rispetto agli atti e ai comportamenti dell'imprenditore o del professionista - nel diritto civile invece subordinati al principio consensualistico - ma vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un'associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità».

Tale ultimo, importante, arresto dell'organo di vertice della giurisdizione amministrativa conforta che il riconoscimento normativo è irrilevante ai fini della legittimazione processuale ad intervenire nel processo amministrativo[53], come tendenzialmente anche in quello civile[54], costituendo questione differente quella della sussistenza di una situazione giuridica soggettiva tutelabile in tale ambito. Siffatto riconoscimento, *a fortiori*, deve ritenersi vieppiù irrilevante ai fini dell'intervento quale *amicus curiae* nel processo costituzionale, nel quale non è richiesto che il soggetto sia titolare di un interesse inciso dalla decisione, bensì soltanto, più limitatamente, che sia portatore di un interesse «attinente alla questione di legittimità», tenuto altresì conto del principio di atipicità delle «formazioni sociali», dianzi accennato.

Ai fini dell'ammissibilità dell'intervento in esame è, quindi, sufficiente che l'opinione sia inoltrata da «formazioni sociali» (nel senso sopra precisato), benché non "iscritte", costituite (anche secondo il tipo dell'associazione non riconosciuta) per la salvaguardia di interessi giuridicamente meritevoli di tutela "attinenti" alla questione di costituzionalità, che siano ritenute dalla Corte rappresentative di interessi collettivi o diffusi, tenuto conto della loro stabilità, dell'organizzazione e delle previsioni statutarie che fissano scopi e finalità in quelli preordinati all'attività di tutela e promozione degli stessi.

[53] Come, per altro verso, sembra desumibile anche dalla previsione della legge sul procedimento amministrativo, in quanto consente l'intervento ai «portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento» (art. 9, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241).

[54] GIUSSANI, *Associazioni ad hoc e soggettivizzazione dell'interesse collettivo*, *Giur. comm.*, 2017, p. 963.

La verifica andrà condotta avendo riguardo al ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle «formazioni sociali», in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale e sociale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost.[55] del quale risultano espressione ed attuazione, che risulterà rivitalizzato dal nuovo istituto[56], a condizione che l'innovazione si riveli davvero in grado di «dare voce ai senza voce, cioè ai soggetti che non sono stati adeguatamente coinvolti nel procedimento legislativo, o che comunque si trovano ai margini del dibattito e delle scelte pubbliche»[57], assumendo in tal modo quella «grande rilevanza "politica"» che le è stata attribuita[58].

In relazione a quest'ultimo profilo, appare ancora più importante l'apertura del giudizio costituzionale anche in quelli in via principale ed aventi ad oggetto conflitti di attribuzioni[59]. La riforma, in questa parte, è marcatamente innovativa, se si considera che nella giurisprudenza costituzionale costituisce principio pacifico quello secondo cui «il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi»[60] e che in quello per conflitto di attribuzioni «non è, di norma, ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi», salvo che la pronuncia della

[55] «Espressione inizialmente dell'articolazione ragionevole, ma oggi dell'atomizzazione della cosiddetta società civile, conquistando una rilevanza economica e numerica decisive», TANI, *La svolta Cartabia*, cit.

[56] COTTURI, *Quando la Costituzione è in movimento*, cit., osserva che, con la nuova figura, «un pezzo importante di autonomia sociale può essere volto a dare vita concreta alla sussidiarietà, ben al di là dei significati che la cultura partitocratica ha inteso assegnarle» e con essa la Corte ha assunto «la cittadinanza attiva come interlocutore legittimo per il farsi della giurisdizione», assumendo «esplicitamente un ruolo di responsabilità» nel «processo di maturazione di una democrazia allargata e partecipata.

[57] Secondo l'auspicio di FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta",* cit.

[58] TANI, *La svolta Cartabia,* cit.

[59] Ai quali è applicabile l'istituto dell'*amicus curiae*, in virtù della modifica degli artt. 23, 24 e 25 delle Norme integrative realizzata con la delibera in sede non giurisdizionale dell'8 gennaio 2020. L'art. 23 per il giudizio in via principale, l'art. 24, comma 4, per i conflitti interorganici, e l'art. 25, comma 4, per i conflitti intersoggettivi, rinviano infatti agli artt. 4, commi 1-6, 4-*bis*, 4-*ter* e 14-*bis* di dette Norme.

[60] Da ultimo, sentenza 26 marzo 2020, n. 56. Peraltro, secondo SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale,* cit., «è proprio con riferimento al giudizio in via principale che viene maturandosi una forma di intervento scisso dall'interesse sostanziale dedotto in giudizio», che ricorda, quale caso esemplificativo quello deciso dalla sentenza 28 marzo 2006, n. 129, avendo il terzo chiesto di essere audito come *amicus curiae* sulla base delle sue competenze specifiche in materia di telecomunicazioni.

Corte possa «precludere la tutela giudiziaria della situazione giuridica soggettiva vantata dall'interveniente»[61].

La previsione dell'intervento in esame rafforza il principio di sussidiarietà e si inscrive appieno nella logica del pluralismo sociale, del rafforzamento dell'istituto democratico e del processo costituzionale, «che si avvia perché vi è chi ha interesse a promuoverlo ma che si chiude dunque – sempre – nell'interesse di tutti. E, se così è, l'interesse generale deve aver modo di potersi rispecchiare e far valere anche nel corso del giudizio, dal momento che la piega che quest'ultimo può assumere riguarda non le sole parti del processo principale o lo stesso giudice investito della sua trattazione»[62]. D'altronde, nel giudizio incidentale il giudice *a quo*, una volta emessa l'ordinanza di rimessione, non ha alcuna possibilità di interloquire non tanto con le parti (tenuto conto che la dialettica sull'incidente di costituzionalità si è svolta nel processo principale), quanto con «l'Avvocatura erariale, che di norma "difende" le disposizioni oggetto del dubbio di costituzionalità; e che le parti private del giudizio *a quo* non sempre hanno la disponibilità e magari talora i mezzi adeguati per intervenire efficacemente nel contraddittorio davanti alla Corte»[63]. Nel giudizio principale mancano inoltre, istituzionalmente, soggetti che possano fare sentire la propria voce, nonostante l'attinenza delle questioni in questo dibattute con interessi dei quali sono portatori. L'intervento quale *amicus curiae* garantisce quindi un rafforzamento del contraddittorio (latamente inteso, come prospettazione di argomenti ad opera di soggetti ulteriori rispetto alle parti e che tale qualità non acquistano) ed assicura l'ampia esplicazione dei principi pluralistico e di sussidiarietà.

In una società sempre più articolata e complessa ed inserita in una dimensione globale, in cui si sono, per non pochi profili, scoloriti i confini nazionali «l'interpretazione costituzionale non può restare avulsa da uno spettro ampio di informazione e di conoscenza sulle questioni che dividono il tessuto pluralistico»[64] Le argomentazioni svolte nell'opinione, in quanto provenienti da un soggetto portatore di un interesse "attinente" alla questione, ma non direttamente inciso della decisione, possono (e devono) servire a mettere a disposizione della Corte, come stabilisce l'art. 4-*ter*, comma 3, quegli ulteriori «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

La necessitata genericità della disposizione, nella parte concernente la tipologia degli «elementi» che possono essere offerti dall'*amicus curiae*, va dunque riempita

[61] Tra le più recenti, sentenza14 dicembre 2017, n. 262, ivi ulteriori richiami.

[62] RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, www.giustiziainsieme.it, 2020.

[63] ONIDA, *La Corte costituzionale aperta alla società civile (intervista)*, www.giustiziainsieme.it, 2020.

[64] RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, cit.

di contenuto alla luce della *ratio* della stessa, che conduce pianamente a ritenere che questi possono consistere, esemplificativamente, in dati anche extra-giuridici, eventualmente scientifici (soprattutto se e quando controversi) e sociologici, oltre che in elementi di diritto internazionale e comparato[65], ma anche in argomentazioni critiche in ordine agli stessi ed all'interpretazione che ne sia stata fornita (che hanno un significato evidentemente diverso da quello delle parti). L'apporto degli *amici curiae*, ha rimarcato il Presidente della Corte costituzionale, potrà fornire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso […], derivanti dalla loro esperienza "sul campo", soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme»[66], permettendo di accertare come una data norma concretamente vive ed è applicata nell'ordinamento, quali sono gli effetti prodotti, anche prima ed oltre l'interpretazione fornitane nelle aule giudiziarie, e l'incidenza sui valori in gioco.

In definitiva, l'intervento andrà giudicato ammissibile in quanto si rivelerà in grado di «arricchire» ed estendere «il dibattitto sul caso e di mettere a disposizione dei giudici conoscenze nuove o aspetti che, in una società sempre più complessa come quella attuale, potrebbero anche restare sotto traccia»[67]. L'obiezione che detti elementi ed argomenti già in passato potevano essere acquisiti (e spesso lo erano), anche se non veicolati dalle parti del processo[68], non coglie nel segno. Importante risultato della riforma – della quale pure non vanno sottovalutati i rischi[69] – è infatti quello di trarli fuori dal limbo nel quale erano stati sino ad oggi

[65] MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit.

[66] *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2019*, 28 aprile 2020, p. 3.

[67] VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, *Vita*, 5.02.2020, che con efficacia osserva: «conoscere di più per giudicare meglio: questa pare essere la *ratio* delle nuove norme».

[68] Cfr. le note n. 9, 11 e 13, nonché la nota che segue.

[69] Accennati, in particolare, nella nota 13; va qui aggiunto che «tra i rischi che la nostra Corte costituzionale dovrà tener ben presente nel valutare l'ammissibilità delle memorie degli amici vi è, quindi, la pressione, diretta o indiretta che tali enti potranno esercitare, analogamente a quanto accade al legislatore, e nondimeno il pericolo di essere travolta da un'ipertrofia informativa», MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit. Neppure può, inoltre, essere escluso che la Corte possa divenire oggetto di «critiche strumentali che potrebbero indirizzarsi verso i suoi verdetti, ora da questa ed ora da quella fazione politica che punti ad asseverare presso una pubblica opinione culturalmente non attrezzata ed emotivamente esposta la tesi secondo cui il giudice non rimane insensibile alle suggestioni esercitate da gruppi di pressione, invitati a rappresentare il proprio punto di vista a mezzo di un breve scritto», RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale,* cit.

relegati, implementando il dibattito nella camera di consiglio[70], rafforzando la trasparenza ed il contraddittorio e che, appunto in quanto sottoposti alle parti, bene potranno «espressamente figurare nella motivazione»[71].

5. La modalità dell'intervento

Tale finalità della disposizione e le opportunità insite nella stessa danno ragione degli accenti entusiastici con i quali, in larga misura, è stata accolta la riforma[72], benché la prudenza suggerisca di rinviare più ponderate riflessioni alla prova dei fatti, anche per accertare se ed in quale misura la "società civile" risponderà alla «chiamata alla partecipazione»[73]. L'effettiva utilità della figura dell'*amicus curiae* è, infatti, questione discussa ed «assai ardua in tutti gli ordinamenti», anche per la «difficoltà di misurare in qualche modo il contributo dei soggetti esterni»[74] e non è *extravagante* il timore che possa divenire una sorta di strumento difensivo per la

[70] Dimostrata, con riguardo all'esperienza della Corte suprema degli Stati Uniti, dalla circostanza che, «parallelamente alla proliferazione delle memorie degli amici vi è stato anche un notevole aumento di decisioni non unanimi della Corte Suprema: i *briefs* hanno stimolato le opinioni dissenzienti, MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative*, cit.

[71] LECIS, *La svolta del processo costituzionale,* cit.; SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale,* cit., evidenzia come «spesso, nelle motivazione delle decisioni [della Corte suprema statunitense] compaiano frequenti citazioni degli *amicus brief* come supporto delle *opinions* dei giudici».

[72] Dei quali si è dato sinteticamente conto nella nota 13.

[73] LECIS, *La svolta del processo costituzionale,* cit. Peraltro, si contrappongono due rischi di segno contrario, ma entrambi meritevoli di attenzione, quali, da un canto, quello della scarsa applicazione dell'istituto, dall'altro quello di una eccessiva partecipazione, ipotizzabile in considerazione dell'elevato numero delle "formazioni sociali", prospettato quest'ultimo da TANI, *La svolta Cartabia*, cit., e in relazione allo stesso va ricordato che MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative*, cit. evidenzia che «ad oggi il 98% dei casi dinanzi alla Corte Suprema è interessato dalla presenza di *amici curiae*».

[74] GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit.

Corte[75], ovvero che possa servire a rafforzare alcune *lobbies*[76] piuttosto che a dare voce alla "società civile"[77].

Tali valutazioni sono influenzate dalle modalità dell'intervento, che quindi è opportuno esaminare prima di volgere l'attenzione alla seconda classe di soggetti ai quali è riservato.

L'art. 4-*ter* stabilisce che «l'opinione», redatta in forma scritta e sintetica, deve essere «presentata» «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale» (comma 1), mediante inoltro a mezzo della posta elettronica (comma 2). La modalità è in armonia con quella che caratterizza il processo telematico dinanzi alle altre giurisdizioni e, sotto questo profilo, rende agevole l'intervento, che può tuttavia essere complicato dal termine sopra indicato. La previsione è stata evidentemente imposta dalla complessiva disciplina del processo costituzionale, ma è chiaro che può comportare, di per sé sola, una selezione degli interventi. Il non lungo termine implica la conoscenza dell'avvenuta proposizione dell'incidente di costituzionalità e favorisce l'intervento delle "formazioni sociali" già "coinvolte" dal giudizio *a quo*, ovvero in quelli che, in considerazione della natura delle questioni, abbiano goduto di un'eco mediatica; in ogni caso, favorisce le formazioni sociali più strutturate, in grado di realizzare un costante *screening* delle questioni sollevate, come accade per quelle organizzate per svolgere attività di *lobbying*.

---

[75] In un tempo in cui gli «interventi della Corte hanno un sapore sempre più politico, sono costretti a entrare in questioni sempre più complesse e difficili da gestire per un organo di giustizia costituzionale la cui legittimazione si fonda sulla autorevolezza di decisioni non di facile lettura né per i cittadini né per i giornalisti né per gli altri soggetti che ritengono di avere buoni argomenti per criticarle», il nuovo istituto potrebbe infatti servire alla Corte non tanto «per ottenere le opinioni di chi le deposita», ma soprattutto «per difendersi dai critici che parlano con il senno del poi, ai quali da qui in avanti potrà essere chiesto perché, se avevano da dire qualcosa, non lo hanno fatto, dal momento che avevano a disposizione uno strumento assai agile per farlo», CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit.

[76] SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale,* cit., ricorda che «il giudice Scalia, illustre esponente della dottrina dell'originalismo, ha proposto una sua interpretazione degli *amicus brief*, riconoscendo negli stessi, soprattutto se provenienti da "*self-interests organisations*" una forma di attività di *lobbying* di gruppi di interessi diretta nei confronti della Corte» ed osserva: «Il ragionamento di Scalia tende a mettere in evidenza che i gruppi organizzati hanno una capacità di intervento più forte dei gruppi ad organizzazione debole e che la sovra-rappresentazione di gruppi di interessi ben strutturati sono in grado di influenzare la decisione della Corte e il suo riflesso nella società civile».

[77] Rischio che, tuttavia, come si dirà *infra*, può essere bilanciato da un accorto utilizzo dell'istituto da parte dei soggetti istituzionali.

L'art. 4-*ter*, comma 2, stabilisce la regola della sinteticità, in analogia a quella prevista dal codice del processo amministrativo e dalle norme concernenti le corti sovranazionali[78]. Il limite dimensionale (25.000 caratteri, spazi inclusi) non penalizza efficacia e congruità dell'opinione e pone un ragionevole argine al possibile, inutile, profluvio di argomentazioni che, negli ultimi anni, sempre più spesso ha caratterizzato gli atti del processo, a discapito della chiarezza[79]. La disposizione non esplicita le conseguenze della violazione del limite dimensionale, ma la lettera del comma 2, stabilendo che l'atto «non può superare» la lunghezza fissata, è caratterizzata da un verbo che induce a configurarlo quale condizione di ammissibilità dell'intervento[80].

L'ingresso dell'opinione tra gli atti del processo è condizionato ad un vaglio di ammissibilità riservato al Presidente della Corte che, sentito il solo giudice relatore[81], con decreto (che non è previsto debba essere motivato), ammette «le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 4-*ter*, comma 3). La decisione sull'ammissibilità dell'intervento è sottratta alla collegialità in considerazione della

[78] La norma è analoga all'art. 3, comma 2, c.p.a., ma stabilisce l'obbligo di una sintesi ancora più stringente di quella stabilita dalle disposizioni di attuazione di detto codice, che prevede altresì casi e modalità della deroga del limite di caratteri (cfr. decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016, n. 167, come modificato dal decreto 16 ottobre 2017, n. 127).

[79] Siano essi di parte o del giudice, profluvio alimentato dallo strumento informatico e dal sistema del "copia e incolla", DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, Relazione al convegno in occasione della "*Giornata europea della giustizia civile*", Corte di cassazione, Roma, 26 ottobre 2016, ove riferimenti della disciplina concernente le corti sovranazionali.

[80] La conclusione è confortata dalla diversità di formulazione rispetto all'art. 13, comma 5, disp. att. del c.p.a., il quale, stabilendo che «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione», esclude che il limite costituisca condizione di ammissibilità dell'atto (in giurisprudenza, Cons. di Stato, sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1686; sez. V, 11 aprile 2018, n. 2190; sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852; in dottrina, LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016). Le differenti conseguenze della violazione sono giustificate, oltre che dalla diversa formulazione letterale delle disposizioni, dalla considerazione che quella prevista nel processo amministrativo è riferibile esclusivamente ad un atto di parte (quale non è quello che contiene "l'opinione").

[81] Non è previsto che siano sentite le parti, come accade, invece, in relazione alla decisione che deve essere adottata sull'istanza di intervento (art. 4-*bis*, comma 2), con diversità giustificata dalla circostanza che l'*amicus curiae* non acquisisce veste di parte, non può avere copia degli atti e non partecipa all'udienza.

sua riconducibilità nell'alveo delle decisioni istruttorie[82]. La modalità non mette a rischio i diritti dell'*amicus curiae*, tenuto conto della finalità e della logica collaborativa del suo intervento[83], le quali giustificano altresì che la partecipazione si esaurisca nell'inoltro dell'opinione e non consenta l'accesso agli atti del processo e la partecipazione dell'udienza. Nondimeno, la circostanza che la decisione in ordine all'ingresso dell'opinione tra gli atti sui quali le parti ed il Collegio potranno e dovranno confrontarsi avviene «al di fuori della dinamica del contraddittorio» dà adito a dubbi in ordine alla congruità della disciplina rispetto all'obiettivo di garantire una cooperazione davvero efficace[84]. La modalità della decisione potrebbe infatti determinare un risultato opposto a quello di accrescere la legittimazione agli occhi della collettività della Corte; non implausibilmente è, quindi, ipotizzabile che, anche per evitare le inevitabili polemiche innescate da un eventuale diniego, non saranno molti i casi nei quali il Presidente dichiarerà inammissibile l'intervento[85].

6. I «soggetti istituzionali»

La seconda delle due classi di *amici curiae* previste dall'art. 4-*ter* è costituita dai «soggetti istituzionali», locuzione apparentemente chiara e che presenta invece taluni profili di problematicità, anche se non rilevanti ai limitati fini delle presenti riflessioni.

Il sostantivo "istituzione" da cui deriva l'aggettivo che esprime la qualità della classe denota un concetto dogmatico e, come è stato osservato, «sarebbe fuor di luogo la ricerca di una normativa positiva che si ipotizzasse dettata dal legislatore per la disciplina delle istituzioni in quanto categoria giuridica generale»[86]. Una

[82] Sottratte alla regola della collegialità, in quanto l'art. 7, comma 2, delle Norme integrative stabilisce che «La documentazione di cui, con apposito provvedimento adottato dal Presidente su proposta del giudice relatore, si disponga l'acquisizione al giudizio è depositata nella cancelleria».

[83] GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit.

[84] Secondo SCHILLACI, *La "porta stretta",* cit., «un più deciso inquadramento della partecipazione secondo canoni processualistici avrebbe forse consentito di declinare la relazione tra giudizio e spazio pubblico nel senso di una più efficace cooperazione».

[85] Secondo CONTI, *La Corte costituzionale si apre*, cit., «la Corte ha creato uno spazio pubblico di dialogo al quale molto difficilmente potrà sottrarsi e nel quale sarà costretta a confrontarsi anche con soggetti politici, nel senso più partigiano, selezionandoli sulla base del merito delle loro posizioni (quanto e se vale la pena prenderle in considerazione) per mezzo di un potere insindacabile del suo Presidente», apparendo piuttosto «remota la possibilità che la Corte rifiuti le opinioni che i suoi "amici" le vorranno sottoporre».

[86] BARDUSCO, *Istituzioni*, (voce), *Dig.pubb*., Torino, 1993, ove l'approfondimento dell'utilizzo della nozione di istituzione in vari settori giuridici, nel campo del diritto privato e del diritto pubblico, con modalità tali da permettere di ricondurre alla stessa

sommaria ricognizione delle disposizioni più risalenti[87] consente, peraltro, di accertare, ad esempio, che il termine istituzione era stato impiegato dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, per identificare, tra l'altro, le «istituzioni scolastiche pubbliche o private» (art. 42, primo comma) e svariati soggetti svolgenti funzioni educative e culturali (art. 49). L'art. 25, quinto comma, di tale atto normativo contemplava altresì gli enti denominati istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficienza (IPAB), destinati ad operare in ambito regionale nel campo dell'assistenza e beneficenza, costituenti enti pubblici, ma oggetto poi di profonde trasformazioni che hanno contribuito a far sì che in ordine alla natura degli stessi «esiste in dottrina ed in giurisprudenza uno storico dibattito, via via alimentato e condizionato dalle modifiche normative succedutesi nella disciplina delle stesse», che hanno indotto ad affermare «un'indubbia peculiarità di questo genere di soggetti, non catalogabili in precise categorie di enti pubblici»[88]. Nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale il termine era stato invece utilizzato per indicare le «istituzioni sanitarie di carattere privato», costituenti appunto una particolare categoria di enti privati (artt. 43 e 44 della legge 23 dicembre 1978, n. 833).

Volgendo e limitando l'attenzione ad alcuni tra i più recenti atti normativi, è possibile riscontrare che la locuzione è stata adoperata, tra l'altro, per identificare, in modo indifferenziato (non ulteriormente specificato), i soggetti preposti ai «compiti di controllo e verifica degli adempimenti concessori per esigenze di prevenzione e repressione del gioco illegale»[89], ovvero quelli «competenti per le attività di ripristino e di ricostruzione di territori colpiti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo, successive agli interventi di protezione civile»[90], oppure è stato utilizzato in un'accezione che sembra postulare come imprescindibile la natura pubblica dei soggetti, talora anche il requisito della territorialità[91].

---

realtà organizzative di vario genere, tendenzialmente caratterizzate dal fatto che la loro attività (nei due casi della riconducibilità al diritto privato o al diritto pubblico) si svolge nell'interesse di soggetti diversi da quelli che detengono l'amministrazione dell'ente, e che ne elaborano le decisioni.

[87] Per la quale si rinvia a BARDUSCO, *Istituzioni*, cit., da cui è tratta l'esemplificazione riportata nel testo.

[88] Corte cost., sentenza 27 giugno 2012, n. 161.

[89] Art. 1, comma 728, della legge 27 dicembre 2019, n. 304, allo scopo di identificare ulteriori soggetti rispetto alla «Agenzia delle dogane e dei monopoli, [ed] alle Forze dell'ordine», titolari di detti poteri di controllo.

[90] Allegato alla legge 12 dicembre 2019, n. 156.

[91] Il riferimento è all'art. 8, comma 1, della legge 20 agosto 2019, n. 92, in quanto, ai fini dell'integrazione dell'insegnamento dell'educazione civica prevede i «soggetti istituzionali» quale classe distinta dalle organizzazioni del «mondo del volontariato e del Terzo settore».

Nell'impossibilità di rinvenire riferimenti normativi che permettano la precisa e sicura identificazione delle figure riconducibili alla locuzione, è possibile soltanto dare atto della circostanza che la questione è ulteriormente complicata, in primo luogo, dalla nota difficoltà insita nel modo di intendere il sostantivo istituzione (cui non è possibile neppure accennare[92]), in quanto adoperato per indicare realtà organizzative di vario genere, operanti nel diritto pubblico e nel diritto privato[93]. In secondo luogo, dalla tendenza, progressivamente divenuta dominante, a stabilire un nuovo equilibrio tra pubblico e privato, con l'affermarsi del cd. "diritto misto"[94], anche a seguito della diffusione del fenomeno della privatizzazione dell'organizzazione amministrativa e dell'esternalizzazione di talune funzioni pubbliche[95].

Su questa difficoltà, determinata dalla tendenziale riferibilità della nozione di istituzione a molteplici settori del diritto ed a figure organizzative di varia composizione e natura, sarebbe superfluo soffermarsi in questa sede, ma essa potrebbe tuttavia venire in rilievo in relazione ad alcune fattispecie, per così dire, di confine, di eventuale problematica qualificazione ai fini della riconducibilità di talune di esse alla classe in esame. Al limitato scopo dianzi prefisso, è possibile, e sufficiente, dare per ricevuta (e scontata) la riconducibilità tra i soggetti

---

In armonia con tale previsione, sempre con riguardo agli enti del Terzo settore, nell'art. 4, comma 1, lettera p), della legge 6 giugno 2016, n. 106, la locuzione è utilizzata per prevedere la possibilità di riconoscere e valorizzare le reti associative di secondo livello, intese quali organizzazioni che associano enti del Terzo settore, ai fini di accrescere la loro rappresentatività presso i «soggetti istituzionali». Analogamente, nella delega sul federalismo fiscale, la locuzione è utilizzata per indicare le regioni e gli enti locali che nominano i componenti del Comitato di rappresentanti delle autonomie territoriali, art. 3, comma 4, della legge 5 maggio 2009, n. 42; allo stesso modo, l'art. 20 della legge 31 gennaio 1994, n. 7, recante «Nuove disposizioni per le zone montane», emblematicamente rubricato «Collaborazione tra soggetti istituzionali», contempla come tali «lo Stato, le regioni e gli enti locali».

[92] MODUGNO, *Istituzione*, (voce) *Enc. dir.*, Milano, 1973.

[93] Per tutti, BARDUSCO, *Istituzioni*, cit.

[94] Frutto della convivenza delle due differenti branche del diritto (CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, *Riv. trim dir. pubbl.*, 2004, p. 909) all'interno di un ordinamento in cui anche «il concetto di ente pubblico diventa "a geometria variabile", a seconda della normativa da applicare e degli interessi che vengono in rilievo», PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, Relazione tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 del Consiglio di Stato, Roma, Palazzo Spada, 16 febbraio 2016.

[95] *Ex plurimis*, AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, (voce), aggiornamento, *Dig. pubb.*, Torino, 2011; PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, *Dir. amm.*, 2015, p. 541.

istituzionali oltre che dello «Stato, [delle] Regioni, [e degli] enti locali»[96], e cioè degli enti connotati dal requisito della territorialità, anche di tutti i molteplici[97] soggetti fra i quali sono ripartiti i pubblici poteri[98], «a garanzia dell'attuazione e della difesa dei valori medesimi, attraverso una particolare articolazione delle funzioni pubbliche che ne assicuri l'equilibrio e la reciproca integrazione»[99].

La Carta fondamentale, così come ha stabilito l'obiettivo della valorizzazione del pluralismo sociale, attribuendo nel perseguimento dello stesso un ruolo essenziale alle formazioni sociali[100], ha altresì fissato quale valore fondamentale dell'ordinamento costituzionale il pluralismo istituzionale (garantito dal giudizio per conflitto di attribuzioni[101]), nelle due dimensioni, verticale ed orizzontale, in «conseguenza della rottura dell'unità di comando politico e amministrativo che appare connaturata alla società politica complessa nata con la "modernità"»[102], che ha determinato una diffusione ed una articolata allocazione dei molteplici poteri riconducibili allo Stato[103].

---

[96] Corte cost., sentenza 23 maggio 2008, n. 166.

[97] Esemplificativa di detta molteplicità è la modalità con cui SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, (voce) *Dig. pubb.*, Torino, 1994, indica quali soggetti istituzionali «Stato e Regioni, Parlamento e Governo ecc.».

[98] BIANCO, *Repubblica*, (voce) *Dig. pubb.*, Torino, 1997, definisce la Repubblica come «lo Stato unitariamente inteso, come insieme dei pubblici poteri e soggetti istituzionali, e come insieme dei cittadini destinatari delle risoluzioni dei titolari delle pubbliche potestà»

[99] MONTANARI, *Dall'ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, *Europa e dir. priv.*, 2012, n. 2, p. 397, che significativamente osserva (evidenziando la difficoltà accennata nel testo, con riguardo anche all'ordinamento sovranazionale) che «vaga, sotto il profilo "categoriale", è spesso la terminologia degli atti che vengono posti in essere e dei soggetti istituzionali di cui si afferma la competenza».

[100] Delineando un disegno al cui interno si inseriscono altresì le autonomie funzionali, la cui connotazione «le distacca dalle tradizionali forme di esercizio di pubbliche funzioni, presentandole perciò come « fenomeni di frontiera» tra Stato apparato e Stato comunità ed in cui « trova giustificazione il loro radicarsi nell'ordinamento normativo attraverso il principio di sussidiarietà c.d. orizzontale», TORRETTA, A*utonomie funzionali e principio costituzionale del pluralismo nella prospettiva degli statuti regionali in formazione*, *Foro amm. TAR*, 2004, n. 9, p. 2771.

[101] GRASSI, *Conflitti costituzionali*, (voce) *Dig. pubb.*, Torino, 1989.

[102] BALBONI, *Decentramento amministrativo*, (voce) *Dig. pubb.*, Torino, 1989, riflettendosi altresì nel pluralismo istituzionale il pluralismo politico proprio degli ordinamenti a matrice liberale, COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, (voce) *Dig. pubb.,* Torino, 1993.

[103] Corte cost., sentenza 19 luglio 2013, n. 219, fa espresso riferimento «all'accentuato pluralismo istituzionale e delle fonti del diritto prescelto dalla Costituzione», fermo che, «pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale» si giustifica, a determinate condizioni, «una deroga alla normale ripartizione di competenze», sentenza

In attuazione ed applicazione del pluralismo istituzionale[104] è, peraltro, aumentata la complessità degli apparati e dei processi di decisione[105] ed è in conformità a detto modello che sono organizzati «nell'ordinamento democratico stabilito dalla Costituzione i poteri dello Stato» ed in questo «il principio della reciproca separazione è corretto con quello del reciproco "controllo e bilanciamento"»[106]. Nondimeno, su tali complessi profili non occorre attardarsi, poiché è certa, plausibilmente non controvertibile, la configurazione del Procuratore Generale della Corte di cassazione quale soggetto istituzionale riconducibile alla classe in esame che, in considerazione della descritta finalità dell'art. 4-*ter*, delle funzioni allo stesso attribuite e della sua collocazione ordinamentale (di seguito delineate), induce a ritenere che allo stesso si attaglia la veste di *amicus curiae*.

7. Il Procuratore Generale della Corte di cassazione quale *amicus curiae*

È dalla descritta sintesi della disciplina dell'istituto che occorre muovere, per accertare se ed in quali giudizi dinanzi alla Corte costituzionale il Procuratore Generale della Corte di cassazione (*infra*, anche P.G.) possa intervenire quale *amicus curiae*. Allo scopo di dare soluzione a tale interrogativo la sola premessa sicura che può essere posta è, come precisato, che il P.G. rientra in una delle due classi previste dall'art. 4-*ter*, per stabilire quali siano i soggetti legittimati all'intervento (in quanto «soggetto istituzionale»), importante, eppure vaga e di scarsa significazione. Per offrire risposta alla domanda occorre, infatti, accertare quali siano le funzioni del P.G. e la sua configurazione ordinamentale e, quindi, verificare, avendo riguardo alle stesse, l'ambito di ammissibilità dell'intervento quale *amicus curiae* nei giudizi dinanzi alla Corte. La risposta non è semplice, anche

11 ottobre 2003, n. 303; negli stessi termini, sentenze 8 giugno 2005, n. 219; 8 maggio 2009, n. 149; 27 marzo 2018, n. 61.

[104] Tema altrettanto ampio, in ordine al quale è pressoché impossibile (ma, forse, inutile) attardarsi ad offrire riferimenti di dottrina; *ex plurimis*, D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, *Riv.trim.dir.pubb.*, 2014, n. 3, p. 579, sui significati e gli effetti del pluralismo istituzionale.

[105] CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, *Riv.trim. dir.pubb.*, 2019, 1,1. L'acquisizione della consapevolezza dell'essenzialità delle autonomie funzionali ha, inoltre, condotto a superare la restrittiva concezione che le aveva ineluttabilmente correlate al requisito della territorialità, in favore di «una più ampia che, anche in virtù del principio di sussidiarietà, applicato nella dimensione sia verticale sia orizzontale, ha condotto all'attribuzione di compiti e responsabilità anche ad "autorità" non solo territorialmente, ma anche " funzionalmente" più vicine ai cittadini interessati», TORRETTA, *Autonomie funzionali e principio costituzionale del pluralismo nella prospettiva degli statuti regionali in formazione*, *Foro amm.-TAR*, 2004, n. 9, p. 2771.

[106] Corte cost., sentenza 24 dicembre 1993, n. 462.

perché esige di confrontarsi con la preliminare questione della configurazione del pubblico ministero (di seguito, anche p.m.), la cui complessità, a tacere d'altro, è posta in luce dalla tradizionale definizione che se ne dà di «parte imparziale»[107], avendo altresì il P.G., in quanto titolare di molteplici, tipiche, funzioni, che si esplicano in diversi ambiti, una posizione ulteriormente peculiare all'interno dell'ordinamento.

Nell'impossibilità pur solo di sintetizzare il dibattito in ordine a detta questione[108], è sufficiente dare atto della concezione, qui condivisa, secondo cui il p.m., all'esito di una plurisecolare evoluzione, connotata da un «andamento carsico»[109], è passato dall'essere «procuratore del Re, e quindi rappresentante del sovrano monarca» all'essere, «più genericamente [rappresentante] dell'Esecutivo», per assumere infine la veste di «rappresentante della Repubblica la cui sovranità appartiene al popolo»[110]. Tutte le funzioni assegnate al p.m., concernenti la materia penale, ma anche inerenti agli ambiti civile e disciplinare, sono state segnate da un'evoluzione che l'ha condotto a divenire istituzione di garanzia dei diritti fondamentali, in conseguenza del «mutamento di paradigma del diritto e delle istituzioni intervenuto con il costituzionalismo rigido delle odierne democrazie. Se in passato nel vecchio stato liberale e legislativo di diritto, le funzioni di garanzia dei diritti fondamentali fornite dalla sfera pubblica per il tramite della giurisdizione e dell'azione del pubblico ministero erano essenzialmente quelle penali (contro le lesioni, da parte dei consociati, della vita, delle libertà fondamentali e degli altri beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela), nello Stato costituzionale di diritto, con l'introduzione di limiti e vincoli costituzionali imposti alla stessa sfera pubblica a tutela, oltre che dei diritti di libertà, anche dei diritti sociali e di beni comuni parimenti fondamentali, il ruolo di garanzia del pubblico ministero è invece destinato ad allargarsi, parallelamente

[107] Locuzione che costituisce un ossimoro, ma sottintende anche un valore, PONIZ*, Il pubblico ministero come parte imparziale: ossimoro o valore?*, *Questione giustizia*, 4, 2014. La complessità della figura emerge chiara anche in relazione al giudizio incidentale dinanzi alla Corte per il fatto che, come si dirà di seguito, il p.m «accomunato alle parti nella proposizione della questione di costituzionalità, è poi accomunato al giudice nel divieto di partecipare al giudizio costituzionale», MARCENÒ-ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2018, p. 109.

[108] Nella sterminata letteratura, ai richiami contenuti nelle note che seguono, *adde*, DAGA, *Pubblico ministero* (voce), *Enc. giur*., Roma, 1991; ORLANDI, *Pubblico ministero* (ufficio del), (voce) *Enc.dir.*, *Annali*, Milano, 2008; RUGGIERI, *Pubblico ministero*, (dir.proc.pen), (voce) *Enc. dir*., *Annali*, Milano, 2008; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, 1996.

[109] GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura*, *Questione giustizia*, 16.12.2019, per una recente ricostruzione delle fasi salienti di detta evoluzione ed ulteriori riferimenti.

[110] RORDORF, *Editoriale*, *Questione giustizia*, n. 1, 2018, p. 3.

a quello della giurisdizione, contro le loro lesioni ad opera di atti invalidi o di atti illeciti o di inadempimenti commessi dai pubblici poteri»[111].

La moderna concezione del p.m. ne ha segnato la transizione «da organo di legalità, tutore dell'osservanza e dell'applicazione delle leggi penali, a organo di giustizia e promotore dei diritti, che garantisce i principi dello Stato di diritto, il rispetto del principio di eguaglianza, l'effettività delle garanzie e delle tutele, contribuendo ad un'amministrazione della giustizia» equa ed imparziale[112]. Come enunciato dalla Carta di Roma[113], il p.m. contribuisce infatti «ad assicurare che lo stato di diritto sia garantito, in particolare da un'amministrazione della giustizia equa, imparziale ed efficiente, in tutti i casi e gradi dei procedimenti di loro competenza» (punto I); agisce «in nome della società e nell'interesse pubblico per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà, così come sono previsti, in particolare, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» (punto II); deve «concentrarsi sul fatto di essere al servizio della società e […] porgere un'attenzione particolare alla situazione delle persone vulnerabili, in particolare ai minori e alle vittime» (punto VIII).

Siffatti compiti sono espletati all'interno della funzione giurisdizionale, affidata al giudice ed al p.m. con ruoli distinti, ma complementari. Proprio per questo, i valori costituzionali posti alla base degli art. 101 ss. Cost. sono riferibili nel sistema della giustizia penale anche al magistrato del p.m., benché non possano sottovalutarsi le ambiguità, anche costituzionali, che caratterizzano tale figura ed il modello di assetto gerarchico che la connota[114], rendendo la «questione del pubblico ministero uno dei nodi irrisolti degli studi sull'ordinamento giudiziario»[115]. Nondimeno, ai limitati fini qui d'interesse, è sufficiente ricordare che, anche secondo le "voci di dentro", la P.G. è collocata, «non in senso

[111] FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, *Questione giustizia*, n. 1, 2012, p. 31.

[112] GUGLIELMI, *Introduzione. Ragioni del processo, ragioni dell'ordinamento: rinunciare a un'istituzione di garanzia*, *Questione giustizia*, n. 1, p. 18, anche per riferimenti all'evoluzione della figura in ambito sovranazionale.

[113] Così è denominato il Parere n. 9 (2014) del Consiglio consultivo dei procuratori europei all'attenzione del comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

[114] Di recente, approfondito da GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura*, cit.; BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, *Questione giustizia*, n. 1, 2018, p. 79, ivi ulteriori richiami ed un'analisi della riforma ordinamentale realizzata nel biennio 2005/2007 e dell'attuazione datane dal C.S.M.

[115] «Nonché oggetto privilegiato di frequenti polemiche di politica del diritto», ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, p. 249.

gerarchico, al vertice (requirente) del sistema processuale»[116], e può darsi dunque come pacifica la concezione dell'inesistenza di un assetto gerarchico tra i differenti uffici del p.m., in relazione ai quali non è rinvenibile un ufficio di vertice, né all'interno del distretto di ogni corte di appello, né in ambito nazionale. Efficacemente è stato osservato che i molteplici uffici del p.m. «funzionano e agiscono in modo autonomo e indipendente, quasi come "monadi giudiziarie», costituendo caratteristica degli stessi una sorta di «atomismo diffuso»[117].

Volgendo, e limitando, l'attenzione alle funzioni svolte dal P.G. nei tre principali ambiti di competenza[118], e ricordato, in premessa, che la peculiarità della sua posizione è confortata già solo dalla considerazione che i p.m. di legittimità compongono, insieme con i giudici di legittimità, il ristretto collegio dei magistrati che esprimono, al loro interno, il giudice della Corte di cassazione che da questa deve essere eletto, è sufficiente sinteticamente osservare che quelle in materia penale si distaccano marcatamente dalle funzioni di merito (peraltro, anche queste connotate da caratteri che evidenziano il ruolo di garanzia del p.m.[119]), facendo sì

[116] PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Bilancio di responsabilità sociale-anno 2018*, Roma, 14/15 marzo 2019, p. 2.

[117] In tal senso, per tutti, ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 283, ivi l'esplicitazione che, appunto in considerazione di tale assetto, ciascun ufficio di procura è attivamente legittimato a difendere di fronte alla Corte costituzionale, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, la propria sfera di attribuzioni costituzionali costituita dall'art. 112 Cost. e l'approfondimento dell'irriconducibilità al paradigma dei controlli gerarchici dei poteri di sorveglianza ed avocazione dei P.G. distrettuali e del potere organizzatorio attribuito a questi ed al P.G. della Corte di cassazione, sul quale, per l'interpretazione fornita dall'Ufficio della Procura generale del relativo ruolo come quello di «promotore della fisiologia del sistema di vigilanza sull'attività del pubblico ministero, onde salvaguardare l'esigenza di "nomofilachia delle prassi", corollario dei principi di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie», FIMIANI, *L'evoluzione dell'attività di vigilanza del Procuratore generale della Corte di cassazione nel "dialogo" con le procure generali distrettuali*, Relazione in occasione della presentazione del Bilancio sociale della Procura Generale della Corte di cassazione, Roma, 14/15 marzo 2019.

[118] Per una sintesi delle molteplici attribuzioni del P.G., PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Bilancio di responsabilità sociale-anno 2018*, cit., pp. 3-4. Inoltre, va ricordato che il P.G., per dettato costituzionale (art. 104, secondo comma, Cost.), è componente di diritto del C.S.M., organo di governo autonomo della magistratura, al quale spetta ogni provvedimento riguardante lo *status* dei magistrati ordinari e l'assetto organizzativo degli uffici giudiziari.

[119] In quanto il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale è «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale […]: indipendenza funzionale del p.m., legalità nel procedimento di repressione dei reati e uguaglianza dei cittadini di fonte alla legge», i quali impediscono che possa ricevere

che la natura composita del p.m. - in quanto deputato a farsi carico dell'accusa, ma con l'onere di agire in modo imparziale e disinteressato rispetto a uno specifico scopo, la condanna dell'imputato - cede il passo al secondo di detti profili, «rendendolo qualificabile effettivamente, "organo di giustizia"»[120], chiamato a svolgere i compiti propri di un organo di garanzia, al punto che, è stato icasticamente osservato, ad esso neppure si attaglia la definizione di «parte imparziale», poiché «parteggia apertamente a favore del diritto»[121].

In ambito civile, i dubbi sull'essere la presenza del P.G. nel processo civile «un lusso che non possiamo permetterci»[122], benché rinvigoriti dall'istituzione della VI sezione civile della Corte di cassazione (e dall'esclusione dell'intervento del P.G. nelle cause decise ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.), oltre che dalla recente, marcata, cameralizzazione del rito di legittimità (*ex* art. 380-*bis*.1 c.p.c.), non possono sminuirne il ruolo, né indurre a ritenerlo superfluo. È stato infatti convincentemente dimostrato che il «suo intervento è comunque insostituibile e necessario» in considerazione del «ruolo di "cooperante alla nomofilachia"», oltre che di immediato promotore della stessa in virtù dell'istituto del «ricorso

istruzioni e direttive dall'esecutivo in ordine all'*an* ed al *quomodo* delle indagini, legittimando altresì la difesa delle proprie attribuzioni con lo strumento del conflitto dinanzi alle Corte costituzionale, *ex plurimis*, ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 259.

[120] PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Bilancio di responsabilità sociale-anno 2018*, cit., 18, sottolineando che al P.G. non spettano funzioni di avvio del processo, né di impulso dello stesso mediante le impugnazioni; il P.G. interviene nei processi dinanzi alla Corte di cassazione con piena libertà di formulare le conclusioni, non essendo tenuto a sostenere le ragioni del p.m. ricorrente, appunto perché «"organo di giustizia", il cui fine istituzionale generale è quello di vegliare sulla "osservanza delle leggi", avendo lo scopo specifico di contribuire a che il giudice di legittimità assolva alla funzione nomofilattica demandatagli». Efficacemente, IACOVIELLO, *Il ruolo della Procura generale*, *Relazione in occasione della presentazione del Bilancio sociale della Procura Generale della Corte di cassazione,* Roma, 14/15 marzo 2019, osserva che, in ambito penale, il P.G. espleta tre funzioni (definite: decidente, requirente e consulente), nello svolgimento delle quali «non deve solo proteggere i valori, deve anche promuoverli» e questi sono «quelli indicati nella Carta costituzionale e nelle Carte sovranazionali». La definizione quale «organo di giustizia» è stata confermata dalla Corte costituzionale, sentenza 15 febbraio 1991, n. 88, anche dopo la riforma del 1988 del codice di rito penale; sulla questione della condivisibilità di tale perdurante configurazione anche dopo la novellazione del codice di rito penale, per tutti, di recente, ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 256.

[121] IACOVIELLO, *Il ruolo della Procura generale*, cit.

[122] DENTI, *Le riforme della cassazione civile: qualche ipotesi di lavoro*, *Foro it.*, 1988, V, p. 24.

nell'interesse della legge» (art. 363 c.p.c.)[123], poiché sempre interviene quale «vettore di un interesse pubblico e non delle pretese e delle posizioni proprie dei litiganti», per ragioni anche diverse da quelle che lo giustificano nel giudizio di merito, rilevando, diversamente da questo, non la «natura della causa», bensì «la funzione di uniformazione del diritto»[124].

Il ruolo di «organo di giustizia» del P.G. emerge altresì in relazione alla funzione disciplinare. Anche se il P.G. è uno dei due titolari dell'azione che avvia il procedimento, il suo obbligatorio intervento nel giudizio dinanzi alle Sezioni unite civili avviene poi con le forme di cui all'art. 379 c.p.c., e «si coordina […] con la funzione di controllo di legittimità propria della Corte di cassazione. L'art. 70, comma 2, c.p.c. lo contempla quale che sia la materia su cui verte il giudizio, quindi anche nel giudizio di impugnazione in materia disciplinare, nella quale il pubblico ministero opera, comunque, sempre a tutela dell'interesse superiore al rispetto delle leggi»[125].

Le molteplici funzioni, pur nella loro diversità, sono dunque unificate da «un filo rosso che tutte le lega e che è costituito dall'obiettivo di garanzia della uniformità, intesa non come conformazione dall'alto ma come costante verifica del rispetto dell'uguaglianza»[126], essendo l'intervento sempre improntato al perseguimento di un interesse generale, che è quello «alla tenuta della legalità repubblicana, quale si desume dal dettato costituzionale e dalle disposizioni normative che vi si adeguano e la attuano», assumendo il P.G. un ruolo

[123] Per una recente ricostruzione del dibattito sul ruolo del P.G. nel giudizio civile di legittimità e per la dimostrazione che esiste «un futuro non per lui ma per la nomofilachia, e quindi per i cittadini», PEPE, *Il PM civile di legittimità con la "lanterna di Diogene" alla ricerca della sua identità*, www.judicium.it, 2020, ove richiami di dottrina in ordine a tale dibattito.

[124] SGROI, *La funzione della Procura generale della Cassazione*, *Questione giustizia*, 1, 2018, 52, rimarcando altresì che «il pm non è né rappresentante di un potere, né puro e semplice portatore di interessi della società o di una sua componente» e «veicola un punto di vista autenticamente indipendente, in ciò assimilabile alla posizione del decidente»; ivi anche una completa, attenta e diacronica, ricognizione delle norme che disciplinano le funzioni del P.G. nel giudizio civile di legittimità e riferimenti di dottrina in ordine alla sua collocazione istituzionale all'interno dell'ordinamento.

[125] Cass, S.U., 29 novembre 1995, n. 12323; 11 maggio 1995, n. 5132; 14 giugno 1993, n. 6612 del 1993; ciò a tacere della sostanziale attribuzione di poteri decisori nel caso di archiviazione ai sensi dell'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109 del 2006; al riguardo, SALVATO, *Ambiguità ed equivoci in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati*, *Cass. Pen.*, 2019, 1, 32.

[126] SGROI, *La funzione della Procura generale ella Corte di cassazione*, cit.

significativamente definito, poco tempo prima della riforma in esame, «di *amicus curiae* e di controllore della legalità del giudizio»[127].

7.1 L'intervento nel giudizio incidentale

Per quanto qui interessa, rileva che l'accennata configurazione del P.G. come organo di giustizia e di garanzia costituisce altresì espressione ed applicazione del pluralismo istituzionale, valore fondamentale dell'ordinamento costituzionale affermatosi, come accennato, in «conseguenza della rottura dell'unità di comando politico e amministrativo che appare connaturata alla società politica complessa nata con la "modernità"»[128], che concorre ad evidenziare l'ampia potenzialità di intervento quale *amicus curiae* nei giudizi dinanzi alla Corte.

La Costituzione, è stato autorevolmente sottolineato, non costituisce il «centro dal quale tutto derivava per irradiazione, attraverso la sovranità dello Stato cui si appoggiava», bensì è il «centro verso cui tutto deve convergere»[129], avendo l'ordinamento costituzionale «più dimensioni», poiché «non è solo il risultato di atti comunicativi linguistici, ma anche di atti, fatti e rapporti sociali in senso ampio» ed essendo il testo della Costituzione collocato all'interno di tale ordinamento «in una "relazione sistemica" sia con i valori di cui si fanno portatori i soggetti che compongono la base materiale dell'ordinamento sia con i testi normativi materialmente (anche se non formalmente) costituzionali»[130]. Appunto per questo, è stato da ultimo rimarcato, «la piena attuazione dei principi costituzionali ha un carattere necessariamente corale e richiede l'attiva leale collaborazione di tutte le istituzioni» all'interno di una dialettica in cui la Corte non è tanto «mediatrice diretta dei conflitti tra diritti o principi, quanto piuttosto garante del quadro d'insieme entro il quale la mediazione deve compiersi ad opera delle istituzioni politiche, che rispondono in ultima analisi ai cittadini, in quell'avventura che ci coinvolge tutti come protagonisti e artefici della vita comune»[131].

In considerazione di tale conformazione dell'ordinamento costituzionale, l'intervento del P.G. quale *amicus curiae* non è, e non può essere, condizionato

---

[127] RORDORF, *Editoriale*, cit.; analogamente SGROI, *La funzione della Procura generale ella Corte di cassazione*, cit., con specifico riguardo al P.G. nel giudizio civile di legittimità, osserva che in esso «può scorgersi una figura riconducibile, certo per approssimazione e solo sotto il profilo funzionale, non istituzionale, all'istituto anglosassone dell'*amicus curiae*».

[128] BALBONI, *Decentramento amministrativo*, cit; GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit.

[129] ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 10.

[130] BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, (voce) *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015.

[131] MARTA CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2019*, cit., p. 4.

dalla posizione assunta dall'istituzione cui spetta intervenire nei giudizi in rappresentanza dello Stato, né dà luogo, nel caso di prospettazione di elementi contrari alla stessa, ad una sorta di anomalo conflitto interorganico tra poteri. Il P.G. riveste infatti il ruolo di rappresentante di tutti i destinatari della norma impugnata, quale organo dello stato-comunità; non si sovrappone al presidente del consiglio dei ministri, che interviene a difesa della legge, come espressione dello stato-apparato, se non dello stato-governo[132]. L'intervento. risponde alla finalità, diversa da quella del presidente del consiglio dei ministri, di arricchire il patrimonio di conoscenza a disposizione della Corte e di realizzare la necessaria ed opportuna collaborazione di tutte le istituzioni che, in relazione a determinate questioni, in virtù dei compiti alle stesse spettanti, sono meglio in grado di fornire gli elementi, di fatto e di diritto, concernenti i valori coinvolti dalla questione di legittimità costituzionalità, rilevanti ai fini della decisione. In definitiva, l'apporto collaborativo che il P.G. può offrire costituisce espressione ed applicazione del principio enunciato dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui «la tutela di un fondamentale valore costituzionale sarà tanto più effettiva quanto più risulti garantito che tutti i soggetti istituzionali cui la Costituzione affida poteri legislativi ed amministrativi» (ovvero, può aggiungersi, attribuiti all'ordine giudiziario, non risolventesi in quelli soli spettanti agli organi giudicanti) «siano chiamati a contribuire al bilanciamento dei diversi valori in gioco»[133], garantendo appieno la dialettica imposta dal pluralismo istituzionale e dal carattere «corale» dell'opera di attuazione dei principi costituzionali.

L'intervento è conseguentemente ammissibile in tutti i casi nei quali la questione sia attinente ad uno degli interessi riconducibili agli ambiti di competenza dell'azione del P.G.; certo, non basta l'interesse generico alla legalità, occorrendo avere riguardo a quelli più specificamente riferibili ai compiti istituzionalmente allo stesso affidati quando, proprio per essi, egli sia nella condizione di garantire quell'apporto conoscitivo opportuno ai fini della decisione e del bilanciamento alla stessa ordinariamente sotteso, che implica l'esigenza di avere piena contezza di tutte le possibili ricadute sul complesso dei valori in gioco. Tale risultato rende l'intervento coerente con la finalità di rafforzare il processo costituzionale quale «scenario emblematico ed esemplare di tutti gli interessi

[132] ROMBOLI, *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, vol. III, 2441, sia pure svolgendo la considerazione riportata nel testo al fine di sostenere l'ammissibilità dell'intervento "ordinario" nel giudizio incidentale promosso da un processo in cui il p.m. riveste la qualità di parte, con specifico riferimento alle questioni aventi ad oggetto norme penali e che, tuttavia, mantengono più generale validità, con riguardo a tutte le funzioni svolte dal P.G.

[133] Sentenza 28 giugno 2004, n. 196.

coinvolti dalla questione», che è proprio una di quelle perseguite dal nuovo istituto e che consente alla Corte di «avvantaggiarsi di contributi sradicati dagli interessi rispettivi di soggetti determinati»[134].

L'opinione del P.G., come quella degli altri soggetti istituzionali (con riguardo ai casi in cui la questione coinvolge interessi attinenti ai loro compiti), può altresì attenuare il rischio, non implausibilmente adombrato, che la nuova figura finisca per costituire «un canale privilegiato» per quegli «*amici curiae* che riescano ad affidarsi a consulenti e avvocati di grido, o a *media* più o meno influenti che ne amplifichino le voci»[135], giungendo ad esporre la Corte ad «una "cattura" […] da parte delle *lobbies*»[136].

Ritenuta l'ammissibilità dell'intervento del P.G. come *amicus curiae* nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, la compiuta valutazione della reale utilità del nuovo istituto deve essere rinviata alla prova dei fatti. È infatti complicato (forse addirittura impossibile) anche solo tentare di immaginare in quali casi potrà essere spiegato. Una tale prefigurazione rischia infatti di tradursi in uno sterile e vano esercizio di fantasia, tenuto conto che è condizionata alla prospettazione offerta di una determinata questione dall'ordinanza di rimessione (nel giudizio incidentale), ovvero dall'atto che avvia il giudizio (in quelli in via di azione e nei conflitti di attribuzioni), che segnano gli invalicabili confini entro cui lo stesso potrà essere spiegato[137] e che, di necessità, condizionano l'apprezzamento in ordine all'ammissibilità dell'intervento; relativamente a detto profilo sono, quindi, possibili soltanto alcune generalissime considerazioni.

---

[134] Finalità che, in passato, si era tentato di perseguire attraverso un'interpretazione dell'art. 20, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, riferita anche alla costituzione delle parti; su tale questione, NICCOLAI, *Sul diritto degli «organi dello Stato» di intervenire nei giudizi davanti alla Corte ex art. 20, comma 2 legge n. 87 del 1953 e su qualche altra questione connessa al contraddittorio*, (nota a Corte cost., 9 ottobre 1998, n. 350), *Giur cost*., 1998, p. 2672, anche per ulteriori riferimenti.

[135] RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile,* cit.; analogamente, MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative*, cit.*,* richiama l'attenzione sul rischio della «pressione, diretta o indiretta che tali enti potranno esercitare».

[136] GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., con riguardo alla figura in esame nell'ordinamento statunitense.

[137] Costituiscono principi pacifici quelli secondo i quali: nel giudizio in via incidentale non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, oltre i limiti dell'ordinanza di rimessione; e ciò sia che siano stati eccepiti, ma non fatti propri dal giudice *a quo*, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il *thema decidendum*, per tutte, sentenza 26 marzo 2020, n. 57; nel giudizio in via di azione il *thema decidendum* è fissato dal ricorso e non possono essere prese in considerazione neppure le censure sollevate con le memorie depositata in prossimità dell'udienza pubblica, tra le più recenti, sentenza 26 marzo 2020, n. 56.

Con riguardo al giudizio in via incidentale, va anzitutto ricordato che, secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, il p.m. non può costituirsi nello stesso neppure quando rivesta nel processo principale la qualità di parte[138]. L'inammissibilità della costituzione e/o dell'intervento del p.m. che sia "parte" nel giudizio *a quo*[139] è, peraltro, significativa, in quanto le decisioni della Corte costituzionale l'hanno affermata - benché con qualche incertezza - anche valorizzando che egli «sempre agisce nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, assumendo un vero ruolo di "organo di giustizia"»[140]. La

[138] Il principio da ultimo è stato ribadito dall'ordinanza del 6 ottobre 2009, allegata alla sentenza 19 ottobre 2009, n. 262, ove i richiami delle precedenti decisioni, sulle quali v. anche *infra*, le note n. 139 e 140. Non è qui possibile dare compiutamente conto di detta questione ed è sufficiente ricordare, in sintesi, che una parte consistente della dottrina è diversamente orientata, propendendo per la possibilità del p.m. di partecipare al giudizio costituzionale in via incidentale, sulla scorta, tra l'altro, del principio del contraddittorio e della conformazione assunta dal processo (anche costituzionale) a seguito delle modifiche all'art. 111 Cost.; per tutti, anche per ulteriori riferimenti, PACE, *Sull'ammissibilità della costituzione del pubblico ministero (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, www.rivistaaic.it, 2015; ROMBOLI, *La presenza del pubblico ministero*, cit.; ZANON, *L'impossibile costituzione del Pubblico Ministero nel giudizio in via incidentale*, (nota a Corte cost., 17 luglio 1995, n. 327), *Giur. cost.*, 1995, p. 2504.

[139] L'alternativa in ordine alla modalità di "intervento" è formulata, tenuto conto che, secondo PACE, *Sull'ammissibilità della costituzione del pubblico ministero p.ult.cit.*, il p.m., «essendo parte nel giudizio *a quo*, non potrebbe essere considerato "interveniente" nel giudizio dinanzi alla Corte», benché si sia invece «subito ritenuto […] che anche il p.m., in quanto parte, può […] "prospettare" al giudice un'eventuale q.l.c.»; diversamente, per ROMBOLI, *La presenza del pubblico ministero,* cit., dovrebbe essere consentita la costituzione del p.m. almeno come interveniente, ritenendolo portatore di un interesse che legittimerebbe l'intervento ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative, identificato in un «interesse istituzionale specifico», che «potrebbe essere individuato, ad esempio, nella tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale e pertanto l'intervento essere ammesso in ordine a questioni di costituzionalità che attengano alla realizzazione o riduzione del medesimo»; analogamente, ad avviso di PIERANGELI, *L'intervento del p.m. nel processo costituzionale*, in *Il lodo ritrovato*, a cura di Bin e altri, Torino, 2009, 199, il p.m. potrebbe "intervenire" nel giudizio dinanzi alla Corte.

[140] L'affermazione virgolettata nel testo è contenuta, in modo identico, nelle sentenze 9 gennaio 1996, n. 1 e 2 novembre 1996, n. 375. Peraltro, entrambe concernono il p.m. contabile e, tuttavia, recano l'affermazione riportata nel testo, richiamando a conforto l'ordinanza 17 luglio 1995, n. 327, che, tuttavia, concerneva il p.m. penale (la seconda sentenza in modo netto ritiene pienamente omologabili le fattispecie, sottolineando: «la situazione in esame coincide con quella già scrutinata da questa Corte nell'ordinanza n. 327 del 1995»). Quest'ultima decisione aveva, peraltro, diversamente motivato l'inammissibilità, fondandola esclusivamente sul fatto che la costituzione non è «prevista e disciplinata dalle norme integrative». La sentenza 2 novembre 1998, n. 361, pur dando atto

constatazione, da sola, è infatti sufficiente a dare ulteriore certezza della peculiarità del ruolo del p.m., finanche qualora rivesta la qualità di parte nel processo principale, e concorre ad esaltare quello che ancora più connota il P.G., per le considerazioni sopra svolte in ordine al contenuto delle funzioni allo stesso attribuite in relazione ai processi penali e civili, di merito e di legittimità[141], ed alla collocazione ordinamentale.

---

della posizione del p.m. di parte nel processo penale *a quo*, aveva ribadito l'inammissibilità, ma rimarcando, «da un lato la peculiarità della sua posizione ordinamentale e processuale, dall'altro l'attuale disciplina […], che tiene distinti il "pubblico ministero" e le "parti"», sottolineando altresì che la «peculiarità del ruolo del pubblico ministero fa poi ritenere non irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di distinguere tale organo rispetto alle parti del procedimento *a quo*, non prevedendone la legittimazione a costituirsi nel giudizio sulle leggi». L'ordinanza 6 ottobre 2009, allegata alla sentenza 19 ottobre 2009, n. 262, ha fondato la dichiarazione di inammissibilità sul richiamo indistinto delle «sentenze n. 361 del 1998, n. 1 e n. 375 del 1996; ordinanza n. 327 del 1995», ma con più forza ha rimarcato la posizione di parte del p.m. Rinviando agli scritti richiamati nella precedente nota, per l'analisi critica di dette pronunce, resta significativo che alle origini dell'orientamento favorevole alla soluzione dell'inammissibilità vi è la qualificazione del p.m. come "organo di giustizia", che agisce nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, indipendentemente dai profili di diversità tra le figure del p.m. "ordinario" e "contabile" ed a prescindere dalle accennate discrasie rinvenibili in dette decisioni.

[141] Considerazioni alle quali va ulteriormente aggiunto che l'assunzione della qualità di parte nel giudizio penale di legittimità va ponderata alla luce della circostanza che «i rappresentanti della Procura generale della Suprema Corte, i quali intervengono in tutte le udienze della Corte, a mente dell'art. 74 Ord. Giud. cit., sono assolutamente liberi nel formulare le loro conclusioni, nel senso che non debbono sostenere le ragioni del pubblico ministero ricorrente»; al P.G. «non competono, analogamente alle Procure generali delle Corti di appello (fatte salve le ipotesi di avocazione delle indagini) e a differenza dei procuratori di primo grado, funzioni di avvio del processo, ma neppure competono funzioni, invece attribuite al pubblico ministero presso il giudice di secondo grado, di ulteriore impulso del processo medesimo, attraverso le impugnazioni»; «il potere di proporre appello o ricorso diretto per cassazione contro una sentenza (di assoluzione o, in determinati casi, di condanna dell'imputato) di primo grado è attribuito al Procuratore della Repubblica ed al Procuratore generale della Corte di appello; il potere di proporre ricorso per cassazione contro analoga sentenza emessa in grado di appello, solo a quest'ultimo. Mai tale potere è, al contrario, attribuito ai magistrati della Procura generale della Suprema Corte di cassazione», PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Bilancio di responsabilità sociale-anno 2018*, cit., pp. 18-19. Relativamente ai giudizi civili di legittimità (ma anche a quelli disciplinari), è stata dianzi evidenziata la specificità del ruolo, occorrendo peraltro ricordare che nei giudizi dinanzi alla VI Sezione civile, definiti ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. il P.G. neppure interviene ed in quelli camerali, ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c., l'intervento è facoltativo.

La ritenuta esclusione della costituzione, ma anche dell'intervento *ex* art. 4 delle Norme integrative, concorre ad ampliare i margini dell'inoltro dell'opinione da parte del P.G., in quanto possibile, come detto, soltanto nel caso in cui il primo non sia ammissibile. Non si tratta, sia chiaro, di recuperare la pienezza del contraddittorio nei confronti del p.m. nel giudizio dinanzi alla Corte attraverso una strada diversa da quella ritenuta non percorribile dalla giurisprudenza costituzionale. L'intervento come *amicus curiae* è e resta infatti diverso da quello del p.m. quale parte del processo di merito (ove fosse stato ritenuto ammissibile) e non è a questo equiparabile neppure nel caso in cui il giudizio *a quo* sia un processo di legittimità, tenuto conto della descritta peculiarità della posizione del P.G.

L'intervento può dunque concernere, di regola, i giudizi promossi dal giudice ordinario, in quanto riferibili alla giurisdizione al cui interno il P.G. espleta le proprie funzioni, mentre dubbia, comunque non semplice, potrebbe esserne l'ammissibilità in relazione ai giudizi promossi dalla Corte dei conti. La difficoltà origina dalla circostanza che anche nell'ambito di tale giurisdizione è previsto il p.m., organo la cui configurazione, sotto alcuni profili, è forse ancora più complessa del p.m. della giurisdizione ordinaria. Nondimeno, tra le due figure di pubblico ministero esiste una significativa similitudine, tenuto conto che, come affermato dalla Corte costituzionale, anche il p.m. contabile «agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale. Egli rappresenta l'interesse generale al corretto esercizio, da parte dei pubblici dipendenti, delle funzioni amministrative e contabili, e cioè un interesse direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati; non l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue, siano pure essi convergenti con il primo»[142]. Tale compito del p.m. contabile ed il suo ruolo di «partecipe di "osservatore della legalità finanziaria" con l'onere di segnalazione degli elementi critici rilevanti sia sotto il profilo della legalità, sia sotto il profilo economico e amministrativo delle risorse pubbliche» sono stati rafforzati dal codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174), che attualmente disciplina le attività allo stesso affidate[143].

[142] Sentenza 9 marzo 1989, n. 104, benché concernente un giudizio per conflitto di attribuzioni.

[143] NUGNES, *Il ruolo del Pubblico ministero contabile e la garanzia del diritto di difesa nel procedimento preliminare al giudizio di responsabilità*, *www.federalismi.it*, 2019; per riferimenti sulla figura del p.m. contabile, ai richiami ivi contenuti, *adde*, *ex plurimis*, AURIEMMA, *Il pubblico ministero contabile nei giudizi innanzi la Corte di Cassazione*, *www.lexitalia.it*, 2009; SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012, 208; per un quadro d'insieme delle differenti figure di p.m., COSTANZO, *Il pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali nell'ordinamento costituzionale italiano*,

Per tale configurazione, sembrerebbe possibile ritenere che, tendenzialmente, in relazione a questioni sollevate dalla Corte dei conti sia difficile ipotizzare i presupposti dell'inoltro dell'opinione da parte del P.G., anche a prescindere dalla questione dell'ammissibilità dell'intervento nei giudizi costituzionali del P.G. della Corte dei conti, quale *amicus curiae* che presenta profili di specificità, ma esula dalle presenti considerazioni[144]. È dunque possibile soltanto accennare al fatto che sussistono ambiti caratterizzati da ampie zone grigie nelle quali sono coinvolti interessi attinenti alle sfere di competenza delle differenti giurisdizioni al cui interno operano le due figure di p.m. che, in considerazione della finalità dell'intervento, rendono comunque ipotizzabile quello del P.G., con riguardo a questioni che coinvolgano interessi attinenti alle funzioni dallo stesso espletate[145].

In relazione a queste ultime, l'intervento è astrattamente prefigurabile anche nei giudizi promossi dai giudici amministrativi, non essendo rilevante, in contrario e da sola, la circostanza che spettano ad una giurisdizione diversa da quella in cui esplica le proprie funzioni il P.G. In tali processi, anche a seguito del progressivo, marcato, ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo e, comunque, di fattispecie nelle quali il riparto appare controvertibile[146], tenuto conto degli

www.giurcost.org, 2007, secondo cui è possibile offrire «del pubblico ministero, una visione coordinata e unitaria, nel più ampio orizzonte della c.d. unicità della giurisdizione, che, come autorevolmente affermato, non postula omogeneità assoluta a livello organizzativo, ma può anzi avvalersi di plessi giurisdizionali specificamente attagliati ai diversi particolari contesti ordinamentali».

[144] Profili conseguenti, tra l'altro, alla circostanza che le ragioni addotte dalla giurisprudenza costituzionale richiamata nella nota n. 140 in ordine all'inammissibilità della costituzione e dell'intervento (c.d. ordinario) sono confortate dalle pronunce delle Sezioni unite civili che hanno ritenuto il Procuratore generale della Corte dei «parte del giudizio in senso soltanto formale» (tra le altre, S.U. 30 novembre 2006, n. 22519), occorrendo tuttavia tenere conto di un'ordinanza che ne ha ritenuto ammissibile la condanna alle spese del giudizio, aprendo in tal modo alla configurazione dello stesso quale parte sostanziale (S.U. 13 dicembre 2007, n. 26111, su tale pronuncia e per le implicazioni della stessa, AURIEMMA, *Il pubblico ministero contabile*, cit.).

[145] Tra le molte, può pensarsi alle questioni che possono sorgere in tema di società cc.dd. pubbliche, rilevanti non soltanto ai fini del mero riparto di giurisdizione (soltanto in parte risolte dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), sui quali, per una visione d'insieme, v. i contributi in FIMMANÒ-CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016.

[146] Emblematica, tra le più recenti, è la sentenza della Corte costituzionale 20 febbraio 2020, n. 24, che ha deciso le questioni aventi ad oggetto l'art. 120, comma 2, del codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), nella parte concernente la revoca della patente di guida da parte del prefetto nei confronti di coloro che sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali, sollevate dal TAR per le Marche e dal Tribunale ordinario di Lecco, in relazione a parametri parzialmente coincidenti e per profili pure in parte analoghi. La Corte, riuniti i giudizi, ha ritenuto fondata la questione e dichiarato costituzionalmente

interessi coinvolti, non è infatti implausibile immaginare che possano essere sollevate questioni che implichino valutazioni concernenti anche quelli attinenti, per svariati profili, alle funzioni proprie del P.G., in relazione alle quali si palesi possibile (ed utile) l'apporto conoscitivo che detto organo può fornire[147].

7.2 L'intervento nei giudizi in via di azione o per conflitto di attribuzioni

L'intervento quale *amicus curiae*, come si è accennato, è ammissibile anche nel giudizio in via principale e, ai fini dell'identificazione dei casi nei quali potrà essere spiegato dal P.G., rileva il carattere "strabico" che lo connota.

Il giudizio in via di azione è infatti diretto esclusivamente a dirimere conflitti legislativi di competenza, ma soltanto qualora sia avviato dalle Regioni e dalle Province autonome. Diversamente, l'impugnazione proposta dallo Stato è stata

illegittima la norma indubbiata, giudicando preliminarmente ammissibile quella sollevata dal TAR, benché il provvedimento impugnato incidesse su un diritto soggettivo e non rientrasse tra le materie di giurisdizione esclusiva, in quanto l'accoglimento della questione avrebbe potuto incidere sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva lesa.

[147] Si pensi (a titolo meramente esemplificativo ed al solo scopo di prefigurare la vasta gamma di casi nei quali è possibile ipotizzare un intervento, limitatamente ad alcuni di più immediata evidenza), tra le molte e per tutte: alle questioni aventi ad oggetto la documentazione antimafia, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, riservate alla cognizione del giudice amministrativo (per tutte, Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452; sez. III, 13 agosto 2019, n. 5706;, Cons.giust.amm., 16 marzo 2020, n. 165) - che può anche intersecare norme sovranazionali (Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2020, n. 2797) –, ovvero inerenti alle misure di prevenzione personali applicate dal questore, impugnabili davanti al giudice amministrativo (e cioè, il "foglio di via obbligatorio" e "l'avviso orali" di cui agli art. 2, d.lgs. n. 159 del 2011, cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 741; TAR Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 143; TAR Umbria, sez. I, 13 giugno 2019, n. 329); alle questioni concernenti la materia delle sanzioni amministrative, nelle quali il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si fonda sulla distinzione, di ordine insieme funzionale e strutturale, tra sanzioni punitive (o "in senso stretto") e misure propriamente ripristinatorie (sanzioni "in senso lato") (tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 1; S.U. 16 aprile 2009, n. 8990) e che, tuttavia, non esclude la possibile emersione di profili in riferimento ai quali emerga l'opportunità dell'apporto conoscitivo fornito dal P.G., anche laddove si tratti di fattispecie riservate alla cognizione del giudice amministrativo; alle questioni in materia di disciplina dell'immigrazione, tenuto conto che «il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva incisa non muta sulla base della sola mutevole attribuzione legislativa della controversia all'una o all'altra giurisdizione, ma muta solo la considerazione con cui l'ordinamento ne valuta la capacità di influire a livello procedimentale sulla ponderazione dell'interesse pubblico, da parte dell'Amministrazione competente, in relazione ad altri valori dell'ordinamento, laddove nell'interesse legittimo tale posizione giuridica» (NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, www.federalismi.it, 2018, anche per ulteriori richiami).

«ritenuta sin dall'inizio (in realtà, conformemente alla volontà, emersa anche alla Costituente, di tenere il legislatore regionale "sotto tutela") come volta più in generale a garantire il rispetto della legalità costituzionale da parte della legge regionale»[148]. Questa configurazione è stata confermata e ribadita dalla giurisprudenza costituzionale anche dopo la riforma del Titolo V[149] e comporta che l'interesse ad agire delle Regioni e delle Province autonome deve essere qualificato dalla finalità di reintegrare la propria competenza lesa dalla norma statale. Regioni e Province autonome possono, quindi, denunciare la violazione di parametri non compresi nel Titolo V esclusivamente quando questa ridondi in lesione delle loro competenze costituzionali[150], mentre lo Stato «può impugnare in

[148] PERTICI, *Giudizio in via d'azione*, (voce), *Dig. pubb.*, Torino, 2012.

[149] Per ragioni di sintesi, a conforto del carattere pacifico e costante del principio, basta rinviare, da ultimo, a NEVOLA-DIACO-SCURATI MANZONI-NORELLI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019*, Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale, redatto in occasione della Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale, 102, laddove esplicita: «lo spettro dei parametri deducibili nel giudizio in via principale si può presentare più o meno ampio in funzione della circostanza che il ricorrente sia lo Stato ovvero una Regione o una Provincia autonoma. Quando il giudizio è radicato a seguito di un ricorso statale, le questioni di legittimità costituzionale non devono essere necessariamente costruite come conflitti competenziali, ben potendo esse riguardare la violazione di parametri costituzionali diversi da quelli che regolano i rapporti tra Stato e Regioni»; sono inoltre indicati i numerosi casi in cui la Corte è stata sollecitata dallo Stato a giudicare di asserite lesioni di parametri sia competenziali sia estranei al Titolo V ed anche casi quelli lo Stato ha denunciato «esclusivamente [del]la lesione di norme costituzionali estranee al riparto di competenze». Per riferimenti in ordine alla differente tesi sostenuta da una parte della dottrina, secondo cui il mutamento del quadro costituzionale avrebbe invece implicato «che le posizioni dello Stato e della Regione dovessero essere equiparate anche con riguardo ai vizi denunciabili (potendosi a tal fine prospettare l'alternativa tra un livellamento verso l'alto, per cui entrambi i soggetti avrebbero potuto far valere qualsiasi tipo di vizio di costituzionalità della legge impugnata, oppure verso il basso, con la conseguenza che entrambi avrebbero potuto denunciare soltanto la violazione delle proprie competenze)», PERTICI, *Giudizio in via di azione*, cit.

[150] La ridondanza ha costituito la regola processuale utilizzata dalla Corte per attenuare l'asimmetria tra le parti e che, tuttavia, appare nozione elastica, mutevolmente ricostruita dalla giurisprudenza costituzionale, *ex plurimis*, CECCHETTI, *La "ridondanza" tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro gli atti legislativi dello Stato*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010), Milano 2011, 290; ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la «ridondanza»*, (nota a Corte cost. 16 febbraio 2012, n. 22), *Giur.cost.*, 2012, p. 298; di recente, DE MARIA, *La Corte sul Decreto sicurezza, tra nuove configurazioni della ridondanza e limitazioni ai «DASPO urbani»*, (nota a Corte cost. 24 luglio 2019, n. 195), *Giur. cost.*, 2019, p. 2265.

via principale una legge regionale deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale», poiché ad esso è «riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare», anche per «[del]l'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso»[151].

La diversità delle due ipotesi rileva in quanto, nel caso di impugnazione proposta dallo Stato, qualora sia denunciata la violazione di parametri diversi da quelli compresi nel Titolo V della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale, riguardata dalla parte del P.G., può risultare, almeno in parte, omologa a quella sollevata, negli stessi o analoghi termini, nel corso di un giudizio incidentale; quindi, al quesito concernente l'ammissibilità dell'intervento *ex* art. 4-*ter* può essere data soluzione sostanzialmente analoga a quella offerta con riguardo a tale tipo di giudizio[152].

In relazione al giudizio in via di azione, non sembra poi prefigurabile una ragione pregiudizialmente ed astrattamente impeditiva dell'intervento quale *amicus curiae* del P.G. (come di un altro, diverso, soggetto istituzionale), in conseguenza del fatto che ha ad oggetto (di regola ma, come detto, non esclusivamente) un conflitto di competenza. Se è vero infatti che la competenza legislativa regionale non può che essere territorialmente determinata, è altresì vero che «il carattere della territorialità non deve essere inteso in modo grezzo» e che «gli interessi di cui la regione può avere cura sono quelli territorialmente qualificati, cioè in riferimento alla collettività locale», con la conseguenza che sussiste «un divieto a carico delle leggi regionali "non solo di disciplinare direttamente rapporti attinenti ad una diversa sfera territoriale, ma altresì di dettare norme che hanno il fine di determinare ripercussioni extraterritoriali, interferendo quindi con l'ordinamento di altre regioni e dello stato"»[153].

La natura e l'oggetto del giudizio in via principale non bastano dunque, da sole, a rendere inammissibile un siffatto intervento, benché, analogamente a quanto rilevato in relazione al giudizio incidentale, non sia semplice ipotizzare in quali casi potrebbe essere spiegato, essendo la relativa valutazione necessariamente condizionata dal contenuto della questione sollevata. Al solo scopo di porre in luce

[151] Sentenza 24 luglio 2003, n. 274.

[152] Peraltro, anche aderendo alla tesi dell'ammissibilità della "costituzione" o dello "intervento" del p.m. nei giudizi rinvenienti da processi di cui è parte - sostenuta da una parte della dottrina, ma è resistita dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. le note nn. 138-140) – manca, nel caso del giudizio in via di azione, un processo principale del quale, in tesi, il p.m. avrebbe potuto spiegare intervento; conseguentemente, non vengono in rilievo quelle situazioni altrimenti ostative all'intervento in esame

[153] MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale*, cit., richiamando, quanto all'ultima proposizione, ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1999, p. 222.

che detto intervento non può essere aprioristicamente escluso, è sufficiente ricordare, sinteticamente ed in via meramente esemplificativa, che, a seguito della riforma del Titolo V, la «organizzazione della giustizia di pace» costituisce oggetto di espressa considerazione nell'art. 116, terzo comma 3, Cost., quale una delle materie in relazione alle quali sono possibili ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia attribuite alle regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost. La locuzione «organizzazione della giustizia di pace» è riferibile soltanto ai profili organizzativi, non all'amministrazione della giurisdizione[154]. Non è tuttavia implausibile immaginare che, se e quando saranno attribuite alle regioni competenze in questa materia[155], il loro esercizio potrebbe dare luogo a questioni in riferimento alle quali (ovviamente, se e quando promosse dai soggetti legittimati) proprio il P.G., quale *amicus curiae*, è in grado di fornire elementi utili e necessari allo scopo di accertare e valutare compiutamente le ricadute di determinate scelte organizzative sulle modalità di esercizio della giurisdizione. Non pochi sono gli ulteriori casi nei quali è pure possibile pensare ad un utile apporto conoscitivo fornito dal P.G., in considerazione dei compiti e delle funzioni allo stesso assegnati, al fine di permettere alla Corte una più completa conoscenza dell'impatto delle norme impugnate in giudizi aventi ad oggetto questioni (qui accennate, si ripete, a titolo meramente esemplificativo, soltanto al fine di evidenziare la tendenziale ampia applicabilità del nuovo istituto) concernenti materie di competenza esclusiva dello stato[156] o concorrente[157], ma anche residuale delle regioni[158].

---

[154] *Ex plurimis*, CARCANO-SALVATO, *Il giudice di pace*, Milano, 2003, p. 16.

[155] L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., costituisce oggetto di una recente «bozza di legge quadro, sulla quale cfr. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost*., www.federalismi.it, 2019.

[156] Sempre a mero titolo di esempio, si pensi alle materie che più immediatamente evocano un'attinenza con attribuzioni e compiti del P.G. quali quelle di cui all'art. 117, secondo comma, lettere h), l), Cost., in relazione, tra l'altro, ai problemi connessi alla definizione della materia «ordine pubblico e sicurezza» ed all'accertamento del se e quando possano prefigurarsi implicazioni di una data disciplina regionale su profili attinenti compiti riservati allo Stato (sentenze 23 dicembre 2019, n. 285; 16 novembre 2018, n. 208).

[157] È possibile, immaginare – sempre e solo a titolo di esempio – che sia in questione un controvertibile profilo in ordine all'eventuale interferenza di una determinata disciplina in materia di "governo del territorio" con la disciplina penale (sentenza 29 maggio 2013, n. 101).

[158] Quali, ancora in via meramente esemplificativa, la polizia amministrativa locale (sentenza 6 giugno 2012, n. 141), laddove determinate scelte organizzative possano avere

Relativamente al giudizio avente ad oggetto un conflitto di attribuzioni, si è sopra fatto cenno dei casi nei quali è ammissibile l'intervento da parte di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi. È possibile pianamente negare l'ammissibilità dell'intervento *ex* art. 4-*ter*, qualora si tratti di un giudizio in cui il p.m. costituisca il potere coinvolto dal conflitto[159]. La richiamata autonomia ed indipendenza che caratterizzano, sotto il profilo strutturale, l'organizzazione dell'ufficio del p.m. fanno infatti sì che la legittimazione al conflitto spetti al capo dell'ufficio che ha adottato l'atto impugnato[160] e, pur nell'assenza di una sovraordinazione gerarchica sembra da

ricadute, tra l'altro, sull'esercizio di poteri inerenti il diritto punitivo (amministrativo o penale).

[159] In relazione ai conflitti interorganici, è pacifica nella giurisprudenza costituzionale la natura di potere dello Stato del p.m.: «in quanto autorità giudiziaria che dispone direttamente della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 109 Cost., e perciò titolare delle attività d'indagine finalizzate all'esercizio obbligatorio dell'azione penale in virtù dell'art. 112 Cost.» (da ultimo, sentenza 6 dicembre 2018, n. 229, ove ulteriori richiami); «in quanto (e solo in quanto) investito dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.), cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate […]. Funzione con riferimento alla quale il pubblico ministero, organo non giurisdizionale, deve ritenersi competente a dichiarare definitivamente, in posizione di piena indipendenza, la volontà del potere giudiziario cui appartiene», sicché è ammissibile «il conflitto di attribuzione proposto contro il pubblico ministero sia in relazione agli atti tipici di esercizio dell'azione penale – quali la richiesta di rinvio a giudizio (sentenze 12 aprile 2012, n. 88; 16 dicembre 1998, n. 410) o la richiesta di giudizio immediato (sentenza 12 aprile 2012, n. 87) – o alla decisione di non esercitarla (richiesta di archiviazione, sentenza 10 novembre 200, n. 487); sia in relazione alle attività investigative compiute dall'organo dell'accusa nella fase delle indagini preliminari (sentenze 15 gennaio 2013, n. 1; 12 aprile 2012 n. 87 e n. 88; ordinanza 4 luglio 2003, n. 232). E ciò anche in rapporto ad esigenze di difesa del segreto di Stato», restando invece esclusa l'ammissibilità del conflitto «con riguardo agli atti del pubblico ministero successivi all'esercizio dell'azione penale e interni al processo con essa promosso» (sentenza 13 luglio 2017, n. 183).

Relativamente ai conflitti intersoggettivi, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il conflitto proposto da una Provincia autonoma nei confronti dello Stato, in relazione ad atti del p.m., sentenze 20 novembre 2000, n. 511; 20 marzo 1985, n. 69.

[160] Secondo la giurisprudenza costituzionale, in relazione all'esercizio obbligatorio dell'azione penale, cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate, «a fronte del riparto di detta attribuzione fra i diversi uffici giudiziari territorialmente e funzionalmente competenti, ma, al tempo stesso, della organizzazione gerarchica interna ai singoli uffici, quello requirente si presenta come un potere "parzialmente diffuso": legittimato ad agire e a resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione è il capo dell'ufficio interessato – in particolare, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale – in quanto competente a dichiarare definitivamente,

escludere l'ammissibilità di un intervento da parte del P.G. Nondimeno, la difficoltà di immaginare, in astratto, i casi nei quali potrebbe ipotizzarsi l'intervento quale *amicus curiae* del P.G. ovviamente non è sufficiente a farne escludere, con assolutezza, l'ammissibilità.

nell'assolvimento della ricordata funzione, la volontà del potere cui appartiene (ordinanza n. 60 del 1999)», sentenza 15 gennaio 2013, n. 1; in dottrina, PIERANGELI, P*ubblico ministero, giudice ed esercizio dell'azione penale: tra esigenze costituzionali, conflitti di attribuzione e principio di leale collaborazione*, *Giur. cost.*, 2010, p. 3659.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie

ALESSANDRO ATTILIO NEGRONI *

Abstract: In materia di politiche vaccinali, un modello basato sulla libertà di scelta è preferibile e maggiormente conforme alla Costituzione (in particolare all'articolo 32) rispetto a un modello basato su obblighi giuridici rigorosi. Un individuo non vaccinato non rappresenta un *rilevante* ed *effettivo* pericolo per la salute collettiva, come anche è dimostrato empiricamente dal caso dell'Austria. La clausola del rispetto della persona umana di cui all'articolo 32 della Costituzione, in accordo con l'opinione di Franco Modugno, impone il rispetto delle credenze e dei convincimenti individuali; è quindi opportuno che una legge impositiva di obblighi vaccinali preveda esenzioni non mediche all'obbligo vaccinale, sul modello delle esenzioni per motivi religiosi e/o filosofici previste negli ordinamenti giuridici di quasi tutti gli Stati degli Stati Uniti.

Key-words: vaccinazioni; diritto alla salute; libertà di cura; dovere di solidarietà; rispetto della persona umana

Sommario

1. Introduzione. – 2. Riserva di legge (art. 32 Cost.) e decreto legge. – 3. Condizioni di legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali. – 4. Sul significato di "pericolo per la salute collettiva" (chiarimento). – 5. Sul significato di "rispetto della persona umana" (chiarimento). – 6. Vaccinazioni obbligatorie e pericolo per la salute collettiva. – 7. Vaccinazioni obbligatorie e rispetto della persona umana – 8. Breve conclusione.

Data della pubblicazione sul sito: 15 giugno 2020

Suggerimento di citazione

A. A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di ricerca e Cultore della materia in Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Genova. Indirizzo mail: alessandro.negroni@protonmail.ch.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. Introduzione

Il decreto legge 7 giugno 2017, n. 73 (c.d. "decreto vaccini" o "decreto Lorenzin"), convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2017, n. 119, ha introdotto, come è noto, una nuova disciplina in materia di prevenzione vaccinale.

In estrema sintesi e semplificando, la nuova disciplina prevede dieci vaccinazioni obbligatorie per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e quattro vaccinazioni raccomandate; riguardo alle sanzioni in caso di inosservanza dell'obbligo, per i minori in età prescolare (da zero a sei anni) è prevista l'esclusione da asili nido e scuole dell'infanzia (il rispetto degli obblighi vaccinali è requisito per l'accesso), mentre per i minori in età scolare fino a sedici anni (dalla scuola primaria in poi) è prevista una sanzione amministrativa di natura pecuniaria fino a un massimo di 500 euro, ma in tal caso il minore può comunque accedere a scuola e sostenere gli esami[1].

La nuova normativa ha suscitato un certo interesse nella dottrina costituzionalistica, ma anche in ambito biogiuridico, e ha inoltre determinato, soprattutto nell'immediatezza dell'approvazione del decreto e poi della legge di conversione, un ampio e acceso dibattito nell'opinione pubblica, parte della quale è apparsa dividersi tra opposti schieramenti etichettati (o che si sono auto-etichettati) come "*pro-vax*", "*free-vax*" e "*no-vax*"[2].

[1] Le vaccinazioni rese obbligatorie sono le seguenti: anti-poliomielitica; anti-difterica; anti-tetanica; anti-epatite B; anti-pertosse; anti-Haemophilus influenza tipo b; anti-morbillo; anti-rosolia; anti-parotite; anti-varicella. Le vaccinazioni raccomandate (non obbligatorie) sono invece le seguenti: anti-meningococcica B; anti-meningococcica C; anti-pneumococcica; anti-rotavirus. Ai nati dal 2017 in poi devono essere somministrate tutte le vaccinazioni obbligatorie, mentre ai nati dal 2001 al 2016 devono essere somministrate le vaccinazioni contenute nel calendario vaccinale nazionale vigente nell'anno di nascita, e quindi tutte le vaccinazioni obbligatorie tranne l'anti-varicella. L'obbligo riguarda anche i minori stranieri non accompagnati. Alcuni soggetti sono esonerati dall'obbligo vaccinale (soggetti già immunizzati a seguito di malattia naturale e soggetti che presentano specifiche condizioni cliniche che rappresentano una controindicazione permanente e/o temporanea alle vaccinazioni). Le sanzioni previste sono comminate a carico dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o dei tutori ovvero dei soggetti affidatari.

[2] Cfr., per esempio, le prime riflessioni sul decreto vaccini contenute nel *Forum Vaccini obbligatori: le questioni aperte* nel n. 2/2017 di *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*; ma anche, S. ROSSI, *Il decreto legge sui vaccini tra scienza e politica*, in *laCostituzione.info*, 2017; S. AGOSTA, *Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale,* in *Consulta OnLine*, 2017, pp. 380 ss. Sulle etichette "*pro-vax*" e "*no-vax*", cfr. G. GOBO, B. SENA, *Oltre la polarizzazione "pro-vax" versus "no-vax". Atteggiamenti e motivazioni nel dibattito italiano sulle vaccinazioni*, in *Salute e Società*, 2019, pp. 176 ss.

Per "vaccinazione" si intende la somministrazione, ordinariamente attraverso un'iniezione intramuscolare, di un vaccino con la finalità di prevenire (vaccinazione preventiva) o anche curare (vaccinoterapia) una determinata malattia; l'uso più comune e diffuso del vaccino è quello a scopo preventivo e vaccinazioni preventive sono quelle previste dalla legge 119 del 2017.

Nella dottrina costituzionalistica per "trattamento sanitario obbligatorio" si intende in via generale un trattamento sanitario di cui una legge preveda l'obbligatorietà; e il concetto di "trattamento sanitario" viene ritenuto comprendere qualsiasi attività diagnostica o terapeutica finalizzata a prevenire o a curare una malattia, e quindi sia gli accertamenti sanitari (definibili come quelle attività a carattere diagnostico che costituiscono il momento preliminare conoscitivo finalizzato alla formulazione di una diagnosi e/o all'individuazione di un'idonea terapia), che i trattamenti sanitari in senso stretto (definibili come gli atti, diversi dagli accertamenti sanitari, che l'esercente una professione sanitaria compie su una persona allo scopo di tutelarne direttamente la salute)[3].

Le vaccinazioni previste come obbligatorie dalla legge n. 119 del 2017 rientrano, pacificamente, nella categoria dei trattamenti sanitari obbligatori.

Per quanto il bene salute risulti tutelato da un insieme di disposizioni collocate non solo ai diversi livelli delle fonti del diritto, ma anche da un denso impianto di norme di carattere deontologico, il primo ed essenziale parametro di riferimento in materia di trattamenti sanitari obbligatori è rappresentato dalla Costituzione, e segnatamente da quell'articolo 32 che al primo comma affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute considerata «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», disponendo inoltre al secondo comma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Finalità limitata del presente contributo è quella di sviluppare una riflessione che, a partire e con riferimento ai principi costituzionali in materia di trattamenti sanitari obbligatori, mostri come il superamento dell'obbligatorietà delle vaccinazioni per come configurata dalla legge n. 119 del 2017 in direzione di un modello tendenzialmente non impositivo sia la soluzione preferibile da un punto di vista costituzionale.

Si tratta, in altre parole, di condurre un *discorso costituzionale* in grado di mostrare come un modello tendenzialmente non impositivo in materia di vaccinazioni obbligatorie sia maggiormente conforme al nostro ordinamento costituzionale, e segnatamente e in modo specifico all'articolo 32 della

[3] Cfr., tra i tanti, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, pp. 30-31; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, pp. 52-53.

Costituzione, rispetto al modello proprio della legge n. 119 del 2017, cosa che peraltro non significa affermare in principio l'illegittimità costituzionale di tale legge.

Con l'espressione "modello tendenzialmente non impositivo" (che indicherò anche come "modello non impositivo") intendo riferirmi a un ordinamento giuridico in cui, con riferimento alle vaccinazioni per i nuovi nati e i minori in genere, si sia in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: i) non viga alcun obbligo legale di vaccinare i nuovi nati e i minori; ii) in caso di obbligo legale, siano previste delle esenzioni di natura non medica all'obbligo vaccinale (per esempio delle esenzioni per motivi religiosi); iii) in caso di obbligo legale, siano previste esclusivamente delle sanzioni pecuniarie di importo moderato.

Preciso che utilizzo l'espressione "modello tendenzialmente non impositivo" non per proporre una qualche classificazione dei sistemi che nei diversi paesi vengono utilizzati per disciplinare la materia delle vaccinazioni per i minori, ma semplicemente per riferirmi in modo sintetico a una forma di regolamentazione della materia alternativa a quella adottata dalla legge n. 119 del 2017 e in cui al cittadino sia riconosciuta una più ampia sfera di libertà[4].

Peraltro, si osservi incidentalmente, a livello europeo e più in generale a livello internazionale vi è una pluralità di approcci alla materia, anche assai diversi tra loro, rispetto al comune obbiettivo di diffondere la pratica vaccinale; così, come ha osservato la stessa Corte costituzionale, «posto un generale favor giuridico per le politiche di diffusione delle pratiche vaccinali [...] diversi sono gli strumenti prescelti dai vari ordinamenti per conseguire gli obiettivi comuni. A un estremo, si trovano esperienze che ancora di recente hanno conosciuto obblighi vaccinali muniti di sanzione penale (Francia); all'estremo opposto si trovano programmi promozionali massimamente rispettosi dell'autonomia individuale (come nel Regno Unito); nel mezzo, si ravvisa una varietà di scelte diversamente modulate» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.2).

Oltre che con il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione individuale, il tema delle vaccinazioni obbligatorie investe e si intreccia con altri diritti costituzionali, tra i quali in particolare (ma non solo) il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30 Costituzione), che comprende anche il diritto di occuparsi della salute dei figli, e il diritto-dovere del minore

[4] Per l'individuazione di alcuni possibili modelli di politiche vaccinali e un'analisi dei sistemi di alcuni paesi, cfr. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, pp. 455 ss.

all'istruzione (art. 34 Costituzione), che a loro volta chiamano in causa il tema della responsabilità genitoriale[5].

In questa sede tali profili del tema delle vaccinazioni obbligatorie, relativi in particolare agli articoli 30 e 34 della Costituzione, non saranno discussi, tenuto conto della finalità limitata del contributo e del fatto che il discorso che si intende condurre guarda alle vaccinazioni obbligatorie (in quanto trattamento sanitario obbligatorio) alla luce e fondamentalmente nei limiti dell'articolo 32 della Costituzione.

Al riguardo potrà comunque osservarsi come la legge n. 119 del 2017 non metta in discussione la responsabilità genitoriale in caso di inosservanza dell'obbligo, incida sulla responsabilità genitoriale in un modo che non può dirsi incompatibile con l'articolo 30 della Costituzione e inoltre come non possa considerarsi ledere il diritto-dovere all'istruzione dei minori che possono, in ogni caso, frequentare la scuola dell'obbligo[6].

In argomento deve essere apprezzata la volontà del legislatore di escludere il coinvolgimento dei tribunali per i minorenni in caso di omessa vaccinazione sopprimendo in sede di conversione la previsione contenuta nel decreto vaccini circa l'obbligo dell'azienda sanitaria locale di segnalare gli inadempienti alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni per gli "eventuali adempimenti di competenza", una scelta dettata anche, si ritiene, dall'esigenza di tutelare la salute psicologica del minore e di non sacrificare completamente il diritto-dovere dei genitori di prendersi cura dei propri figli di cui articolo 30 della Costituzione[7].

---

[5] Così la Corte costituzionale al riguardo: «Dunque, i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore (sul punto, ad esempio, ordinanza n. 262 del 2004)» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.1).

[6] L'obbligo vaccinale orienta il diritto-dovere di cura dei genitori, e quindi interferisce con esso limitandolo nelle concrete modalità in cui si esplica, ma in funzione dell'interesse del minore, interesse cui il diritto-dovere in parola è da ritenersi sempre funzionale. Cfr. D. MORANA, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e salute*, 2018, p. 63.

[7] A proposito della originariamente prevista segnalazione al tribunale per i minorenni (di cui all'art. 1, comma 5, del decreto vaccini), ANTONIO RUGGERI ha condivisibilmente osservato: «Il timore è […] che, sottraendosi seppur non definitivamente il bambino all'ambiente familiare nel quale è amorevolmente accudito esclusivamente a motivo della sua mancata sottoposizione alle vaccinazioni, possa aversi un danno devastante per la sua equilibrata crescita» e inoltre «che, in fin dei conti, la questione debba essere demandata

Tale inequivocabile volontà del legislatore dovrebbe ritenersi sbarrare la strada a qualsiasi tentativo di applicazione degli articoli 330 (decadenza della responsabilità genitoriale) e 333 (condotta del genitore pregiudizievole ai figli) del codice civile al caso dei genitori inadempienti rispetto all'obbligo vaccinale *per il solo fatto dell'inadempimento*, invero in accordo con gli orientamenti da diversi anni presenti nei tribunali per i minorenni in base ai quali solo una generale situazione di incuria del minore o una complessiva inadeguatezza genitoriale possono giustificare interventi sulla responsabilità genitoriale (e non la mera omissione della vaccinazione obbligatoria)[8].

A tal proposito e sia pur incidentalmente, deve osservarsi come nell'attuale contesto giuridico, segnato dalla piena affermazione a livello di fonti internazionali, comunitarie e interne del *diritto al consenso informato* ai trattamenti sanitari, una applicazione dei menzionati articoli del codice civile, se posta in essere per il solo fatto dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale, sarebbe da ritenersi costituzionalmente inaccettabile: il diritto al consenso informato, come diritto

al giudice mi parrebbe dunque inevitabile, come pure valuterei estremamente remota l'applicazione della misura suddetta, salvo che ad essa non si aggiungano ulteriori motivi che inducano ad adottarla» (*Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2017, p. 15).

[8] In tal senso, Trib. minorenni Ancona, decreto 28 dicembre 2001 - 14 marzo 2002; Corte di Appello di Ancona, sezione minorenni, decreto del 5 giugno - 5 luglio 2002; Trib. minorenni Bologna, decreto 19 settembre 2013. Così la Corte di Appello di Ancona nel citato decreto osservava «che se pure la Corte Costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto n. 132 del 1992, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità della legge n. 51 del 1966 in tema di vaccinazione antipoliomielitica, in relazione agli art. 32 e 34 Cost., per la mancata previsione della coercibilità dell'obbligo, ha ritenuto che l'applicazione degli art. 333 e 336 c.c. non può ritenersi preclusa in ragione dell'espressa previsione di una sanzione amministrativa per il caso di violazione dell'obbligo in esame, tuttavia ciò non comporta che un intervento degli organi provvisti di iniziativa in tal senso debba sempre e comunque effettuarsi, dovendo esso al contrario esplicarsi soltanto se l'inerzia dei genitori, specialmente se unita ad altri elementi, si palesi rivelatrice di quella inidoneità genitoriale che sta alla base dei provvedimenti previsti dall'art. 333 c.c.» (cit. in Cass. civ., sez. I, 3 febbraio 2004, n. 1920). E che tale fosse l'orientamento dei tribunali per i minorenni è anche confermato dal *Protocollo tra la Regione Lombardia e gli uffici giudiziari minorili di Milano e Brescia in materia di inadempimento delle vaccinazioni obbligatorie*, disponibile al seguente link: http://www.tribmin.milano.giustizia.it/it/Content/Index/28647 [ultimo accesso 25 aprile 2020]. In argomento C. AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio (Nota a decr. Trib. Minori Bologna, 19 settembre 2013)*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 372 ss.; N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, pp. 237 ss.

fondato sugli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e che la Corte costituzionale con sentenza n. 438 del 2008 ha collocato in via definitiva nell'ambito dei principi costituzionali, esige e impone che in nessun caso un trattamento sanitario espressamente previsto da una legge come meramente obbligatorio (in cui la volontà del soggetto destinatario del trattamento è solo *condizionata* e il diritto al consenso informato è *semplicemente compresso* dall'alterazione della formazione della consensualità, ma pienamente operante in quanto il soggetto può sempre scegliere di non sottoporsi al trattamento e di subire le relative sanzioni) possa essere eseguito mediante il ricorso all'uso della forza e quindi trasformato di fatto in un trattamento sanitario coattivo (in cui la volontà del soggetto è *pretermessa* e il diritto al consenso informato è *sacrificato* dall'assenza di formazione della consensualità); in altre parole, far ricorso all'uso della forza, in nome di norme del codice penale o del codice civile, per eseguire un trattamento sanitario che la legge espressamente prevede come meramente obbligatorio restringe illegittimamente la sfera di operatività del diritto costituzionale al consenso informato sancita dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, una sfera di operatività che il secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione consente sia ristretta esclusivamente dal legislatore, che detiene il potere di imporre, nel rispetto di determinate condizioni, un trattamento sanitario meramente obbligatorio o coattivo che sia.

E pare opportuno ricordare come il diritto al consenso informato fondato sugli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, in quanto diritto inviolabile, fondamentale e strettamente inerente l'essere umano, spetti a tutti i singoli individui in quanto esseri umani, ivi compresi gli infanti, i minori in generale, gli individui per qualsiasi ragione in condizioni di incapacità, e non potrebbe essere altrimenti se si considera come la titolarità dei diritti di libertà e dei diritti della personalità prescinda da questioni di capacità[9].

Certo, rispetto al caso del soggetto adulto capace di agire e cosciente, l'espressione del consenso informato è ovviamente più problematica nel caso di soggetti per qualsiasi ragione in condizioni di incapacità, al limite in quanto a mancare può essere proprio una manifestazione di volontà qualsiasi, come nel caso degli infanti, ma il diritto al consenso informato permane integro e il problema giuridico sarà semmai quello di individuare il soggetto legittimato a esprimere il consenso informato per l'incapace, problema affrontato e disciplinato dalla recente legge 22 dicembre 2017, n. 219, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento[10].

[9] In tal senso S.P. PANUNZIO, *Premesse ad uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, pp. 625 ss.

[10] La legge 22 dicembre 2017, n. 219, "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" disciplina con l'articolo 3, rubricato "Minori e incapaci", ma anche con gli articoli 4, "Disposizioni anticipate di trattamento", e 5,

Sulla legge n. 119 del 2017 si è espressa la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 5 del 2018, ha respinto, per non fondatezza, inammissibilità o cessata materia del contendere, le diverse questioni di legittimità costituzionale promosse in via principale dalla Regione Veneto[11]; pare opportuno richiamare fin da subito, esclusivamente per il profilo di interesse in questa sede, alcuni passaggi della sentenza in parola.

Con riferimento all'articolo 32 della Costituzione e ai principi costituzionali in materia di trattamenti sanitari obbligatori, la Corte costituzionale nella pronuncia ha ritenuto non fondate le questioni sollevate dalla Regione Veneto e si è conformata alla propria giurisprudenza in materia di vaccinazioni ove si afferma

"Pianificazione condivisa delle cure", la situazione di soggetti che, per diverse ragioni, non siano (attualmente o in futuro) in grado di autodeterminarsi; è in particolare l'articolo 3 a recare la disciplina applicabile nel caso in cui il paziente sia una persona minore di età, interdetta, inabilitata o beneficiaria di amministrazione di sostegno. La Corte costituzionale, in una risalente sentenza del 1992 (su cui vedi anche *supra* la nota 8), aveva potuto affermare che «la vaccinazione - o qualunque altro trattamento sanitario attuato nei confronti del bambino non ancora capace di intendere e di volere - non è configurabile quale trattamento coattivo né quando sia attuata dai genitori o su loro richiesta, né quando sia disposta, in loro sostituzione ed anche contro la loro volontà, dal giudice dei minori» (Corte cost., sentenza n. 132/1992). Ma si tratta di una affermazione che, se assolutizzata ed estratta dal contesto in cui viene utilizzata, è attualmente difficilmente sostenibile se consideriamo come il diritto al consenso informato debba essere riconosciuto a tutti gli esseri umani in quanto tali, ivi compresi quindi gli infanti. E anche per l'infante, per usare le parole della Cassazione nel noto "caso Englaro", vale che «l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati» (Cassazione civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748). Nel caso dell'infante tale dualismo dei soggetti vede da un lato il medico e dall'altro i genitori (in base alla legge n. 219/2017), e se il medico esegue un trattamento sanitario (meramente obbligatorio) sull'infante mediante il ricorso all'uso della forza travolgendo la volontà dei genitori, allora sta eseguendo un trattamento sanitario coattivo sull'infante.

[11] Sulla pronuncia della Corte costituzionale, per un sintetico quadro di insieme, cfr. V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, pp. 451 ss.; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in www.forumcostituzionale.it, 2018; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 465 ss. Si veda inoltre, per un'analisi comparativa, S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 47 ss.

costantemente «che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività» e «in particolare, questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.1).

Per la Corte la materia delle vaccinazioni obbligatorie coinvolge diversi valori: la libertà di autodeterminazione e la tutela della salute individuale e collettiva, tutelate dall'articolo 32 della Costituzione (oltre all'interesse del minore in relazione ai diritto-dovere dei genitori di proteggere la salute dei figli) e «il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo», per quanto, sottolinea la Corte, «questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.1).

La Corte dopo aver osservato come le politiche vaccinali italiane abbiano puntato a fasi alterne ora sull'obbligo, ora sulla raccomandazione, rilevata la «flessione preoccupante delle coperture, alimentata anche dal diffondersi della convinzione che le vaccinazioni siano inutili, se non addirittura nocive: convinzione, si noti, mai suffragata da evidenze scientifiche, le quali invece depongono in senso opposto», ricordato come il dibattito sull'opportunità di un ripristino dell'obbligo vaccinale sia comunque rimasto aperto in varie sedi, come il Comitato nazionale di bioetica, sottolineato come peraltro in ambito medico non ci sia una marcata differenza tra "raccomandazione" e "obbligo" e che in sede di conversione in legge del decreto il legislatore abbia ritenuto di «dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione», afferma: «Nel presente contesto, dunque, il legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale, configurando un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.5).

Rispetto al quadro normativo previgente, al quale si accenna brevemente qui di seguito, il decreto n. 73 del 2017 (molto marcatamente[12]) e la legge n. 119 del 2017 rappresentano un ridimensionamento dell'ampiezza della sfera di libertà riconosciuta al cittadino, e peraltro in una materia assai delicata come quella dei trattamenti sanitari obbligatori per minori[13].

In Italia, prima del decreto legge n. 73 del 2017, erano obbligatorie per tutti i nuovi nati le vaccinazioni contro difterite, tetano, poliomielite e epatite virale B[14], ma almeno dal 1999 e poi più marcatamente negli anni successivi si sarebbe manifestata la tendenza a superare la previsione dell'obbligatorietà di tali vaccinazioni (senza dimenticare che già nel 1981 si registrava la depenalizzazione delle sanzioni previste per omessa vaccinazione, trasformate in sanzioni amministrative dalla legge 24 novembre 1981, n. 689)[15].

Così se fino al 1999 l'effettuazione delle quattro vaccinazioni obbligatorie di carattere generale costituiva condizione per l'accesso alla scuola dell'obbligo (ma anche a comunità infantili come gli asili nido), a seguito del decreto del presidente della Repubblica 26 gennaio 1999, n. 355 (che modificava l'art. 47 del decreto del presidente della Repubblica 22 dicembre 1967, n. 1518) la mancata presentazione della certificazione relativa all'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie non comportava più il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami[16]; restavano comunque in vigore le sanzioni amministrative pecuniarie per

[12] Basti ricordare che nella formulazione originaria il decreto legge n. 73/2017 prevedeva una sanzione fino a 7.500 euro e paventava addirittura un intervento del tribunale dei minori nei confronti dei genitori inadempienti rispetto all'obbligo vaccinale.

[13] In tal senso anche M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 905, che osserva: «La recente opzione del legislatore italiano, effettuata con decreto legge 7 giugno 2017, n. 73 […] ha determinato un sensibile ampliamento dell'area della coercizione e, conseguentemente, l'estensione dell'ambito del giuridicamente dovuto».

[14] Vaccinazione anti-difterica (legge 6 giugno 1939, n. 891), vaccinazione anti-tetanica (legge 5 marzo 1963, n. 292, come modificata dalla legge 20 marzo 1968, n. 419 e dalla legge 27 aprile 1981, n. 166; per la rivaccinazione vedi il d.p.r. 7 novembre 2001, n. 464, adottato a norma dell'art. 93, comma 2, legge n. 388/2000), vaccinazione anti-poliomielitica (legge 4 febbraio 1966, n. 51), vaccinazione anti-epatitica B (legge 27 maggio 1991, n. 165).

[15] Cfr. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, Milano, 2010, pp. 468 ss.; sull'evoluzione normativa in materia di vaccinazioni obbligatorie vedi inoltre la puntuale ricostruzione offerta da Corte cost., sentenza n. 5/2018, punto 3, ma anche N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, cit.

[16] Prima del 1999 la regola generale era che «direttori delle scuole e i capi degli istituti di istruzione pubblica o privata non possono ammettere alla scuola o agli esami gli alunni che non comprovino, con la presentazione di certificato rilasciato ai sensi di legge, di essere

l'inosservanza dell'obbligo vaccinale, che andavano da un minimo di 10 euro (importo minimo della sanzione per l'omissione della vaccinazione anti-poliomielitica) sino a un massimo di 258 euro (importo massimo per l'omissione della vaccinazione anti-epatitica B)[17].

Si deve poi segnalare come il Piano nazionale vaccini 2005-2007, approvato con accordo del 3 marzo 2005 (ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281) tra il ministro della salute e i presidenti delle regioni e delle province autonome, avesse dato alle regioni la possibilità di avviare percorsi di sperimentazione volti all'eliminazione degli obblighi vaccinali di tipo generale, riscontrati alcuni presupposti.

Diverse importanti regioni avrebbero così sospeso l'obbligo vaccinale (e il relativo regime sanzionatorio): la Regione Lombardia (con delibera della Giunta regionale del 22 dicembre 2005, n. 8/1587), la Regione Piemonte (delibera della Giunta regionale del 10 aprile 2006, n. 63), la Regione Toscana (delibera della Giunta regionale del 22 maggio 2006, n. 369), la Regione Veneto (legge regionale 23 marzo 2007, n. 7) e anche la Provincia autonoma di Trento (art. 49 della legge provinciale 23 luglio 2010, n. 16)[18].

---

stati sottoposti alle vaccinazioni e rivaccinazioni obbligatorie» (art. 47, primo comma, decreto presidente della Repubblica 22 dicembre 1967, n. 1518). Il decreto del presidente della Repubblica n. 355/1999 manteneva comunque l'obbligo dei direttori delle scuole e dei capi degli istituti di istruzione pubblica o privata di accertare l'adempimento degli obblighi vaccinali da parte degli alunni (e di comunicare all'azienda sanitaria locale competente e al ministero della Sanità la mancata presentazione da parte dell'alunno della certificazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie) e faceva altresì salva l'eventuale adozione da parte dell'autorità sanitaria di interventi di urgenza ai sensi dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.

[17] Precisamente i limiti minimi e massimi delle sanzioni previste per l'omissione delle vaccinazioni erano pari a 30 e 154 euro per la vaccinazione mista contro difterite e tetano (a rigore non vi era sanzione autonoma per la vaccinazione antidifterica, ma tale vaccinazione era ordinariamente somministrata con la vaccinazione antitetanica); a 10 e 154 euro per la vaccinazione contro la poliomielite; 51 e 258 euro per la vaccinazione contro l'epatite B (in base all'art. 3 della legge n. 51/1966; all'art. 3 della legge n. 419/1968; all'art. 7 della legge n. 165/1991).

[18] Dubbi sulla legittimità della sospensione degli obblighi vaccinali da parte delle regioni furono peraltro presenti in dottrina, e segnatamente in riferimento alla riserva di legge statale di cui all'articolo 32 Cost. Cfr. V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, pp. 25 ss.; F. CORVAJA, *La legge del Veneto sulla sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva: scelta consentita o fuga in avanti del legislatore regionale?* in *Osservatorio sulle fonti*, 2008; D. MESSINEO, *Problemi* in *tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 331 ss.

Il decreto legge n. 73 del 2017 segna un "cambio di rotta" in relazione alla materia degli obblighi vaccinali per i minori per come si era configurato, di diritto ma anche di fatto, dalla fine degli anni Novanta, non solo aumentando notevolmente il numero delle vaccinazioni obbligatorie (per quanto si tratti di vaccinazioni che, se non erano già obbligatorie, nei vari piani vaccinali nazionali succedutisi negli anni erano raccomandate e offerte in modo gratuito e attivo alla popolazione), ma anche prevedendo (soprattutto nella formulazione originaria) un effettivo sistema sanzionatorio.

Un cambio di rotta che è stato ufficialmente motivato dal progressivo *trend* in diminuzione del ricorso alle vaccinazioni (obbligatorie e raccomandate) che ha determinato una copertura vaccinale al di sotto della soglia del 95 percento raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità, e in particolare una diminuzione dei dati di copertura vaccinale per il morbillo e la rosolia che tra il 2013 e il 2015 sono passati dal 90,4 percento all'85,3 percento[19].

In realtà l'ampiezza della sfera di libertà di cui i cittadini godevano in relazione alle vaccinazioni obbligatorie prima del 2017 non si apprezza appieno limitandosi a valutare il quadro normativo vigente tra il 1999 e il 2017, stante che la notevole attenuazione dell'obbligo vaccinale, che si è gradualmente realizzata in tale arco temporale (per quanto già dalla fine del 2016 si registri l'adozione in alcune regioni e in alcuni comuni di provvedimenti tesi a rafforzare l'obbligo[20]), è stata anche determinata dal fatto che le diverse previsioni normative (allora vigenti) volte a monitorare e sanzionare l'inosservanza dell'obbligo vaccinale fossero sostanzialmente cadute in desuetudine.

Così, per fare un esempio, le scuole non verificavano effettivamente l'adempimento degli obblighi vaccinali degli alunni (che veniva auto-dichiarato dai genitori) e non segnalavano l'inosservanza dell'obbligo all'autorità sanitaria, pur vigendo il relativo obbligo in base al decreto del presidente della Repubblica n. 355 del 1999; ma anche le sanzioni pecuniarie, se e quando venivano irrogate in base all'allora vigente disciplina in materia (a cura ordinariamente delle aziende sanitarie locali), erano di importo irrisorio e comunque, anche in caso di mancato

[19] Si veda, per esempio, la *Relazione illustrativa* al decreto legge n. 73/2017 disponibile, insieme ad altra documentazione di fonte governativa, al seguente link: https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/D.-L.-73-2017-disposizioni-urgenti-in-materia-di-prevenzione-vaccinale [ultimo accesso 22 aprile 2020].

[20] Già dalla fine del 2016 alcune regioni e alcuni comuni avevano posto l'assolvimento dell'obbligo vaccinale come requisito di accesso ai servizi educativi della prima infanzia, per esempio il Comune di Trieste (con delibera del Consiglio comunale n. 72 del 28 novembre 2016), la Regione Emilia-Romagna (con legge regionale 25 novembre 2016, n. 19) e la Regione Calabria (con legge regionale 22 febbraio 2017, n. 6).

pagamento, in genere l'autorità che le aveva irrogate non procedeva con la riscossione[21].

Riguardo alla struttura del contributo: dopo la presente introduzione, nel secondo paragrafo si discute della riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione, sostenendo che lo strumento del decreto legge non dovrebbe ritenersi soddisfare tale riserva di legge; nel terzo paragrafo si ricordano le condizioni di legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali, e più in generale dei trattamenti sanitari obbligatori, anche con riferimento alla giurisprudenza costituzionale; nel quarto e nel quinto paragrafo ci si sofferma in particolare su due elementi di tali condizioni di legittimità, cercando di approfondirne il significato: il "pericolo per la salute collettiva" e il "rispetto della persona umana"; nei successivi paragrafi, i due elementi in parola vengono discussi con specifico riferimento alle vaccinazioni obbligatorie: nel sesto paragrafo si prende in considerazione il pericolo per la salute collettiva con specifico riferimento alle vaccinazioni obbligatorie, mentre nel settimo paragrafo si prende in considerazione la clausola del rispetto della persona umana sempre con specifico riferimento alle vaccinazioni obbligatorie; delle brevi conclusioni concludono l'articolo.

Nella parte finale della sentenza n. 5 del 2018, la Corte costituzionale avverte la significativa esigenza di esprimere un giudizio positivo sul "meccanismo di allentamento del grado di coazione" previsto dalla legge n. 119 del 2017 che può sfociare nella cessazione dell'obbligatorietà di alcune vaccinazioni e anzi auspica, altrettanto significativamente, che tale meccanismo, limitato a quattro vaccinazioni, si estenda a tutte le dieci vaccinazioni obbligatorie[22]: il presente contributo è il tentativo di tracciare un discorso giuridico ispirato a quel *favor* per un modello fondato sulla raccomandazione che la Corte costituzionale appare aver espresso, sia pur implicitamente, nella sentenza in parola.

[21] Che tale fosse la situazione di fatto è anche confermato nella *Relazione illustrativa* al decreto vaccini.

[22] Il meccanismo al quale si fa riferimento nel testo è il seguente: «Sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte nonché degli eventuali eventi avversi segnalati in attuazione delle vigenti disposizioni di legge […] il Ministro della salute, con decreto da adottare decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e successivamente con cadenza triennale […] può disporre la cessazione dell'obbligatorietà per una o più delle vaccinazioni di cui al comma l-bis [anti-morbillo; anti-rosolia; anti-parotite; anti-varicella]» (art. 1, comma 1-ter, decreto legge n. 73/2017).

2. Riserva di legge (art. 32 Cost.) e decreto legge

La nuova disciplina legislativa in materia di vaccinazioni obbligatorie è stata inizialmente introdotta in via d'urgenza a mezzo decreto legge.

La scelta del ricorso al decreto legge può essere criticata sotto due distinti profili: in primo luogo si può affermare che nel caso del decreto vaccini non si fosse in presenza dei presupposti che, a norma dell'articolo 77 della Costituzione, consentono al governo di ricorrere al decreto legge; in secondo luogo si può sostenere che per imporre un trattamento sanitario sia necessaria una legge formale del parlamento e non un decreto legge[23].

In relazione a tali profili, la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 2018 ha invero affermato che «non può ritenersi che il governo, prima, e il parlamento, poi, abbiano ecceduto i limiti dell'ampio margine di discrezionalità che spetta loro, ai sensi dell'art. 77, secondo comma, Cost., nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza che giustificano l'adozione di un decreto-legge in materia» e, sia pur implicitamente, non ha riconosciuto come illegittimo il ricorso al decreto legge per imporre un trattamento sanitario[24].

Nel presente paragrafo intendo soffermarmi esclusivamente sul secondo profilo della questione, mettendo in evidenza le ragioni che, a me pare, dovrebbero far ritenere preclusa al governo la possibilità di imporre trattamenti sanitari a mezzo decreto legge; e ciò prescindendo dalla considerazione, presente in dottrina e condivisibile, che in uno Stato costituzionale la disciplina relativa alle scelte esistenziali, tra le quali quella di sottoporsi a un trattamento sanitario, dovrebbe essere dettata dalle fonti apicali dell'ordinamento, ossia legge costituzionale e, conformemente a essa, legge formale del parlamento[25].

L'obbligatorietà di un trattamento sanitario può sorgere, in base al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, solo «per disposizione di legge»: vi è una riserva di legge in materia, pacificamente ritenuta riserva di legge statale, e ciò anche dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 di riforma del titolo V della Costituzione[26].

---

[23] Sul primo profilo di cui nel testo, vedi almeno A. AMATO, *Decreto-legge vaccini: tra urgenza di annunciare ed "*evidente*" ritardo nel provvedere*, in www.forumcostituzionale.it, 2017, che evidenzia come il ritardo di quasi un mese nell'emanazione dell'annunciato decreto legge vaccini renda dubitabile la sussistenza per esso dei presupposti di "straordinaria necessità" e "urgenza".

[24] Si veda Corte cost., sentenza n. 5/2018, 6.

[25] In tal senso A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, pp. 3-4.

[26] La legge costituzionale n. 3/2001 ha inserito la materia "tutela della salute" fra quelle di competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni, ma ha riservato alla legislazione esclusiva dello Stato – come dispone l'art. 117, comma 2, lettera m), della Costituzione –

Sul carattere relativo o assoluto della riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione la dottrina appare divisa, con autorevoli sostenitori del carattere relativo, come Vezio Crisafulli, e autorevoli sostenitori del carattere assoluto, come Alessandro Pace[27].

«la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» in modo appropriato e uniforme. Che si tratti di una riserva di legge statale appare essere confermato dalla stessa vigente normativa di carattere generale che regola la materia dei trattamenti sanitari obbligatori: «Nei casi di cui alla presente legge [statale] e in quelli espressamente previsti da *leggi dello Stato* possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione […]» (art. 33, comma 2, legge n. 833/1978; già art. 1, comma 2, legge n. 180/1978. *Corsivo mio*). Si veda però la sentenza n. 154/1980 in cui la Corte costituzionale afferma che «la riserva di legge così stabilita [dall'art. 32 Cost.] non esclude in assoluto le leggi regionali, quanto meno delle Regioni differenziate che sono titolari di specifiche funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, e ne dà conferma l'art. 80, primo comma, della legge n. 833/1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale, che fa salve le competenze statutarie delle Regioni a statuto speciale». Sul riparto di competenze in materia sanitaria dopo la riforma del titolo V della Costituzione, si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 282/2002; 338/2003; 438/2008; 253/2009; 262/2016; 186/2019; inoltre la recentissima n. 5/2018, relativa alle vaccinazioni obbligatorie, che riconosce come competenze legislative statali quelle relative ai principi fondamentali in materia di "tutela della salute", di "profilassi internazionale" e altresì di "norme generali sull'istruzione". In argomento C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª edizione, Padova, 2008, pp. 327 e 331; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative. Nota a Corte cost. n. 5 del 2018*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, pp. 265 ss.

[27] A sostegno del carattere relativo si indicano, tra gli altri: V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 558-559; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., p. 55. A sostegno del carattere assoluto si indicano, tra gli altri: A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 87-88; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., p. 28. La Corte costituzionale, sia pur incidentalmente, ha indicato come relativa la riserva di legge di cui all'art. 32 della Costituzione (Corte cost., sentenza n. 258/1994); si osservi inoltre come nella sentenza n. 5/2018 la Corte costituzionale non abbia eccepito la previsione dell'art. 1, comma 1-ter, del decreto legge n. 73/2017, che conferisce al ministro della salute, con proprio decreto e sia pur a determinate condizioni, la possibilità di sospendere l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni, cosa che appare implicare che la Corte riconosca come relativa la riserva in parola (sul punto, cfr. A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta OnLine*, 2018, p. 92).

Ritengo si dovrebbe affermare di trovarsi di fronte a una riserva di legge assoluta, se non altro per i seguenti motivi:

I) l'obbligo del trattamento può sorgere solo "per disposizione di legge", e non "secondo disposizione di legge" o "in base alla legge": tali due ultime formulazioni possono ritenersi aprire a fonti subordinate (ossia ad atti regolamentari *basati* sulla legge o che disciplinino la materia *secondo* quanto dispone la legge), mentre la prima formulazione appare escludere tale apertura a fonti subordinate;

II) da un punto vista sistematico, se l'articolo 23 della Costituzione contiene una riserva relativa di legge (come in genere pacificamente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale) per l'imposizione di prestazioni personali, appare logico e armonico rispetto alla Costituzione nel suo complesso che l'articolo 32 contenga una riserva assoluta di legge per stabilire l'obbligatorietà non già di una prestazione personale qualsiasi, bensì di un trattamento sanitario;

III) in base alla lettera del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, la legge può prevedere l'obbligatorietà solo di un *determinato* trattamento sanitario e ciò implica che la legge debba disciplinare in modo diretto, sufficientemente preciso e puntuale il trattamento sanitario che rende obbligatorio[28]; ma se la norma costituzionale esige che la legge disciplini compiutamente il trattamento sanitario obbligatorio (in quanto "determinato"), allora ciò non può che confermare l'idea che, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, ci si trovi di fronte a una riserva di legge assoluta.

La riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione è peraltro considerata in dottrina una riserva di legge rafforzata, in quanto la legge che rende obbligatorio un trattamento sanitario incontra uno specifico limite al suo contenuto dispositivo, non potendo imporre trattamenti sanitari che superino i limiti del rispetto della persona umana, stante che l'ultima parte del secondo comma dell'articolo in parola dispone espressamente che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La domanda che intendo porre è la seguente: può un decreto legge rendere obbligatorio un trattamento sanitario? O anche, in altri termini: un decreto legge soddisfa la riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione?

La risposta che intendo proporre è negativa, per le due ragioni che sinteticamente sono qui di seguito presentate e per quanto ordinariamente dottrina e giurisprudenza ritengano che le materie coperte da riserva di legge possano essere disciplinate (salvo per alcuni pochi casi considerati riserva di legge formale) non solo dalla legge formale (atto legislativo del parlamento), ma anche dagli atti normativi dell'esecutivo aventi forza o valore di legge (decreti legge e decreti legislativi).

[28] Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 561; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 385-386.

In primo luogo, in linea con l'insegnamento di Lorenza Carlassare, si può affermare che la riserva di legge, come fondamentale istituto di garanzia del costituzionalismo democratico, escluda la possibilità per il governo di incidere, a mezzo decreti legge, su diritti e libertà dei cittadini[29].

È la *ratio* garantistica e democratica della riserva di legge a indurre a ritenere che non solo i regolamenti, ma anche i decreti legge non possano intervenire in quelle materie particolarmente delicate, e segnatamente nelle materie che toccano direttamente o indirettamente i diritti fondamentali (ivi compresa la tutela giurisdizionale di essi), la cui disciplina la Costituzione, attraverso la riserva di legge, affida al legislativo.

La legge formale del parlamento è una garanzia sia per la natura dell'organo, direttamente rappresentativo della volontà popolare nel suo complesso, sia per il procedimento pubblico, articolato e dialettico che la caratterizza, nel cui ambito trovano spazio anche le minoranze parlamentari e l'opinione pubblica.

Come osserva Carlassare, «solo l'Assemblea rappresentativa può intervenire sui diritti del cittadino, dapprima in ragione della contrapposizione fra Re e rappresentanza nazionale, ora in ragione del carattere pluralistico e composito dell'Assemblea elettiva dove le minoranze possono far sentire la loro voce che – grazie alla pubblicità e articolazione del procedimento legislativo – può raggiungere i cittadini attivando forme di civile dissenso»[30].

Oltretutto la pressoché totale equiparazione tra "legge" e "decreto legge" è da respingere anche in quanto la nozione di "forza di legge" non può considerarsi implicare di per sé che gli atti aventi forza di legge possano disciplinare materie coperte da riserva di legge, stante che tale nozione non è relativa alla distribuzione delle competenze normative tra le fonti e non indica la sfera di competenza propria dell'atto avente forza di legge, ma riguarda esclusivamente la gerarchia delle fonti, nel senso che è relativa alla collocazione del decreto legge al medesimo livello della legge formale nella gerarchia delle fonti[31].

In secondo luogo, l'opinione che ritiene che un decreto legge possa disciplinare materie coperte da riserva di legge viene giustificata con il fatto che i contenuti del

[29] Sull'istituto della riserva di legge, cfr. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; ID., *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, pp. 425 ss.; ID., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 536 ss.; e inoltre R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, pp. 163 ss.; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 127 ss.; F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, pp. 109 ss.

[30] L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 561.

[31] In tal senso R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, cit.

decreto vengono incorporati, in caso di conversione, in una legge formale del parlamento, mentre in caso di mancata conversione gli effetti del decreto legge risultano integralmente travolti sin dall'inizio secondo la previsione dell'articolo 77 della Costituzione[32].

Al riguardo, oltre a ribadire la *ratio* garantistica e democratica della riserva di legge, occorre comunque osservare, sempre in accordo con Carlassare, che la vigenza del decreto legge, anche se temporanea, incide comunque sulla garanzia delle posizioni giuridiche coperte da riserva di legge.

Si deve inoltre considerare che, con riguardo alla riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione, essendo ordinariamente i trattamenti sanitari dotati di *effetti irreversibili* (salvo i meri accertamenti sanitari effettuati in modo non invasivo), si ha che, anche in caso di mancata conversione di un decreto legge impositivo di un trattamento sanitario, gli effetti sul destinatario del trattamento rischiano di essere già integralmente prodotti dal decreto legge e di non essere in alcun modo reversibili.

Il governo con un decreto legge istitutivo di trattamenti sanitari obbligatori non anticipa in via d'urgenza l'esercizio di un potere che appartiene al parlamento, ma esercita un suo potere esclusivo in quanto il successivo intervento del parlamento non è un ritorno al normale ordine delle competenze previste dalla Costituzione, ma rappresenta un mero avallo (nel caso della conversione del decreto legge) o un'inefficace disapprovazione (nel caso della mancata conversione del decreto legge) di un trattamento sanitario obbligatorio che ha già prodotto i suoi effetti tipici, al di fuori di ogni riserva di legge e di ogni garanzia e a prescindere dall'intervento del parlamento.

Un decreto legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori vanifica completamente la riserva di legge dell'articolo 32 della Costituzione essendo potenzialmente in grado di produrre integralmente i suoi effetti a prescindere dalla conversione o meno in legge da parte del parlamento (effetti che consistono nella sottoposizione a trattamento sanitario dei destinatari del provvedimento).

[32] Come spiega FEDERICO SORRENTINO «la conversione in legge del decreto ha [...] l'effetto di ripristinare l'ordine normale delle competenze, per mezzo di una novazione della fonte, che vede la legge sostituirsi al decreto, anche per quanto riguarda la disciplina pregressa», tenuto conto che «la mancata conversione del decreto da parte del parlamento [...] provoca il venir meno retroattivo della sua efficacia» (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, pp. 126-127). L'intervento del parlamento non sarebbe allora escluso nel caso dei decreti legge (intervento del parlamento con la legge di conversione che fa proprio, eventualmente con modifiche, il decreto legge ovvero, in assenza di legge di conversione, cessazione degli effetti del decreto legge), e peraltro neppure nel caso dei decreti legislativi (intervento del parlamento con legge delegante che detta principi e criteri direttivi cui la legge delegata dovrà conformarsi).

3. Condizioni di legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali

Le vaccinazioni obbligatorie previste dalla legge n. 119 del 2017 rientrano, come già si è ricordato, nella categoria dei trattamenti sanitari obbligatori.

Nel diritto positivo esistono invero diverse tipologie di trattamento sanitario obbligatorio, per quanto gli unici grandi corpi normativi in cui a oggi siano previsti tali trattamenti siano quelli delle malattie mentali e delle vaccinazioni[33].

In relazione alle vaccinazioni, alcune di esse sono obbligatorie per tutti i nuovi nati, si tratta delle c.d. "vaccinazioni obbligatorie di carattere generale" attualmente disciplinate dalla legge n. 119 del 2017; altre invece riguardano (salvo eccezioni) la popolazione adulta e sono obbligatorie solo per determinate categorie di persone e di lavoratori, si tratta delle c.d. "vaccinazioni obbligatorie speciali", come, a titolo meramente esemplificativo, la vaccinazione antitubercolare prescritta in particolare per il personale sanitario, gli studenti di medicina e gli allievi infermieri, e la vaccinazione antitetanica prevista per gli sportivi come condizione per l'affiliazione a determinate associazioni sportive[34].

---

[33] Per un elenco delle principali tipologie di trattamento sanitario obbligatorio (con l'avvertenza che la disciplina delle vaccinazioni è stata innovata dal legge n. 119/2017 e con l'avvertenza inoltre che i trattamenti sanitari obbligatori di cui agli articoli 87 e 89 del t.u. n. 1124/1965 devono considerarsi superati e inapplicabili, come ho argomentato in A.A. NEGRONI, *Libertà personale e trattamenti sanitari obbligatori in caso di infortunio sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, pp. 364 ss.) si rinvia a: L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, pp. 336 ss.; P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Torino, 2014, pp. 185 ss.

[34] La vaccinazione antitubercolare, di cui al decreto del presidente della Repubblica 7 novembre 2001, n. 465, emanato ai sensi dell'art. 93, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, è obbligatoria per le seguenti categorie di persone: «a) neonati e bambini di età inferiore a 5 anni, con test tubercolinico negativo, conviventi o aventi contatti stretti con persone affette da tubercolosi in fase contagiosa, qualora persista il rischio di contagio; b) personale sanitario, studenti in medicina, allievi infermieri e chiunque, a qualunque titolo, con test tubercolinico negativo, operi in ambienti sanitari ad alto rischio di esposizione a ceppi multifarmacoresistenti oppure che operi in ambienti ad alto rischio e non possa, in caso di cuticonversione, essere sottoposto a terapia preventiva, perché presenta controindicazioni cliniche all'uso di farmaci specifici» (art. 1, d.p.r. n. 465/2001). La vaccinazione antitetanica per gli sportivi, in base al decreto del presidente della Repubblica 7 settembre 1965, n. 1301 (recante il Regolamento di esecuzione della legge 5 marzo 1963, n. 292, concernente la vaccinazione antitetanica obbligatoria), è condizione per l'affiliazione o iscrizione alle società o associazioni sportive aderenti alle Federazioni sportive del C.O.N.I.: «Gli sportivi, all'atto della affiliazione o iscrizione alle società o associazioni sportive aderenti alle Federazioni sportive del C.O.N.I., debbono presentare un certificato, rilasciato dal sanitario che ha effettuato la vaccinazione, che comprovi l'avvenuta vaccinazione antitetanica. L'affiliazione o la iscrizione non potrà essere

In linea di principio sono due le possibili modalità mediante le quali una legge può obbligare un individuo a sottoporsi a un trattamento sanitario:

I) prevedendo l'uso della forza finalizzato a sottoporre il soggetto al trattamento sanitario previsto, ossia prevedendo misure coercitive di assoggettamento a tale trattamento, ove per "misure coercitive" si devono intendere quelle misure che raggiungono il loro obbiettivo in virtù non già della collaborazione più o meno spontanea dell'individuo che vi è sottoposto, ma in virtù dell'assoggettamento di quest'ultimo all'impiego, anche solo potenziale, della forza (coercibilità)[35];

II) senza prevedere l'uso della forza, ma attraverso sanzioni a carico del soggetto che non osserva l'obbligo di trattamento, ove il termine "sanzione" viene qui utilizzato nell'ampio significato comunemente assunto in sede di teoria generale del diritto e che corrisponde al complesso delle misure con cui un ordinamento giuridico mira in genere a rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente a porre rimedio agli effetti dell'inosservanza[36].

Dalle due possibili modalità di configurazione dell'obbligatorietà di un trattamento sanitario la dottrina costituzionalistica ha derivato la distinzione tra "TSO coattivi" (o "trattamenti sanitari coercitivi") e "TSO non coattivi" ("trattamenti sanitari meramente obbligatori" o "trattamenti sanitari obbligatori" in senso stretto): ovviamente nel caso di cui al precedente punto i) si è in presenza di un TSO coattivo, nel caso di cui al punto ii) si è in presenza di un TSO non coattivo[37].

Un esempio di TSO coattivo, e invero il principale esempio di tale tipologia di TSO, è rappresentato dal TSO per malattia mentale, istituito e disciplinato dalla legge 13 maggio 1978, n. 180 (poi trasfusa, sostanzialmente senza modifiche, negli articoli 33, 34 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833), nell'ambito del quale il destinatario subisce una coazione finalizzata a fargli rispettare l'obbligo del trattamento sanitario.

Le vaccinazioni obbligatorie sono il classico e principale esempio di TSO non coattivo, in cui non vi è coazione e l'inosservanza dell'obbligo al trattamento

---

mantenuta se l'affiliato o l'iscritto non si sottoporrà alle rivaccinazioni quadriennali» (art. 4, d.p.r. n. 1301/1965).

[35] In tal senso S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, pp. 888-889.

[36] Sul concetto di "sanzione" si possono vedere: N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, pp. 307 ss.; M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, pp. 263 ss.

[37] Sulla distinzione di cui nel testo, cfr., tra gli altri, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., pp. 887 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, pp. 61 ss. e pp. 97-98.

sanitario fa scattare, nei confronti del destinatario, le sanzioni di volta in volta stabilite dalla legge.

Si noti che le sanzioni più frequentemente utilizzate nell'ambito dei TSO non coattivi sono quelle "indirette" che fanno assurgere l'adempimento dell'obbligo a condizione per l'esercizio di diritti e facoltà, come per esempio lo svolgere una determinata attività lavorativa o l'affiliarsi ad alcune associazioni sportive.

Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie di cui alla legge n. 119 del 2017 si è di fronte a un trattamento sanitario meramente obbligatorio e le sanzioni ivi previste per l'inosservanza dell'obbligo sono una sanzione indiretta, consistente nell'esclusione da asili e scuole dell'infanzia per i minori da zero a sei anni, e una sanzione diretta, consistente in una sanzione di natura pecuniaria da 100 a 500 euro per i minori in età scolare fino a sedici anni.

In dottrina alcuni trattamenti sanitari meramente obbligatori vengono talvolta assimilati a "oneri", in considerazione del fatto che gli obbligati al trattamento possono rifiutare di sottoporvisi e in tal caso l'ordinamento prevede appunto l'impossibilità di conseguire un determinato risultato; viene comunque anche osservato come non tutti i trattamenti sanitari meramente obbligatori possano configurarsi come oneri: si potrà, al contrario, essere al limite in presenza di una sostanziale coercizione della volontà individuale quanto più i margini di scelta entro i quali gli obbligati al trattamento possono muoversi siano concretamente così stringenti da vanificare la possibilità di un rifiuto, impedendo la possibilità effettiva di una scelta[38].

Nel caso della legge 119 del 2017, precisato come la sanzione diretta pecuniaria prevista per i minori in età scolare non possa per definizione permettere di configurare il relativo obbligo vaccinale come onere, vi è da chiedersi se la sanzione indiretta consistente nell'esclusione dai servizi educativi per l'infanzia possa configurare l'obbligo vaccinale per i minori da zero a sei anni come un mero onere.

La presenza di sanzioni indirette non implica di per sé che ci si trovi di fronte a un mero onere di sottoporsi a un trattamento sanitario: in particolare ove la sanzione indiretta incida su di un diritto e/o dovere costituzionale o comunque su di un bene di particolare rilievo, ci si troverà di fronte a un vero e proprio trattamento sanitario obbligatorio in quanto il destinatario del trattamento non potrà improntare liberamente la propria condotta rispetto a tale trattamento, in particolare nel senso che non avrà l'effettiva possibilità di non sottoporvisi .

Nell'attuale contesto socio-economico, caratterizzato ormai da tempo dalla scomparsa di un arcaico modello di famiglia in cui solo gli uomini lavoravano

[38] Cfr. A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, pp. 307 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 894 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 186.

mentre le donne restavano a casa ad accudire la prole, eventualmente nel contesto di una famiglia allargata, l'esclusione dai servizi educativi per l'infanzia finisce per ridurre significativamente i margini di scelta dei genitori, soprattutto nel caso per nulla infrequente in cui sia il padre che la madre del minore svolgano un'attività lavorativa (peraltro nel legittimo esercizio del diritto-dovere al lavoro).

Per usare le parole di Alessandro Pace, relative ad alcune ipotesi di restrizioni della libertà personale ricostruibili in termini di onere (come le perquisizioni che condizionano la possibilità di effettuare l'imbarco dei passeggeri sugli aerei), l'utilizzazione della figura dell'onere è possibile «in quanto [...] si chiarisca preliminarmente se, nella specie, esso sia un modo di "lasciar fare" o un modo per "far fare"»[39].

Ora, l'esclusione dai servizi educativi per l'infanzia non appare potersi considerarsi un modo per *lasciar fare*, salvo forse nel caso, che tuttavia non può considerarsi ordinario, di famiglie con una disponibilità economica tale da potersi permettere di rinunciare a tali servizi sostituendoli con un insieme di lavoratori (educatori, baby-sitter, ecc.) da retribuire e da porre al servizio del minore per ricreare un contesto il più possibile simile a quello proposto dai servizi in parola.

A ciò si aggiunga che, per quanto si possa ritenere che l'esclusione del minore dai servizi educativi dell'infanzia non incida a rigore sul diritto all'istruzione (e sul correlativo obbligo scolastico), deve anche evidenziarsi come tali servizi siano per il minore luogo e momento significativo di socializzazione e di sviluppo della propria personalità, che certamente rappresentano se non altro un bene di particolare rilievo[40]; e ciò, stante che la sanzione indiretta prevista dalla legge n. 119 del 2017 incide proprio sul bene in parola, rafforza l'idea che l'obbligo vaccinale previsto per i minori da zero a sei anni non possa configurarsi come onere.

La legittimità costituzionale della previsione legislativa di obblighi vaccinali è subordinata al rispetto di un insieme di condizioni previste dalla Costituzione che fungono, per così dire, da "paletti" per l'introduzione da parte del legislatore dell'obbligatorietà delle vaccinazioni.

---

[39] A. PACE, *ult. op. cit.*, p. 308.

[40] Al riguardo non è un caso che norme di legge sanciscano che «la scuola dell'infanzia, di durata triennale, concorre all'educazione e allo sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale delle bambine e dei bambini promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative» (art. 2, lett. e, legge 28 marzo 2003, n. 53) e che «alle bambine e ai bambini, dalla nascita fino ai sei anni, per sviluppare potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, in un adeguato contesto affettivo, ludico e cognitivo, sono garantite pari opportunità di educazione e di istruzione, di cura, di relazione e di gioco, superando disuguaglianze e barriere territoriali, economiche, etniche e culturali» (art. 1, comma 1, decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65).

Tenuto conto che le vaccinazioni obbligatorie rientrano nella categoria dei trattamenti sanitari obbligatori, le condizioni in parola non sono altro che le condizioni di legittimità costituzionale valide per qualsiasi trattamento sanitario obbligatorio[41].

Si tratta allora di delineare, sia pur sinteticamente, le principali condizioni che devono essere rispettate affinché la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio (e segnatamente delle vaccinazioni obbligatorie) possa considerarsi costituzionalmente legittima; tali condizioni vengono in questa sede ricordate al fine di contestualizzare quanto si dirà nei successivi paragrafi, ove, a partire dalla riflessione su alcuni specifici profili delle condizioni in parola, si metterà in discussione il modello impositivo che caratterizza la legge n. 119 del 2017.

Dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno tracciato già alcuni decenni fa il perimetro di legittimità costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori, si tratta peraltro di una dottrina e di una giurisprudenza rilevanti anche in materia di diritto al consenso informato, tenuto conto che nel fissare i limiti costituzionali dei trattamenti sanitari obbligatori si riconosceva anche, se non altro implicitamente, il diritto dell'individuo di scegliere liberamente se sottoporsi o meno a trattamenti sanitari non obbligatori.

I principi costituzionali in materia di trattamenti sanitari obbligatori sono stati a suo tempo oggetto di una attenta e approfondita riflessione da parte di assai autorevole dottrina (in particolare negli anni Settanta e Ottanta), una dottrina ancora oggi fondamentale che discute del diritto alla salute di cui all'articolo 32 della Costituzione ed elabora un quadro costituzionale di riferimento per la materia in parola, mettendo in evidenza i limiti imposti dalla Costituzione al potere del legislatore di imporre trattamenti sanitari.

Si tratta di una dottrina elaborata da insigni giuristi tra i quali, senza pretesa di esaustività, Lorenza Carlassare, Diana Vincenzi Amato, Sergio Panunzio, Massimo Luciani, Rosalia D'Alessio, Vezio Crisafulli, Franco Modugno, Barbara Pezzini[42].

---

[41] Per una rassegna dei principali contributi dottrinali in tema di trattamenti sanitari obbligatori, sia consentito rinviare a A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista Aic*, 2017.

[42] L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, pp. 103 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Rapporti etico-sociali*, Bologna Roma, 1976, pp. 167 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)* (1979), cit., pp. 875 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, pp. 769 ss. (ma anche il precedente ID., *A proposito del "diritto alla salute"*, in *Diritto e società*, 1979); R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, pp. 529 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni*

A proposito di diritto alla salute, nel cui ambito si collocano sia il tema dei trattamenti sanitari obbligatori che il tema del diritto al consenso informato, si osservi che è solo a partire dagli anni Settanta che tale diritto verrà inteso come diritto individuale primario e assoluto, valido *erga omnes* e tutelato da norma costituzionale direttamente precettiva, e non più solo come un diritto sociale previsto da una norma costituzionale considerata meramente programmatica e consistente in una pretesa dai confini incerti verso le funzioni statali di salute pubblica[43].

Si deve anche alla dottrina in parola, oltre che al fondamentale contributo della giurisprudenza di quegli anni[44], l'emergere e l'affermarsi del diritto alla salute come autentico diritto soggettivo, fondamentale e assoluto, oggetto di protezione diretta da parte dell'articolo 32 della Costituzione, efficace sia all'interno dei rapporti tra privati che nei rapporti tra il singolo e i poteri pubblici, azionabile direttamente di fronte a fatti lesivi innanzi al giudice ordinario (senza necessità dell'intervento del legislatore) e dotato di una autonoma tutela risarcitoria.

Si metteva così in luce come il diritto alla salute comprenda e garantisca una pluralità di situazioni soggettive che rendono possibile descriverlo da un lato come un "diritto di libertà" e dall'altro come un "diritto sociale"[45]; il diritto alla salute comprende in particolare il diritto dell'individuo a che terzi si astengano da

obbligatorie (1982), cit., pp. 557 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 303 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali* (1983), cit., pp. 21 ss.

[43] Cfr. V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 574 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 4 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, pp. 47 ss.

[44] Fondamentali in tal senso Cassazione civile, Sezioni Unite, 21 marzo 1973, n. 796 e Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 ottobre 1979, n. 5172 (vedi anche Cass. civ., Sez. Unite, 9 aprile 1973, n. 999; Cass. civ., Sez. Unite, 6 ottobre 1975, n. 3164; Cass. civ., Sezioni Unite, 9 marzo 1979, n. 1463; Cass. civ. Sez. III, 6 giugno 1981, n. 3675); e ancora nel 1979 è da ricordare l'altrettanto importante sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 26 luglio 1979, sempre nel senso del riconoscimento del diritto alla salute come diritto soggettivo fondamentale e assoluto (e a non molti anni di distanza, in linea con la sentenza n. 88/1979, vedi anche Corte cost., sentenze nn. 212/1983; 167/1986; 184/1986; 559/1987; 992/1988; 1011/1988).

[45] Il diritto alla salute come diritto di libertà non può neppure considerarsi indipendente dal diritto sociale alla salute, stante che «il profilo, per così dire, di libertà di cura, a meno di non configurarlo come situazione meramente astratta, è strettamente embricato con quello "sociale-prestazionale", in quanto senza un apparato organizzativo che assicuri tali prestazioni (di cura, ma altresì di prevenzione e riabilitazione) la libertà stessa viene meno e la salute è compromessa o violata» (R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5395).

comportamenti pregiudizievoli per la sua salute e il diritto di rifiutare le cure (quindi una pretesa negativa), ma anche il diritto dell'individuo alla predisposizione da parte della Repubblica di strutture e mezzi terapeutici necessari per la cura della salute (quindi una pretesa positiva, un diritto di prestazione)[46].

Tornando al tema di più specifico interesse, il perimetro di legittimità costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori non veniva solo delineato dalla pocanzi menzionata dottrina, ma anche dalla Corte costituzionale: così già in alcune sentenze degli anni Novanta, la Corte delineava in modo puntuale i principi costituzionali vigenti in materia di trattamenti sanitari obbligatori: il riferimento è in particolare alle sentenze n. 307 del 1990 (relativa a danni conseguenti all'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica), n. 218 del 1994 (relativa ad accertamenti sanitari obbligatori dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività lavorative che comportino rischi per la salute di terzi) e n. 258 del 1994 (relativa all'omessa previsione, nelle norme che impongono l'obbligo di vaccinazione, di accertamenti preventivi volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alle vaccinazioni).

In estrema sintesi, un trattamento sanitario obbligatorio per essere costituzionalmente legittimo deve essere previsto da una legge (riserva di legge), deve essere determinato (quindi previsto in modo sufficientemente preciso e puntuale dalla legge), non deve essere pregiudizievole per la salute del soggetto che vi è sottoposto (in caso di eventuale danno alla salute spetta un equo ristoro), deve avere come finalità la tutela dell'interesse della collettività alla salute, e inoltre la legge che lo impone deve osservare il limite del rispetto della persona umana.

Si osservi, per quanto non di specifico interesse in questa sede, come nel caso dei TSO coattivi si sia posto in dottrina il problema se per tali trattamenti, nei quali il fine della coercizione è di tipo sanitario, debba trovare applicazione esclusivamente l'articolo 32 oppure anche l'articolo 13 della Costituzione, ove la

[46] Sul diritto alla salute, per un inquadramento generale cfr. B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 215 ss.; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, pp. 1 ss.; G. ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Novissimo Digesto italiano*, App. vol. VI, Torino, 1986, pp. 913 ss.; M.C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione civile*, VI, Torino, 1990, pp. 77 ss.; M.C. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, pp. 1009 ss.; ; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, cit., pp. 5393 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 658 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, cit., pp. 321 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, pp. 579 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit.

soluzione preferibile pare essere quella che richiede l'applicazione delle garanzie costituzionali in materia di libertà personale[47].

Solo una legge può rendere obbligatorio un trattamento sanitario, e sulla riserva di legge di cui al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione ci si è già soffermati nel precedente paragrafo, ma per essere costituzionalmente legittima tale legge può rendere obbligatorio, in base alla previsione del comma in parola e come già si è accennato, solo un "determinato" trattamento sanitario, ossia un singolo e specifico trattamento sanitario, che deve essere previsto espressamente dalla legge e la cui obbligatorietà deve essere disciplinata dalla medesima legge in modo sufficientemente preciso e puntuale.

La riserva di legge e il fatto che la legge possa obbligare solo a un determinato trattamento sanitario mostrano come il secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione intenda affidare *soltanto* al legislatore il potere di decidere quali siano i trattamenti sanitari che possono essere obbligatori; non sarebbe rispettata la riserva di legge e non si sarebbe in presenza di un *determinato* trattamento sanitario ove una legge conferisse tale potere alla decisione di un insieme di medici che, caso per caso, potrebbe stabilire i trattamenti sanitari che possono essere imposti[48].

Sulla base della lettura combinata del primo e del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, è la dottrina pressoché unanime ad affermare che nell'imposizione (a opera di una legge) di un trattamento sanitario obbligatorio interesse dell'individuo alla salute e interesse della collettività alla salute debbano coesistere, nel senso che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio non possa mai avvenire nel solo (presunto) interesse dell'individuo, ma solo quando tale imposizione sia necessaria per scongiurare una situazione di pericolo o danno per la salute della collettività, oltre che per tutelare la salute del singolo individuo sottoposto al trattamento sanitario; in altre parole, la tutela della salute individuale (se non altro nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio non debba incidere negativamente sulla salute di chi vi è assoggettato) e la tutela della salute della collettività (nel senso che il fine del trattamento sanitario obbligatorio debba essere

[47] Nel senso della riconducibilità dei trattamenti sanitari coattivi, in quanto limitativi della libertà personale, alla disciplina dell'articolo 13 della Costituzione, si indicano: A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, cit., pp. 296 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, pp. 185 ss. Nel senso della riconducibilità dei trattamenti sanitari coattivi all'esclusiva disciplina dell'articolo 32 della Costituzione, si indicano: D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., pp. 167 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., pp. 53 ss. In argomento, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale, sia consentito rinviare al mio A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2016, pp. 42 ss.

[48] In tal senso D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 2467.

quello di evitare un pericolo o un danno per la salute della collettività) sono condizioni congiuntamente necessarie (per quanto non sufficienti) a rendere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio[49].

Si possono indicare almeno due argomentazioni che conducono alla conclusione che un trattamento sanitario possa essere reso obbligatorio solo quando in gioco vi sia una situazione di pericolo o danno per la salute della collettività.

In primo luogo, un fondamento di carattere testuale si può ritrovare nel collegamento che sussiste tra il primo e il secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione.

Il primo comma dell'articolo 32 inizia affermando che «la Repubblica tutela la salute» e tale affermazione, collocata in apertura dell'articolo, rende la «tutela della salute» l'elemento essenziale e ineliminabile entro il quale deve muoversi l'interpretazione dei commi che compongono la norma, ovvero, in altre parole, la sfera entro la quale si colloca l'intero articolo 32.

Da ciò consegue direttamente che i trattamenti sanitari obbligatori di cui al secondo comma dell'articolo 32 debbano essere indirizzati alla «tutela della salute», finalità che peraltro si potrebbe anche considerare implicita nel significato stesso di "trattamento sanitario"; ma per il primo comma la tutela della salute è giuridicamente rilevante in quanto, oltre che diritto fondamentale dell'individuo, sia anche interesse della collettività: la Repubblica, con l'articolo 32, «tutela la salute» (non altri beni o situazioni) come «diritto dell'individuo», e si intende *diritto dell'individuo alla (propria) salute* (dimensione individuale della salute tutelata dalla Repubblica), «e» (non "oppure", non "ovvero") come «interesse della collettività», e si intende, analogamente, *interesse della collettività alla (propria) salute*, alla salute collettiva (dimensione collettiva della salute tutelata dalla Repubblica).

La conseguenza di tutto ciò è che un trattamento sanitario obbligatorio risulterà legittimo solo se la legge lo imponga per la tutela della salute, ma tale tutela della salute deve necessariamente rivolgersi verso l'individuo (salute individuale) *e* verso

[49] In tal senso, tra gli altri, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 109 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., pp. 172 ss.; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, 1978, p. 517; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., p. 782; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., pp. 311 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo,* tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, pp. 154-155.

la collettività (salute collettiva), ossia anche a tutela della salute della collettività, e non solo del singolo individuo sottoposto al trattamento sanitario.

In secondo luogo, come autorevolmente osservato da Lorenza Carlassare, essendo la nostra Costituzione (oltre che "sociale") «legata alla tradizione liberale e ai suoi principî, che vi trovano energica riaffermazione», si ha che «ogni limitazione alla libertà […] deve trovare un'*adeguata* giustificazione negli interessi collettivi» e che «*in principio* la Costituzione pone delle affermazioni di libertà e la limitazione non è la regola, ma l'eccezione»[50].

In altre parole, il carattere garantistico nel senso della tradizione liberale e il principio del *favor libertatis* propri della nostra Costituzione implicano che sussista per l'individuo una generale situazione di libertà costituzionalmente garantita e che tale libertà possa essere compressa solo eccezionalmente in presenza di un interesse collettivo direttamente rilevante che giustifichi tale compressione e ovviamente nelle forme previste dalla Costituzione.

Nell'ambito della tutela della salute, il singolo è allora libero di curarsi o di non curarsi, salvo il caso in cui la sua situazione patologica possa mettere in pericolo la salute della collettività, salute che rappresenta non solo un generico "interesse della collettività", ma anche e soprattutto un interesse della collettività direttamente rilevante nella sfera della tutela della salute, sfera in cui si deve collocare necessariamente, a norma di Costituzione, la materia dei trattamenti sanitari obbligatori[51].

Il principio che un trattamento sanitario, per poter essere legittimamente imposto dal legislatore, debba necessariamente avere come fine la tutela della salute del singolo individuo sottoposto al trattamento e della salute della collettività è ben presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale[52].

Si può al riguardo almeno ricordare come già nella fondamentale sentenza n. 307 del 1990 la Corte costituzionale affermi: «Tale precetto [art. 32 Cost.] nel primo comma definisce la salute come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"; nel secondo comma, sottopone i detti trattamenti [sanitari obbligatori] a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a

[50] L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 110-111.

[51] Cfr. L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 110-111; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., p. 9.

[52] In tal senso le sentenze della Corte costituzionale nn. 307/1990; 218/1994; 258/1994; 118/1996; 27/1998; 226/2000; 107/2012; 268/2017; 5/2018.

giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili» (Corte cost., sentenza n. 307/1990).

La legge che rende obbligatorio un trattamento sanitario, in base al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Sul significato da attribuire alla clausola del rispetto della persona umana vi sono diversi orientamenti dottrinali, ai quali si accennerà nel proseguo dell'articolo, in questa sede ci si limiterà a ricordare alcuni significati di tale clausola che appaiono condivisi in dottrina.

La clausola del rispetto della persona umana viene intesa nel senso che un trattamento sanitario obbligatorio, per essere costituzionalmente legittimo, debba avere come finalità (anche) la tutela della salute del soggetto sottoposto al trattamento, tanto più che in un ordinamento costituzionale che ha un fondamento personalistico l'essere umano non potrebbe mai essere il mezzo soltanto per l'applicazione di misure di interesse collettivo[53].

Il rispetto della persona umana esclude la legittimità di provvedimenti che impongano un trattamento sanitario con finalità eugenetiche o di sperimentazione, così come esclude «la legittimità di ogni trattamento obbligatorio che costituisca espressione di una pianificazione dell'elemento umano in ordine alla sua miglior utilizzazione»[54] e più in generale la strumentalizzazione della persona umana per una qualsiasi finalità eteronoma e assorbente, non potendo essere la persona un mero strumento dell'azione dei pubblici poteri, neppure per il perseguimento di interessi collettivi[55].

---

[53] Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., pp. 172 ss., S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 903.

[54] L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in www.costituzionalismo.it, 2009, cit., p. 7 (e già in precedenza ID., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., p. 113).

[55] Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 562; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., pp. 314-315; G. FACCI, *I testimoni di Geova e il "dissenso" all'atto medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, pp. 116 ss.; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pp. 559-560; P. VERONESI, *La dimensione costituzionale della persona*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, pp. 525 ss.

La Corte costituzionale non ha avuto modo di elaborare in modo specifico il significato del limite del rispetto della persona umana[56], per quanto all'interno della giurisprudenza costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori si possano individuare affermazioni riconducibili a tale limite.

Così è il rispetto della persona umana che appare condurre la Corte costituzionale ad affermare che «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo […] non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri» (Corte cost., sentenza n. 307/1990) e che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri» (Corte cost., sentenza n. 118/1996); si osservi inoltre come la tutela della riservatezza del paziente sottoposto a un trattamento sanitario obbligatorio sia stata esplicitamente messa in relazione dalla Corte con il rispetto della persona umana: «Il rispetto della persona esige l'efficace protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione» (Corte cost., sentenza n. 218/1994).

Che un trattamento sanitario obbligatorio, per essere costituzionalmente legittimo, debba avere come finalità (anche) la tutela della salute del singolo obbligato al trattamento, nel senso se non altro di non poter danneggiare tale salute, è, come già si è osservato, posizione condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, e non potrebbe essere altrimenti in un ordinamento costituzionale ispirato dal principio personalista e in cui il diritto alla salute è considerato fondamentale.

L'affermazione di principio, circa la tutela della salute del destinatario del trattamento sanitario obbligatorio, diventa problematica nel caso in cui il trattamento, anche se correttamente eseguito, determini un danno alla salute del soggetto che vi si sottopone; il caso riguarda nello specifico le vaccinazioni obbligatorie che, sia pur in misura statisticamente assai ridotta secondo la scienza medica, possono determinare conseguenze gravi e irreversibili per la salute dell'obbligato.

La Corte costituzionale si è fatta carico del problema e nella sua giurisprudenza ha sottolineato l'esigenza che sia previsto uno specifico ed equo indennizzo (fermo restando, ove vi siano i presupposti, il diritto al risarcimento del danno) a favore dei soggetti danneggiati dalle vaccinazioni obbligatorie (o anche raccomandate) per il semplice fatto di aver subito un pregiudizio[57].

---

[56] Come osserva, ed è osservazione tuttora valida, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 458.

[57] Da notare che il soggetto danneggiato dalla vaccinazione obbligatoria può anche non essere l'obbligato al trattamento, ma un altro soggetto che presta assistenza personale

Il riconoscimento al danneggiato da vaccino di un equo ristoro del danno (a prescindere e indipendentemente dalla tutela risarcitoria che potrà eventualmente essere riconosciuta al danneggiato ove ricorrano le condizioni previste dall'articolo 2043 del codice civile e sempre che lo stesso esperisca la relativa azione di risarcimento del danno) si configura per la Corte come una delle condizioni che permettono di considerare non in contrasto con la Costituzione la previsione legislativa di obblighi vaccinali, e segnatamente non in contrasto con quel principio di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione[58].

Così già nella sentenza n. 307 del 1990 la Corte costituzionale sottolinea come in caso di danno alla salute determinato da vaccinazione obbligatoria (vaccinazione antipoliomielitica, nel caso sottoposto alla Corte) sia dovuto al danneggiato un "equo ristoro del danno patito" per rispettare il suo diritto alla salute ma anche in considerazione dello "spirito di solidarietà" alla base di un trattamento sanitario obbligatorio che ha come finalità (anche) la tutela della salute collettiva[59].

---

diretta all'obbligato in ragione della non autosufficienza fisica di quest'ultimo (in tal senso Corte cost., sentenza n. 307/1990).

[58] Vedi le sentenze della Corte costituzionale nn. 307/1990; 218/1994; 118/1996; 27/1998; 226/2000; 423/2000; 107/2012; 268/2017; 5/2018.

[59] Così la Corte costituzionale: «Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute [salute come diritto fondamentale dell'individuo e salute come interesse collettivo] - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito» (Corte cost., sentenza n. 307/1990). Con la sentenza n. 307/1990 veniva risolta una questione di legittimità costituzionale concernente l'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica, questione che traeva origine da un giudizio civile intentato nei confronti del ministro della sanità in relazione ai danni riportati da una madre per avere contratto la poliomielite, con paralisi spinale persistente, in quanto a lei trasmessa per contagio dal figlio, sottoposto a vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica; la Corte dichiarava nella sentenza «l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo». Proprio a seguito di tale pronuncia sarebbe poi stata approvata dal parlamento la legge 25 febbraio 1992, n. 210, che ha disciplinato l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

Le vaccinazioni obbligatorie (ma ciò vale anche per le vaccinazioni raccomandate dalle autorità sanitarie) hanno come finalità la tutela della salute collettiva, oltre alla tutela della salute individuale: l'individuo che vi si sottopone (per obbligo o per scelta) lo fa anche nell'interesse della collettività, pertanto nel caso in cui subisca un danno alla propria salute derivante dalla vaccinazione «esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale» (Corte cost., sentenza n. 268/2017)[60].

In caso di danno da vaccinazione, per la Corte costituzionale il diritto all'indennizzo deriva dall'inderogabile dovere di solidarietà che grava e si impone sulla collettività in quanto è proprio la collettività a trarre beneficio da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato) che ha come specifica e necessaria finalità (anche) la tutela della salute collettiva e che viene pertanto effettuato (anche) nell'interesse della collettività[61]; e su tali basi la Corte arriva a configurare quello che definisce un «"patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di tutela della salute» (Corte cost., sentenza n. 268/2017): il singolo si sottopone alle vaccinazioni (anche) per tutelare la salute collettiva e di conseguenza la collettività, nel caso in cui il singolo subisca un danno da vaccino, gli riconosce un indennizzo.

La Corte costituzionale, si osservi incidentalmente, ha peraltro avuto modo di manifestare la propria consapevolezza della "scelta tragica" operata dal legislatore nel rendere obbligatori trattamenti che, come le vaccinazioni, possono comportare un rischio (sebbene ritenuto minimo) di danni gravi e irreversibili alla salute di chi vi viene sottoposto, «scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti)» e ove «l'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri» (Corte cost., sentenza n. 118/1996).

[60] La giurisprudenza costituzionale riconosce il diritto all'equo indennizzo non solo a favore dei soggetti danneggiati dalle vaccinazioni obbligatorie, ma anche a favore dei soggetti danneggiati da vaccinazioni (non obbligatorie) che le autorità sanitarie raccomandano a tutela della salute pubblica e della salute individuale, anche tenuto conto che «sarebbe del resto irragionevole [in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3 Cost.)] riservare a coloro che hanno aderito alle ricordate raccomandazioni delle autorità sanitarie pubbliche un trattamento deteriore rispetto a quello riconosciuto a quanti abbiano ubbidito ad un precetto» (Corte cost., sentenza n. 268/2017). In tal senso, oltre alla appena citata Corte cost., sentenza n. 268/2017 sulla vaccinazione antinfluenzale, vedi anche le sentenze nn. 27/1998; 423/2000; 107/2012.

[61] In tal senso, molto chiaramente Corte cost., sentenze nn. 118/1996; 268/2017.

In conclusione del presente paragrafo, dedicato a delineare sinteticamente le principali condizioni che devono essere rispettate affinché la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio possa considerarsi costituzionalmente legittima, pare opportuno accennare a un particolare tema, quello della discrezionalità del legislatore in materia di trattamenti sanitari obbligatori, per come emerso nell'ambito della sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, al fine di mettere in luce un particolare fattore che limita tale discrezionalità.

Un qualsiasi trattamento sanitario obbligatorio, ivi comprese le vaccinazioni obbligatorie, chiama in causa e coinvolge diversi valori costituzionali, e segnatamente la libertà di autodeterminazione, la tutela della salute individuale e la tutela della salute collettiva, ma anche l'interesse del minore a non subire potenziali pregiudizi per la propria salute.

Per la Corte costituzionale, nel contemperamento di tali valori vi è spazio per la discrezionalità del legislatore che, con il fine di garantire una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potrà legittimamente scegliere tra "raccomandazione" e "obbligo" delle vaccinazioni, nonché, in caso di obbligo, configurare gli strumenti, sanzioni comprese, atti a rendere effettivo l'obbligo.

Tuttavia, ed è l'aspetto che interessava evidenziare, per la Corte costituzionale la discrezionalità del legislatore in materia di trattamenti sanitari obbligatori incontra uno specifico limite nelle acquisizioni della scienza medica, e precisamente nelle informazioni offerte dalle "autorità preposte" e dalle "acquisizioni della ricerca" di cui il legislatore deve tener conto nell'operare le sue scelte nella materia in parola.

La Corte osserva infatti, con alcuni riferimenti alla sua precedente giurisprudenza, che «questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)» (Corte cost., sentenza n. 5/2018, 8.2.1).

Il tema non è nuovo, nella giurisprudenza costituzionale, ma anche in dottrina, per quanto si tratti di un tema affermatosi e maggiormente discusso, in relazione al diritto alla salute, con riferimento alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle prestazioni da rendere disponibili (o meno) per garantire ai cittadini il diritto in parola, una discrezionalità che, vertendo su materie specialistiche come i trattamenti sanitari, viene condizionata e limitata dalle acquisizioni della scienza medica, fermo restando, come non si è mancato di rilevare in dottrina, che la valutazione tecnica deve considerarsi strumentale alla decisione politica e che tale

decisione non può consistere in una passiva e completa recezione dell'indicazione proveniente dalla comunità medico-scientifica[62].

4. Sul significato di "pericolo per la salute collettiva" (chiarimento)

La dottrina costituzionalistica, come già osservato, è concorde nel ritenere che solo l'esigenza eccezionale di tutela della dimensione collettiva della salute possa legittimare il sacrificio della libertà dell'individuo determinato dall'imposizione di trattamenti sanitari.

Resta inteso come l'interesse collettivo (alla salute) che legittima l'obbligo di curarsi sia rappresentato, come correttamente osserva Vincenzi Amato, da un «interesse che, nel contesto limitato alla salute in cui si muove l'art. 32, non può essere altro che quello della salute degli altri» e «non, si badi bene, l'interesse più generale e generico che la collettività, in astratto, ha alla salute e al benessere dei propri membri»[63].

Si potrà ricorrere allo strumento del trattamento sanitario obbligatorio, per usare alcune espressioni rinvenibili in dottrina, solo per «salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell'esercizio di quel diritto individuale [alla salute]» (così F. Modugno)[64], solo in presenza di un «pericolo immediato per la collettività» (così B. Pezzini)[65], solo per la «tutela della salute dell'insieme degli altri consociati» (così

[62] In argomento, e anche per ulteriore bibliografia, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, 2007; C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal - Rivista BioDiritto*, 2014, pp. 179 ss.; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista Aic*, 2016. Con particolare riferimento alle politiche sanitarie vaccinali, si condivide l'osservazione di MARTA TOMASI per cui «l'apprezzamento degli aspetti tecnico-scientifici della questione, pur rappresentando un dato fondamentale e coessenziale alla formulazione di scelte normative che possano dirsi legittime, non reca necessariamente con sé tutte le risposte. La risoluzione in favore della coercizione o della facoltatività, infatti, rappresenta sempre l'esito della complessa sintesi di una pluralità di discorsi (quello culturale, sociologico, economico-finanziario e di vera e propria opportunità politica) che si affiancano a quello scientifico, integrandolo» (M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, cit., p. 905).

[63] D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2469. In senso analogo anche M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., pp. 781-782; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 386.

[64] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., p. 311.

[65] B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., p. 64.

D. Morana)[66], solo in presenza di un «pericolo diretto per la salute collettiva» (così B. Barbisan)[67]; solo quando sia «indispensabile al fine di evitare una situazione di pericolo per la salute dei consociati» (così P. Veronesi)[68].

Peraltro l'esigenza di tutelare la salute della collettività (mediante lo strumento del trattamento sanitario obbligatorio) sussiste quando e in quanto via sia anche solo la possibilità che subisca un danno, e non soltanto quando la salute della collettività abbia già subito un danno.

Se l'esercizio del diritto alla salute (come diritto di libertà) e della libertà di disporre del proprio corpo da parte di un individuo determina un pericolo per la salute della collettività, allora si è in presenza di un elemento che legittima la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio: si tratta di precisare meglio i contorni e le caratteristiche di tale "pericolo per la salute della collettività".

Per farlo, ritengo sia necessario porsi due domande.

La prima domanda è del tipo: di quanti e quali soggetti deve essere in pericolo la salute per potersi affermare di essere in presenza di un "pericolo per la salute della collettività" in grado di legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio?

La seconda domanda è del tipo: quali devono essere l'intensità e le caratteristiche di tale "pericolo per la salute della collettività"?

Prima di rispondere a tali domande, è opportuno svolgere una breve considerazione preliminare: nel discutere del "pericolo per la salute della collettività" in parola si deve sempre tener presente che si stanno tracciando i contorni e individuando le caratteristiche di un pericolo *in grado di legittimare un trattamento sanitario obbligatorio*, ossia in grado di determinare il sacrificio o la compressione di uno dei diritti fondamentali della persona riconosciuto e garantito dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, ossia l'inviolabilità del proprio corpo e più in generale della propria sfera psico-fisica.

Inutile dire come non un pericolo qualsiasi per la salute della collettività possa considerarsi idoneo a legittimare un trattamento sanitario obbligatorio, ma solo un pericolo che, determinando una situazione di eccezionale gravità per la salute della collettività, sia in grado come tale di giustificare il sacrificio o la compressione di diritti fondamentali dell'individuo in un ordinamento costituzionale personalista.

Mi riferisco a una situazione di "eccezionale" gravità anche perché un trattamento sanitario obbligatorio è e deve essere una misura "eccezionale": eccezionale non solo perché nel nostro ordinamento costituzionale la libertà è la regola, ma anche perché la stessa fraseologia del secondo comma dell'articolo 32

[66] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., p. 43.

[67] B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in www.astrid-online.it, 2009, p. 9.

[68] P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., p. 155.

della Costituzione contempla ed esprime l'eccezionalità dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio[69].

Riguardo alla prima domanda che ci si è posti, si può osservare quanto segue.

La collettività alla quale si riferisce la Costituzione nel primo comma dell'articolo 32, intesa come polo opposto (o, meglio, complementare) del singolo individuo, è la popolazione dello Stato, la comunità nazionale, la società, l'insieme di tutti i cittadini; la salute viene colta (e tutelata) dal testo costituzionale nella sua estensione minima (la salute del singolo individuo) e nella sua estensione massima (la salute della collettività).

Si deve pertanto escludere che il pericolo per la salute della collettività possa coincidere con una situazione in cui in pericolo vi sia la salute di un singolo individuo o di un determinato insieme ristretto di individui (nell'ordine delle decine per intenderci), e ciò semplicemente in quanto la lettera dell'articolo 32 della Costituzione fa espresso riferimento alla "collettività"; il pubblico interesse idoneo a giustificare l'imposizione di trattamenti sanitari è, per usare le parole di Vezio Crisafulli, la «protezione della salute collettiva, alla quale testualmente si riferisce il primo comma dell'art. 32 (la salute come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività")»[70]; ora, un singolo individuo non è la "collettività" e la salute di un singolo individuo non è la "salute collettiva" (e ciò vale anche per un qualsiasi determinato insieme ristretto di individui).

Un pericolo per la salute della collettività, per essere tale, deve riguardare un numero rilevante di individui, ossia essere dotato di una apprezzabile estensione; è certo assai problematico stabilire quale sia la soglia quantitativa di individui sopra la quale possa considerarsi corretto parlare di "numero rilevante", e tuttavia pare almeno potersi affermare che, ai nostri fini e assumendo come parametro di riferimento la collettività nel suo complesso, un numero di individui nell'ordine delle unità o delle decine non rappresenti un "numero rilevante" di individui, ma piuttosto un "numero irrilevante" di individui: ora, un pericolo per la salute di un numero irrilevante di soggetti non è *ipso facto* un pericolo per la salute della collettività.

Pur escludendo che la salute collettiva possa coincidere con la salute di un singolo individuo o di un determinato insieme ristretto di individui, si deve ritenere che un pericolo per la salute della collettività sia soprattutto riconoscibile mediante una specifica caratteristica di tale pericolo, piuttosto che individuando una ipotetica (e di difficile determinazione) soglia della popolazione sopra la quale si possa ritenere in gioco la "salute collettiva".

---

[69] Come osservato, per esempio, da G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 256, e da R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 5397.

[70] V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 562.

Un pericolo per la salute della collettività è un pericolo che coinvolge la salute dell'intera popolazione dello Stato in quanto ha in sé una *potenza lesiva espansiva in grado di colpire la salute di una pluralità indeterminata di individui indistinti e generici*; tale potenza lesiva espansiva non è altro essenzialmente che la *capacità del pericolo per la salute di dirigersi verso chicchessia*, capacità che appare essere il contrassegno di un pericolo per la salute che possa essere considerato "pericolo per la salute della collettività".

Si potrebbe anche affermare (mutuando espressioni utilizzate dalla dottrina penalistica per connotare un pericolo idoneo a integrare un delitto contro l'incolumità pubblica) che un "pericolo per la salute della collettività" sia un pericolo «caratterizzato dalla dimensione di *potenzialità lesiva generalizzata e particolarmente intensa*, tale da mettere a repentaglio tutti i membri della collettività, o meglio un numero indeterminato di essi. […] Connotati essenziali di tale pericolo comune sono la sua potenzialità diffusiva […] nonché l'indeterminatezza delle potenziali vittime»[71].

La presenza della potenza lesiva espansiva in parola è il contrassegno di un pericolo per la salute che possa dirsi pericolo per la salute della collettività, anche ove *in un dato momento* il pericolo interessi solo un numero limitato (ma non del tutto irrilevante) di individui[72].

---

[71] S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IV, Torino, 2010, p. 4. Sui delitti contro l'incolumità pubblica (previsti dagli articoli 422-452 del codice penale), cfr. anche, in particolare: G. SAMMARCO, *Incolumità pubblica (reati contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, pp. 28 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 268 ss.; D. CARCANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, pp. 447 ss.; A. GARGANI, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 571 ss.

[72] In alcune sentenze relative alla custodia in carcere di soggetti affetti da Aids conclamata (o da grave deficienza immunitaria) la Corte costituzionale appare ritenere l'interesse della collettività alla salute riferibile anche a una "collettività settoriale" come la popolazione carceraria (lo osserva D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., p. 43, nota 18). Si tratta delle sentenze n. 438/1995 e n. 439/1995 (che peraltro modificavano l'orientamento espresso in precedenti sentenze come la n. 210/1994) ove la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità di due norme (rispettivamente l'art. 146, primo comma, numero 3, del codice penale e l'art. 286-bis, primo comma, del codice di procedura penale) nella parte in cui prevedevano il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena ed il divieto di custodia cautelare in carcere anche quando l'espiazione della pena e la misura cautelare non avessero determinato alcun pregiudizio per la salute del soggetto interessato e di quella degli altri detenuti. Occorre tuttavia osservare come in tali sentenze non fosse propriamente in gioco la sottoposizione dei malati di Aids a trattamenti sanitari obbligatori, quanto la possibilità per tali soggetti di fruire di

Gli individui verso i quali deve essere in grado di dirigersi il pericolo per la salute devono essere "indistinti e generici" (si potrebbe anche dire "indifferenziati, privi di individualità e fungibili"), e quindi non trovarsi in specifiche e particolari condizioni, anche e soprattutto in quanto tali individui devono essere rappresentativi della collettività nel suo complesso per potersi affermare di essere in presenza di un pericolo per la salute della collettività.

La dottrina costituzionalistica non ha in genere ritenuto necessario soffermarsi esplicitamente sul problema di stabilire di quanti e quali soggetti debba essere in pericolo la salute per potersi parlare di pericolo per la salute della collettività; fa eccezione Barbara Pezzini che, dopo aver osservato come l'autorità pubblica possa legittimamente «vincolare il soggetto ad un comportamento positivo (nei confronti della propria malattia) quando questa sia tale da *mettere in gioco la salute altrui*, al fine di evitare o circoscrivere la trasmissione della malattia (è il caso della regolamentazione delle malattie infettive o contagiose)», così continua: «Resta semmai da definire che cosa si debba intendere per "altri" che possono, dalla malattia del singolo, ricevere pregiudizio. Se si debba cioè far riferimento ad un numero indeterminato di persone (quindi soltanto alle ipotesi di infermità a carattere contagioso ed epidemico) oppure ricomprendere anche il caso in cui possono risultare lesi singoli individui (ipotesi di determinate malattie a carattere ereditario, la cui influenza sulla salute altrui resta circoscritta nell'ambito familiare, della generazione della prole). L'interpretazione più estesa, che potrebbe forse sembrare meglio rispondere alla *ratio* della norma, potrebbe infatti portare verso la legittimazione di interventi di sterilizzazione obbligatoria eugenetica la cui legittimità è esclusa; meglio allora limitarsi alla prima ipotesi, e indirizzare l'intervento nei confronti della seconda verso efficaci misure di educazione sanitaria e di prevenzione» e nell'«ipotesi pertanto in cui le condizioni del singolo non costituiscono un pericolo immediato per la collettività, non può riconoscersi l'esistenza di un vero e proprio dovere giuridico [a curare la propria salute]»[73].

Riguardo alla seconda domanda che ci si è posti, relativa a quali debbano essere l'intensità e le caratteristiche essenziali di un pericolo per la salute della collettività

un significativo vantaggio (differimento della pena e misura alternativa alla custodia cautelare in carcere); in ogni caso, a ben vedere, il contagio da Aids possiede comunque una potenza lesiva espansiva in grado di colpire la salute di un numero indeterminato di individui indistinti e generici: il pericolo per la salute è in grado di propagarsi dalla popolazione carceraria all'esterno verso soggetti generici e indeterminati (tenuto conto che i detenuti possono uscire dal carcere per i più svariati motivi, dai permessi premio al fine pena), e viceversa un individuo generico e indeterminato collocato in carcere vedrebbe posta a rischio la propria salute; a ciò si aggiunga come, oltretutto, il numero dei detenuti in una data struttura non possa ordinariamente considerarsi irrilevante.

[73] B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 63-64.

in grado di legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio, il fatto che in gioco vi siano diritti fondamentali, e segnatamente il diritto alla salute come diritto di libertà e quella libertà personale nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere di disporre del proprio corpo» (Corte cost., sentenza n. 471/1990), impone che un trattamento sanitario possa essere imposto solo in presenza di un pericolo per la salute dotato in particolare dell'intensità e delle caratteristiche di seguito indicate.

Il pericolo per la salute collettiva che può legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio:

I) *deve essere "rilevante"* sia nel senso che l'evento temuto deve avere un apprezzabile grado di possibilità di verificarsi, sia nel senso che il danno temuto deve essere significativo e non relativo a patologie che ordinariamente, in sé considerate, abbiano sulla salute conseguenze temporanee e/o di lieve entità[74];

II) *non deve essere volontariamente assunto* dai membri della collettività, se non altro in quanto in caso contrario il pericolo per la salute sarebbe facilmente evitabile semplicemente mediante la non assunzione del rischio da parte degli interessati, senza alcuna necessità di obbligare degli individui a trattamenti sanitari non richiesti e non voluti; peraltro, si osservi incidentalmente, uno spunto in tal senso si ritrova nella sentenza n. 218 del 1994 della Corte costituzionale ove la legittimità dell'obbligatorietà di un accertamento sanitario viene motivata con il «dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, *non volontariamente assunto*, di contagio»[75];

III) *non deve essere evitabile con misure alternative* all'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, in quanto in caso contrario lo Stato sarà tenuto a porre in essere le misure, diverse dai trattamenti sanitari obbligatori, in grado di evitare il pericolo per la salute collettiva senza il sacrificio della libertà dei cittadini[76].

---

[74] M. OLIVETTI, *Appunti per una mappa concettuale sul diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano*, in *Metodologia Didattica e Innovazione Clinica – Nuova Serie*, 2004, osserva come solo "gravi interessi della collettività" possano giustificare i trattamenti sanitari obbligatori. Che il danno temuto debba essere grave appare peraltro implicito nel significato stesso di "pericolo" come «circostanza o complesso di circostanze da cui si teme che possa derivare grave danno» (*Vocabolario Treccani on line*).

[75] Corsivo mio. La Corte costituzionale nella sentenza n. 218/1994 dichiarava l'illegittimità costituzionale di una norma (art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n. 135) nella parte in cui non prevedeva accertamenti sanitari obbligatori dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività lavorative che comportino rischi per la salute di terzi.

[76] Osservazioni nel senso che non vi debbano essere alternative all'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio per poter considerare legittima tale imposizione, sono

Al ricorrere contestuale di tali condizioni si può ritenere di essere in presenza di un pericolo per la salute collettiva in grado, in linea di principio, di legittimare l'imposizione da parte del legislatore di un trattamento sanitario obbligatorio, sempre ovviamente che il pericolo in parola sia anche dotato di quella "potenza lesiva espansiva" di cui si è detto pocanzi e che non riguardi un numero irrilevante di individui.

5. Sul significato di "rispetto della persona umana" (chiarimento)

Si tratta ora di tornare a soffermarci, per un breve chiarimento, sulla clausola del rispetto della persona umana di cui al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, clausola alla quale si è già accennato nel delineare le condizioni di legittimità costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie.

In relazione al significato da attribuire alla clausola in argomento, si deve osservare come si riscontrino in dottrina sostanzialmente due orientamenti, che peraltro non possono considerarsi antitetici, nel senso che uno non esclude necessariamente l'altro: un primo orientamento che concepisce la clausola in parola quale meccanismo teso a regolare gli elementi che comporranno il rapporto tra paziente e medico; un secondo orientamento che intende la clausola del rispetto della persona umana come un compendio di tutti i diritti di libertà che la Costituzione riconosce al singolo[77].

presenti in D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2471; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., p. 203; C. TRIPODINA, *Art. 32*, cit., p. 331.

[77] Cfr. B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., p. 56; Id., *Art. 32*, cit., p. 222; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, cit., p. 667. Per completezza, pare opportuno ricordare l'esistenza di una dottrina del tutto minoritaria che ha inteso la clausola del rispetto della persona umana di cui al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione come un limite, ancor prima che per il legislatore, alla libera determinazione del singolo; in altre parole, il rispetto della persona umana costituirebbe, per tale dottrina minoritaria, un limite alla libertà del singolo in grado di fondare un dovere di curarsi nel proprio esclusivo interesse, se non altro ove il rifiuto delle cure comporti la morte o gravi menomazioni dell'integrità fisica (in tal senso E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Novissimo digesto italiano*, XX, Utet, Torino, 1975, p. 1007; M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977, pp. 412 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, pp. 83 ss.). Si tratta di un'impostazione che appare ribaltare completamente gli esatti termini del problema, ponendo in essere un processo ermeneutico che rovescia il disposto costituzionale riferendo al singolo individuo il limite che la lettera della norma riferisce al legislatore, disarticolando in tal modo le stesse due proposizioni del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione. Contro tale impostazione, cfr. G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, cit., pp. 251 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto*

Per il primo orientamento la formula del rispetto della persona umana rappresenta una classica clausola generale, che fa riferimento ai diversi elementi che compongono la relazione medico-paziente, alle modalità di attuazione del trattamento sanitario, alla riservatezza dei dati sanitari, ossia più in generale alle concrete circostanze rilevanti nell'esecuzione del trattamento sanitario; così, per esempio, il rispetto della persona umana implica che nel corso del trattamento debbano essere rispettate, per quanto possibile, le scelte e le esigenze espresse dalla persona, assicurati i suoi rapporti con l'esterno, rispettato il senso del pudore, protetta la riservatezza sullo stato di salute[78].

Per il secondo orientamento la clausola del rispetto della persona umana richiama e riassume i diritti di libertà riconosciuti al singolo dalla Costituzione ed è tesa a impedire che la legge possa violare tali diritti nell'imposizione di trattamenti sanitari, in particolare per ciò che riguarda la libertà religiosa e quella di pensiero[79].

Nell'ambito di tale secondo orientamento è di particolare interesse richiamare la posizione che in un saggio del 1982 veniva espressa da Franco Modugno: per l'insigne giurista il rispetto della persona umana costituisce una limitazione specifica alla legislazione i cui parametri devono essere individuati con riferimento a quei settori o schemi di valori che la Costituzione prevede e garantisce, e «innanzitutto, la "dignità", di cui all'art. 3 Cost., la quale a sua volta si concretizza e si specifica in tutta la serie di situazioni soggettive che la nostra Costituzione chiama "diritti inviolabili dell'uomo…come singolo" (art. 2) e, quindi, tra di essi, anche storicamente antonomastica e preminente, la libertà di coscienza o religiosa (art. 19), di cui la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21) è la versione laica. Il rispetto della persona umana si sostanzia dunque nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, più di ogni altro valore […] rappresentano il patrimonio più geloso ed autentico del singolo e il contenuto della sua dignità»[80].

---

costituzionale alla salute, cit., pp. 780 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, cit., pp. 546 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., pp. 2466 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, *Delle persone fisiche*, Bologna Roma, pp. 341 ss.

[78] Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, pp. 8 ss; L. BRUSCUGLIA, *Commentario alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979, p. 186; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., pp. 203 ss.

[79] Cfr. R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, cit., pp. 548-549; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 562; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., pp. 313 ss.

[80] F. MODUGNO, *ult. op. cit.*, p. 314. Cfr. anche G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 280 ss. (nota a Tribunale di

Interessante osservare come molti anni dopo, nel 2007, nella fondamentale sentenza sul caso Englaro, la Cassazione avrebbe affermato: «La nostra Costituzione […] guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive» (Cassazione civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748).

Si può poi ricordare come i Costituenti in un primo momento avessero espresso il limite invalicabile da porre alla legge che impone un trattamento sanitario attraverso il riferimento alla dignità umana, giungendo solo in un secondo tempo e in via definitiva alla scelta della formula del rispetto della persona umana contenuta nel secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, che è formula più diretta, meno equivoca e più incisiva di quella originariamente prevista dal progetto di Costituzione[81].

Come osserva Stefano Rodotà, riferendosi a tale scelta del Costituente, «si ritenne, evidentemente, che parlare di dignità, oltre ad essere un richiamo da qualcuno ritenuto "generico", evocasse solo uno degli attribuiti della persona e si volle, invece, che il rispetto fosse dovuto appunto alla persona nella sua integralità»[82].

Il fatto che la clausola del rispetto della persona possa considerarsi rinviare al rispetto della persona nella sua integralità, implica che tale rispetto sia dovuto alla persona complessivamente considerata, e quindi alla persona in quanto corporeità, ma anche alla persona in quanto portatrice di una propria visione del mondo, una visione del mondo che è costitutiva dell'essere persona: e ciò a me pare rafforzi l'interpretazione della clausola in parola offerta da Modugno e pocanzi richiamata.

Modena, 5 novembre 2008); G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, pp. 1776 ss.; F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e "progetto di vita"*, in www.astrid-online, 2009, pp. 9-10.

[81] In tal senso M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., p. 10. Nel secondo comma dell'articolo 26 del progetto di Costituzione presentato all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 si ritrova il riferimento alla dignità umana: «Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana», riferimento che tuttavia non avrebbe poi trovato collocazione nel corrispondente articolo del testo definitivo della Costituzione, ove infatti, all'articolo 32, il riferimento è al rispetto della persona umana.

[82] S. RODOTÀ, *Il nuovo* habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Milano, 2010, p. 177.

6. Vaccinazioni obbligatorie e pericolo per la salute collettiva

In via del tutto preliminare, discutendo di pericolo per la salute collettiva e di vaccinazioni obbligatorie, pare opportuno collocare sullo sfondo una considerazione che ridimensioni alla radice quanto affermato in ambito governativo, e poi sovente rilanciato in altri contesti, circa il *rationale* del decreto vaccini; così, per esempio, in una circolare del ministero della Salute, recante le prime indicazioni operative per l'attuazione della legge n. 119 del 2017, si legge testualmente «Il razionale del provvedimento è di rendere obbligatorie le vaccinazioni nei confronti di malattie ad elevata contagiosità e a rischio epidemico, al fine di raggiungere e mantenere la soglia di copertura vaccinale del 95 percento come raccomandato dall'OMS per garantire la c.d. "immunità di gregge"» (Circolare ministero della Salute, n. 25233, 16 agosto 2017)[83].

In realtà, autorevoli esperti in epidemiologia e in farmacologia, in un articolo pubblicato sulla *Rivista italiana di medicina legale*, rivista notoriamente attenta al contenuto scientifico dei propri articoli, hanno evidenziato come quanto sostenuto dal ministero della Salute circa il *rationale* del decreto vaccini non sia corretto, in quanto una attenta valutazione conduce ad affermare che «l'andamento delle coperture vaccinali e l'elevata contagiosità delle malattie supportano il razionale dell'obbligatorietà per il vaccino contro morbillo e pertosse», ma non per le altre malattie il cui vaccino è stato reso obbligatorio[84].

Al fine di giustificare l'introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio, e segnatamente di vaccinazioni obbligatorie mediante il modello impositivo che caratterizza la legge n. 119 del 2017, è necessario si sia in presenza di un "pericolo per la salute della collettività" nel senso in precedenza indicato.

Si tratta allora di comprendere se l'omissione delle vaccinazioni obbligatorie possa rappresentare un pericolo per la salute della collettività tale da giustificare il modello impositivo adottato dalla legge n. 119 del 2017, si tratta in altre parole di

[83] La circolare è reperibile sul sito internet del ministero della Salute, al seguente link (selezionando l'annualità 2017): http://www.salute.gov.it/portale/vaccinazioni/archivioNormativaVaccinazioni.jsp [ultimo accesso 22 aprile 2020].

[84] Cfr. A. CLAVENNA, T. JEFFERSON, M. BONATI, *Epidemiologia delle malattie infettive e obbligatorietà vaccinale in Italia*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, pp. 259 ss. Per gli autori dell'articolo il tetano e l'epatite B non sono malattie a rischio epidemico, mentre per difterite, poliomielite, parotite e rosolia la soglia dell'immunità di comunità si può ottenere con una copertura vaccinale inferiore al 95 percento e al riguardo, nonostante il calo delle coperture registrato in Italia, non vi erano particolari rischi prima dell'adozione del decreto vaccini; inoltre la vaccinazione contro l'*haemophilus influenzae di* tipo B è stata estesa a fasce di età difficilmente colpite dalla malattia (come i bambini di età superiore ai cinque anni).

porsi la seguente domanda: un soggetto non vaccinato rappresenta un pericolo per la salute della collettività?

Per rispondere a tale domanda si deve preliminarmente precisare, con riferimento all'ambito medico e sulla base della scienza medica, cosa si intenda per vaccino e quale sia la finalità della sua somministrazione; e per farlo, nel modo più semplice possibile, si può utilizzare un'autorevole enciclopedia medica e altresì un diffuso dizionario medico, fermo restando che le medesime indicazioni le si possa trovare, per esempio, nei manuali di medicina, nelle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) piuttosto che in quelle del *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) statunitense[85].

La *Gale Encyclopedia of Medicine* (2015) fornisce la seguente sintetica definizione di "vaccinazione": «*Vaccination is the injection of a weakened or dead microbe in a person to stimulate the immune system against the microbe and prevent disease*»; e indica come finalità delle vaccinazioni il fatto che «*vaccinated individuals become immune to the disease that the organisms normally cause*»[86].

Il *Black's Medical Dictionary* (2005) definisce in tal modo il termine "vaccino": «*The name [vaccine] applied generally to dead or attenuated living infectious material introduced into the body, with the object of increasing its power to resist or to get rid of a disease*», e precisa: «*Healthy people are inoculated with vaccine as a protection against a particular disease; this produces antibodies which will confer immunity against a subsequent attack of the disease*»[87].

[85] Cfr., a titolo del tutto esemplificativo, N. AJJAN, *La vaccination. Manuel pratique de tous les vaccins*, Issy-les-Moulineaux, 2009; B.L. BARTLETT, A.J. PELLICANE, S.K. TYRING, *Vaccine immunology*, in *Dermatologic Therapy*, 2009, pp. 104 ss.; R.L. COFFMAN, A. SHER, R.A. SEDER, *Vaccine Adjuvants: Putting Innate Immunity to Work*, in *Immunity*, 2010, pp. 492 ss.; M. MOSER, O. LEO, *Key concepts in immunology*, in *Vaccine*, 2010, p. c2 ss.; F. ZEPP, *Principles of vaccine design - Lessons from nature*, in *Vaccine*, 2010, pp. c14 ss. Si possono inoltre vedere le pagine dedicate al topic *Vaccines and Immunizations* sul sito del CDC statunitense (al seguente indirizzo Internet: https://www.cdc.gov/vaccines/index.html [ultimo accesso 22 aprile 2020]) oppure sul sito dell'OMS (al seguente indirizzo internet: http://www.euro.who.int/en/health-topics/disease-prevention/vaccines-and-immunization [ultimo accesso 22 aprile 2020]); ma anche il portale dedicato alle vaccinazioni a cura dell'Istituto superiore di sanità (ISS) italiano (al seguente indirizzo Internet: https://www.epicentro.iss.it/vaccini [ultimo accesso 22 aprile 2020]).

[86] L.I. LUTWICK, *Vaccination*, in J.L. LONGE (ed.), *The Gale Encyclopedia of Medicine, Fifth Edition*, vol. 8, Farmington Hills, 2015, pp. 5257 e 5259.

[87] H. MARCOVITCH (ed.), *Black's Medical Dictionary*, *41st edition*, London, 2005, p. 752.

I vaccini sono dei preparati, contenenti virus o batteri morti (inattivi) o indeboliti (o parti di essi)[88], che quando vengono somministrati a un soggetto determinano la risposta del suo sistema immunitario che produce delle proteine chiamate anticorpi; in tal modo se e quando il soggetto vaccinato dovesse poi essere esposto a virus e batteri vivi del medesimo tipo contenuti nel vaccino al quale si è sottoposto, i suoi anticorpi distruggeranno tali organismi impedendo che il soggetto sviluppi la relativa malattia.

Il processo attraverso il quale il vaccino genera in un soggetto l'immunità (*immunity*) a una determinata malattia, "immunità" che è la capacità del corpo di una persona di proteggersi da malattie infettive, viene indicato nella letteratura medica con il termine "immunizzazione" (*immunization*).

L'immunità può essere acquisita da un individuo mediante la malattia naturale oppure mediante vaccinazione, in entrambi i casi l'individuo beneficerà della protezione dalla malattia infettiva (alla quale è stato esposto naturalmente o tramite vaccino) prodotta dal suo sistema immunitario.

Anche sul piano storico, ma non solo, l'utilità e il successo delle vaccinazioni dipendono proprio dalla loro capacità di rendere un individuo immune e, per usare le parole del *Department of Health* inglese, «*the primary aim of vaccination is to protect the individual who receives the vaccine*»[89].

Se le vaccinazioni sono efficaci, in generale un individuo non vaccinato non può ritenersi *ipso facto* costituire un *rilevante* ed *effettivo* pericolo per la salute della collettività per la semplice ed evidente ragione che gli altri individui, se si vaccinano, sono protetti e immuni, tenuto conto che la principale finalità della vaccinazione è proprio quella di fornire una protezione all'individuo che riceve il vaccino.

In altre parole, una volta vaccinati contro una determinata malattia infettiva prevenibile con un vaccino, gli individui sono ordinariamente immuni e protetti rispetto a quella malattia, ragion per cui un individuo non vaccinato per quella determinata malattia non potrà costituire alcun rilevante ed effettivo pericolo per la salute di tali individui.

Ciò non significa affermare che le vaccinazioni siano sempre e comunque efficaci, tanto più che anche l'Organizzazione mondiale della sanità riconosce che «*despite their success in preventing disease, vaccines rarely protect 100% of the*

[88] Si osservi, sia pur incidentalmente, che, accanto ai vaccini classici, esistono anche dei particolari tipi di vaccino costituiti da proteine ottenute con tecniche di ingegneria genetica.

[89] DEPARTMENT OF HEALTH, Joint Committee On Vaccination And Immunisation, *Immunisation against infectious disease*, London, 2006, p. 4.

recipients»[90], ma significa prendere atto della finalità e dell'efficacia dei vaccini per come riconosciute nella letteratura medica.

Peraltro i dati ufficiali relativi alle coperture vaccinali in Italia per le quattro vaccinazioni obbligatorie dal 2000 al 2016 (anno precedente il decreto vaccini) indicano chiaramente come la quasi totalità della popolazione abbia optato a favore della somministrazione dei vaccini, per quanto nell'arco temporale considerato si sia registrata, come si osservava in apertura dell'articolo, una attenuazione di diritto e di fatto dell'obbligo vaccinale[91]; così, per fare un esempio ripreso dal Piano nazionale vaccini 2017-2019, tra il 2012 e il 2015 la copertura media per le vaccinazioni obbligatorie è stata pari al 96,1 percento (2012), 95,7 percento (2013), 94,7 percento (2014) e 93,4 percento (2015), ove il dato si riferisce precisamente a tutti i vaccini inclusi nell'esavalente (quindi i quattro obbligatori contro poliomielite, tetano, difterite, epatite B e i vaccini contro pertosse e *Haemophilus influenzae* tipo b)[92].

In generale, e in particolare nel quadro epidemiologico italiano, non si può sostenere che un individuo non vaccinato costituisca propriamente un rilevante e reale un pericolo per la salute collettiva, salvo misconoscere il valore e l'efficacia dei vaccini.

Si osservi come tale affermazione, ossia che un individuo non vaccinato non possa costituire propriamente un rilevante ed effettivo pericolo per la salute collettiva, sia sicuramente influenzata dalle coperture vaccinali, nel senso che è tanto più corrispondente alla realtà quanto più elevate siano dette coperture, ma come in astratto la sua validità non dipenda dalle coperture, bensì dall'efficacia delle vaccinazioni: se le vaccinazioni non fossero ordinariamente efficaci, allora l'affermazione in parola non sarebbe in alcun modo valida.

Anche nell'ipotetico caso in cui un individuo vaccinato contro la malattia "x" decida di recarsi in un immaginario paese in cui tutta la popolazione non sia vaccinata contro la malattia "x" e in cui tale malattia sia endemica, si deve ritenere che *ordinariamente* il nostro viaggiatore vaccinato non correrà un rilevante ed

[90] WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Vaccine-preventable diseases and vaccines*, in *WHO International Travel and Health* (2010), p. 91 (disponibile al seguente link: https://www.who.int/ith/ITH-Chapter6.pdf [ultimo accesso 16 aprile 2020]).

[91] I dati delle coperture vaccinali (coperture entro i 24 mesi di età) sono disponibili, a cura dell'Istituto superiore di sanità, al seguente indirizzo Internet: https://www.epicentro.iss.it/vaccini/dati_Ita [ultimo accesso 16 aprile 2020].

[92] MINISTERO DELLA SALUTE, *Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2017-2019* (2017), p. 27 (disponibile al seguente link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2571_allegato.pdf [ultimo accesso 16 aprile 2020])

effettivo pericolo per la sua salute (rispetto alla malattia "x") durante il soggiorno in tale immaginario paese.

In ogni caso, si deve anche ribadire come il fatto che nella realtà la quasi totalità degli italiani scelga di vaccinare i nuovi nati rafforzi l'idea che un individuo non vaccinato non possa costituire un particolare pericolo per la salute della collettività[93].

Se per questa via si mostra un *depotenziamento* di quel pericolo per la salute della collettività che la scelta di non vaccinarsi dovrebbe determinare per giustificare un modello impositivo di vaccinazioni obbligatorie, vi è tuttavia anche un altro aspetto da considerare, relativo all'insieme dei soggetti non vaccinati e al pericolo che tali soggetti potrebbero correre a causa di un determinato individuo non vaccinato.

Lasciando da parte i soggetti che liberamente optano per non vaccinarsi (assumendo volontariamente il relativo rischio di contrarre una malattia prevenibile con il vaccino), in questa sede si prenderanno in considerazione come "soggetti non vaccinati" esclusivamente i soggetti che non possono vaccinarsi, con particolare riferimento agli "immunodepressi" (soggetti con un deficit funzionale dei meccanismi immunitari e la conseguente minor resistenza organica ai patogeni, in particolare infettivi), anche in considerazione del fatto che i discorsi di soggetti istituzionali, di studiosi di varie discipline, di giornalisti, di semplici cittadini, ecc. in materia di vaccinazioni obbligatorie, che sono seguiti all'approvazione del decreto vaccini, appaiono aver fatto particolare riferimento proprio agli immunodepressi per giustificare il modello impositivo del decreto in parola.

Nell'ambito di tali discorsi, lo schema di ragionamento utilizzato è stato del tipo: il fine di tutelare la salute degli immunodepressi impone il dovere (di natura etica, sociale o anche giuridica) di vaccinarsi, pertanto il modello impositivo del decreto vaccini è giustificato (e in particolare la prevista sanzione indiretta, ossia l'esclusione da asili nido e scuole dell'infanzia dei soggetti non vaccinati).

Uno schema di ragionamento ampiamente diffuso in atti ufficiali e non, come, a mero titolo esemplificativo, la documentazione governativa e del parlamento che ha accompagnato l'iter del decreto legge n. 73 del 2017, un parere del Consiglio di Stato, materiali informativi redatti dalle aziende sanitarie locali o anche pagine dei

[93] Neppure è mancato chi pubblicamente abbia osservato che «siccome l'Italia è un paese con una buona copertura vaccinale (mediamente il 90 percento) è difficile che un caso sporadico abbia conseguenze sugli altri» (I. CAVICCHI, *Decreto vaccini, un'operazione politica e antisociale*, in *Il Fatto Quotidiano*, 7 giugno 2017, disponibile al seguente link https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/06/07/decreto-vaccini-unoperazione-politica-e-antisociale/3642413 [ultimo accesso 22 aprile 2020]); e in senso analogo M. MONTANARI, L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Famiglia e Diritto*, 2018, pp. 177 ss.

siti internet di associazioni di privati cittadini sostenitori delle vaccinazioni obbligatorie[94]; si osservi peraltro come una particolare variante del ragionamento in parola sia anche apparsa in dottrina, ove non è mancato chi abbia collegato il principio costituzionale di solidarietà al dovere di vaccinarsi, e sulla qual cosa si tornerà a breve.

Così nella *Relazione illustrativa* al decreto legge n. 73 del 2017, a sostegno del provvedimento, si legge come il *trend* in diminuzione del ricorso alle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate «ha determinato una copertura vaccinale al di sotto del 95 percento, soglia raccomandata dall'OMS per la c.d. "immunità di gregge", *per proteggere, cioè, indirettamente anche coloro che, per motivi di salute, non possono vaccinarsi*»[95].

[94] Così, a titolo esemplificativo, l'Agenzia regionale di sanità della Toscana afferma: «Perché è importante vaccinarsi? Per proteggere noi stessi e chi ci sta vicino. Proteggere se stessi da malattie serie è un diritto, mentre è un dovere sociale proteggere i più deboli e indifesi (che a volte non possono essere vaccinati perché malati), risultato che si può ottenere solo raggiungendo gli obiettivi di copertura vaccinale, ovvero se si vaccinano tutti coloro a cui è offerta la vaccinazione» (al link https://www.ars.toscana.it/images/pubblicazioni/infografiche/2019/Infografica_Vaccinazioni3a_definitiva_copia.pdf [ultimo accesso 22 aprile 2020]); e similmente per una azienda sanitaria locale del Veneto: «La scelta di non vaccinare il tuo bambino o di rinviare la vaccinazione significa esporre tuo figlio al rischio di ammalarsi. Tuttavia è importante ricordare che le vaccinazioni non proteggono soltanto il tuo bambino ma agiscono indirettamente anche su quei bambini che, per particolari problemi immunitari non possono essere vaccinati» (al link https://www.genitoripiu.it/pagine/fare-tutte-le-vaccinazioni-consigliate [ultimo accesso 22 aprile 2020]). Per il Consiglio di Stato, in un parere fornito su richiesta del presidente della regione Veneto «risulta infatti evidente - sulla base delle acquisizioni della migliore scienza medica e delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali - che soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e che solo la vaccinazione permetta di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell'obiettivo dell'"immunità di gregge", la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi» (Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 26 settembre 2017, n. 2065).

[95] Corsivo mio. La *Relazione illustrativa* si può reperire al seguente link: https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/D.-L.-73-2017-disposizioni-urgenti-in-materia-di-prevenzione-vaccinale [ultimo accesso 22 aprile 2020]. Ma si veda anche, in senso analogo, il *Dossier n. 294 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale,* a cura del Servizio studi della Camera dei deputati, per i lavori preparatori della legge di conversione del decreto legge n. 73/2017 disponibile al seguente link: https://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/cost294.Pdf [ultimo accesso 22 aprile 2020].

Si aggiunga che alla base di tale schema di ragionamento vi è la c.d. "immunità di gregge", che infatti è sovente esplicitamente richiamata nei discorsi che adottano lo schema in parola per sostenere il modello impositivo del decreto vaccini: è pertanto opportuno chiarire di cosa si tratti.

L'immunità di gregge ("*herd immunity*", "*population immunity*" o "*community immunity*"), può sinteticamente essere definita come segue: «*Disease protection for non-immune or unvaccinated individuals that is conferred by the prevailing immunity within a population due to widespread vaccination coverage*»[96].

Si tratta di una forma di immunità che riguarda tutti i componenti di una popolazione (vaccinati e non vaccinati), purché tale popolazione abbia raggiunto (e mantenuto) un determinato livello di copertura vaccinale; in tal modo anche i soggetti che non sono protetti direttamente dal vaccino (in quanto non vaccinati, per esempio per ragioni mediche) sarebbero protetti dall'immunità di gregge in quanto circondati da soggetti che hanno minore probabilità di trasmettere la malattia per la quale sono vaccinati[97].

L'insieme dei non vaccinati, come mostrano i dati ufficiali sulle coperture vaccinali in Italia, è un insieme quantitativamente assai ristretto della popolazione, se poi da tale gruppo escludiamo i soggetti che scelgono di non vaccinarsi pur potendolo fare, restano solo i soggetti che non possono vaccinarsi, tra i quali gli immunodepressi o, meglio, quella parte di immunodepressi che non può vaccinarsi, considerato che l'idea che tutti gli immunodepressi non possano di principio vaccinarsi, per quanto possa essere diffusa, non corrisponde alle acquisizioni della scienza medica[98]; tra i soggetti non vaccinati è corretto

[96] C.L.A. JONES, R.J. FREY, *Infection control*, in J.L. LONGE (ed.), *The Gale Encyclopedia of Medicine, Fifth Edition*, vol. 4, Gale, Farmington Hills, 2015, p. 5249.

[97] Cfr. P.E.M. FINE, *Herd immunity: history, theory, practice*, in *Epidemiologic Reviews*, 1993, pp. 265 ss.; P.E.M. FINE, K. EAMES, D.L. HEYMANN, *"Herd immunity": a rough guide*, in *Clinical Infectious Diseases*, 2011, pp. 911.; P.E.M. FINE, K. MULHOLLAND, J.A. SCOTT, W.J. EDMUNDS, *Community Protection*, in S.A. PLOTKIN, W.A. ORENSTEIN, P.A. OFFIT, K.M. EDWARDS (eds.), *Plotkin's Vaccines, 7th Edition*, Philadelphia, 2018, pp. 1512 ss.

[98] Così all'interno delle due grandi categorie di immunodeficienza, ossia la categoria delle *immunodeficienze primitive* (sono quelle determinate da alterazione geniche, ereditarie e non) e la categoria delle *immunodeficienze acquisite* (sono quelle determinate da fattori come malattie, infezioni virali, condizioni ambientali, terapie), vi sono diversi tipi di immunodeficienza per i quali alcune vaccinazioni (come quella per morbillo, parotite e rosolia a virus vivi attenuati) sono addirittura raccomandate e comunque, in generale e a rigore, la decisione di non vaccinare un soggetto immunodepresso deve essere preceduta da una valutazione medica che valuterà lo specifico caso. Cfr. B. MARTIRE, C. AZZARI, R. BADOLATO *et al.*, *Vaccination in immunocompromised host: Recommendations of Italian Primary Immunodeficiency Network Centers (IPINET)*, in *Vaccine*, 2018, pp. 3541 ss.

concentrarsi sugli immunodepressi, come invero ha anche fatto il dibattito pubblico, in quanto categoria di persone che può sovente frequentare delle comunità come quelle scolastiche in cui il pericolo di contrarre una malattia prevenibile con il vaccino può potenzialmente sussistere.

Nel caso in argomento, ossia del pericolo che l'omissione della vaccinazione da parte di un individuo potrebbe determinare per la salute dei soggetti che non possono vaccinarsi, e in particolare degli immunodepressi, non si può affermare di essere *propriamente* di fronte a un pericolo per la salute della collettività nel senso indicato nel precedente paragrafo.

Anche ammesso in ipotesi che un soggetto non vaccinato possa costituire un pericolo per la salute di soggetti che non possono vaccinarsi, ossia per la salute di determinati soggetti in specifiche e particolari condizioni (per esempio perché affetti da una patologia), non si sarebbe comunque *propriamente* in presenza di un pericolo per la salute collettiva in grado di legittimare un modello impositivo in materia di vaccinazioni, se non altro in quanto è qui del tutto assente quel carattere *sovra-individuale* che deve invece caratterizzare un pericolo per la salute che possa considerarsi dotato di una reale dimensione collettiva; se il pericolo per la salute riguarda *esclusivamente* degli individui affetti da una determinata patologia, tale pericolo non solo rimane *ipso facto* circoscritto a tali individui, ma rappresenta anche un pericolo privo di potenzialità lesiva generalizzata in quanto non in grado di determinare un pregiudizio per la salute di chicchessia, ma appunto solo per gli individui affetti dalla determinata patologia.

Resta inteso come la salute dei soggetti che non possono vaccinarsi per ragioni mediche debba sempre essere tutelata al massimo grado, per esempio attraverso l'erogazione delle necessarie prestazioni sanitarie e l'adozione delle opportune misure atte a ridurre al minimo i pericoli per la loro salute, in conformità con il diritto alla salute riconosciuto dal nostro ordinamento costituzionale; non che lo strumento delle vaccinazioni obbligatorie sia in linea di principio escluso dalle misure in parola, ma dovrebbe eventualmente trattarsi di vaccinazioni obbligatorie

---

Baldassarre Martire, primo autore del citato articolo, in un'intervista rilasciata all'agenzia di stampa Adnkronos, nell'illustrare sinteticamente i risultati della ricerca condotta, ha chiarito come tra soggetti immunodepressi «si va dai pazienti con difetti minori della produzione di anticorpi, nei quali il calendario vaccinale può essere espletato senza alcuna controindicazione, a malati colpiti da immunodeficienze combinate (difetti non solo ai linfociti B, ma anche ai T), per i quali salvo un paio di eccezioni le vaccinazioni sono assolutamente controindicate. In mezzo ai due estremi ci sono casi su cui ragionare in base al tipo di vaccino e alla valutazione rischio-beneficio, come nei pazienti con difetti dell'immunità innata o con immunodeficienze secondarie» (articolo disponibile al seguente link https://www.adnkronos.com/salute/medicina/2018/10/02/vaccini-non-sempre-tabu-per-gli-immunodepressi_R6O3gy4IJh6hawip939d7J.html [ultimo accesso 22 aprile 2020]).

di carattere speciale, rivolte per esempio alle persone che più direttamente si prendono cura delle persone che non possono vaccinarsi, e non di vaccinazioni obbligatorie di carattere generale.

Anche per la frequenza scolastica dei minori immunodepressi (almeno per quella parte di essi che non può essere vaccinata) è possibile immaginare una serie di soluzioni organizzative e tecniche, differenziate in funzione delle fasce di età dei soggetti coinvolti, che permettano a tali minori di frequentare l'istituzione scolastica senza correre particolari rischi, pur nella consapevolezza che le scuole non saranno mai "ambienti sterili" e del fatto che vi circolino numerosi virus e batteri, alcuni dei quali in grado di determinare malattie (per le quali non esiste vaccino) non più lievi, per esempio, di rosolia e varicella[99]; su tale linea si è anche mossa la legge n. 119 del 2017 che prevede all'articolo 4 che i soggetti non vaccinati per motivi di salute «sono inseriti, di norma, in classi nelle quali sono presenti solo minori vaccinati o immunizzati»; ma andando oltre tale previsione, in assenza di alternative e solo per la scuola dell'infanzia[100], si potrebbe forse immaginare di istituire sul territorio una ristretta rete di scuole riservata esclusivamente (fatta eccezione per i minori immunodepressi) a soggetti vaccinati (eventualmente anche per le vaccinazioni solo raccomandate), compreso il personale scolastico nella sua interezza e chiunque acceda alla struttura per qualsiasi motivo, al fine di rendere maggiormente sicura la frequenza dei soggetti immunodepressi.

Lo schema di ragionamento al quale si è fatto pocanzi cenno può assumere in ambito giuridico la seguente forma: il dovere *giuridico* di vaccinarsi è fondato e giustificato (anche) dalla finalità di tutelare la salute degli immunodepressi.

Da un punto di vista costituzionale tale schema di ragionamento potrebbe essere valido in due ipotesi: i) se un pericolo per la salute privo di una reale dimensione collettiva fosse in grado di legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio; e/o ii) se il principio costituzionale di solidarietà di per sé considerato fosse in grado di legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio.

Sulla prima ipotesi ci si è già soffermati in precedenza, mostrando come solo un pericolo per la salute dotato di una reale dimensione collettiva possa giustificare l'imposizione a opera della legge di un trattamento sanitario obbligatorio; si tratta

[99] Sulla circolazione di virus e batteri nelle scuole, cfr. A. DONZELLI, P. BELLAVITE, *Bimbi immunodepressi e compagni di scuola non vaccinati: quanto è grande il problema?* in *Epidemiologia & Prevenzione*, 2019, pp. 194 ss.

[100] Nelle scuole dell'infanzia sono più frequenti e scarsamente controllabili i contatti fisici tra bambini, inoltre più difficilmente si riesce a far rispettare loro le norme igieniche (come lavarsi le mani o non portare alla bocca oggetti), ragion per cui in tale tipo di scuola possono ritenersi tendenzialmente maggiori le possibilità di eventuali contagi (anche di patologie non gravi) rispetto ad altri ordini di scuola.

ora di prendere in considerazione anche la seconda ipotesi, quella relativa al principio costituzionale di solidarietà e al suo rapporto con i trattamenti sanitari obbligatori, vaccinazioni comprese.

Nella più recente dottrina che si è occupata della legge n. 119 del 2017 è apparsa peraltro l'idea che dal principio costituzionale di solidarietà possano farsi discendere dei doveri giuridici nell'ambito della salute; così, a titolo esemplificativo, in un recentissimo e peraltro interessante contributo, proprio in riferimento alle vaccinazioni obbligatorie (in quanto trattamento sanitario obbligatorio), si è sostenuto che rilevi «il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) che giustifica l'imposizione di doveri individuali»[101].

Diversamente, si ritiene in questa sede che un pericolo per la salute che non abbia una reale ed effettiva dimensione collettiva (in quanto pericolo per un determinato gruppo di individui in determinate condizioni) o anche il principio costituzionale di solidarietà in sé considerato (in assenza di un pericolo per la salute collettiva) non siano in grado di rendere costituzionalmente legittimo un trattamento sanitario obbligatorio.

E ciò non solo in quanto occorre ribadire, con Franco Modugno, che «le sole limitazioni costituzionalmente consentite [al diritto alla salute dell'individuo] sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell'esercizio di quel diritto individuale [alla salute]»[102], ma anche in quanto, ammettere il contrario, condurrebbe a conseguenze gravi e costituzionalmente inaccettabili, aprendo una breccia nel nostro ordinamento in grado di dissolvere il diritto alla salute come diritto di libertà e di legittimare pervasive e pesanti ingerenze dell'autorità nella sfera della salute e dell'integrità psicofisica degli individui.

Così, ammettere che, in nome del pericolo per la salute di un determinato gruppo di soggetti affetti da una qualche patologia o anche in nome del principio

[101] N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Diritto pubblico*, 2018, p. 183. Ma vedi anche L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in www.forumcostituzionale.it, 2018, che discute di «prevalenza della salute collettiva su quella individuale, quale adempimento del dovere inderogabile di solidarietà sociale» (p. 1) e fa riferimento a una «nozione di solidarietà sociale da assumere a principio regolatore della coesistenza pacifica e ragionata dei diritti e doveri dei cittadini»; o anche V. TAMBURRINI, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Ianus. Diritto e finanza*, 2018, pp. 35-36, ove, in riferimento al caso dei trattamenti sanitari obbligatori e in particolare alle vaccinazioni obbligatorie, si afferma che «la solidarietà viene dunque a rilevare nella sua accezione orizzontale, consentendo di giustificare l'imposizione di limiti al godimento dei diritti».

[102] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., p. 311.

costituzionale di solidarietà nei confronti di tali soggetti, si possa obbligare un individuo sano a sottoporsi a un trattamento sanitario, aprirebbe a inquietanti prospettive, come la possibilità di rendere obbligatoria la partecipazione a trial clinici organizzati da industrie farmaceutiche al fine di sperimentare farmaci per quella o questa malattia (proposta che qualcuno è anche arrivato ad avanzare negli Stati Uniti[103]), o anche come la possibilità di rendere obbligatoria la cessione di organi, per esempio di un rene, tra viventi in nome del dovere di solidarietà nei confronti dei soggetti che corrono un pericolo per salute in assenza di trapianto, tanto più che, si potrebbe sostenere, l'espianto di un organo come il rene non danneggerebbe la salute dell'espiantato che anzi in breve tempo, dopo l'espianto, potrebbe tornare a vivere normalmente e in piena salute (da notare che in Italia è da tempo ammessa la donazione tra viventi di un rene, e anche di una porzione di fegato, polmone, pancreas, intestino, e viene garantita la tutela della salute del donatore[104]).

Riguardo al principio costituzionale di solidarietà, occorre precisare come tale principio giochi sicuramente un ruolo in materia di vaccinazioni obbligatorie, ma come sia da respingere qualsiasi tentativo, esplicito o implicito, di far discendere dal principio di solidarietà (di per sé considerato) dei doveri giuridici nell'ambito della salute e segnatamente il dovere di sottoporsi a trattamenti sanitari in nome della solidarietà.

La Corte costituzionale ha riconosciuto una funzione al principio di solidarietà in materia di vaccinazioni obbligatorie, ma tale funzione è relativa al riconoscimento di un equo ristoro al soggetto che sia danneggiato da una vaccinazione; in altre parole, per la Corte il dovere inderogabile di solidarietà produce nella materia in parola un *effetto giuridico* consistente nel riconoscimento a favore del danneggiato da vaccino del *diritto all'equo ristoro del danno patito* (diritto poi riconosciuto anche per le vaccinazioni raccomandate), ma di per sé non è in grado di legittimare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio[105].

Certo, al precipuo fine di riconoscere il diritto all'equo ristoro, la Corte ha collocato la materia delle vaccinazioni obbligatorie sullo sfondo del principio di

[103] Cfr. S. SHEEHY, J. MEYER, *Should Participation in Vaccine Clinical Trials be Mandated?*, in *Virtual Mentor*, 2012, pp. 35 ss.

[104] Cfr. legge 26 giugno 1967, n. 458, "Trapianto del rene tra persone viventi"; legge 19 settembre 2012, n. 167, "Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi"; legge16 dicembre 1999, n. 483, "Norme per consentire il trapianto parziale di fegato".

[105] Sull'equo ristoro si veda quanto detto *supra* nel paragrafo *Condizioni di legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, anche per i relativi riferimenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

solidarietà, ma ciò esprime essenzialmente la constatazione di come la necessaria (ai fini della legittimità costituzionale) coesistenza in un trattamento sanitario obbligatorio di interesse individuale (tutela della salute individuale, se non altro nel senso che tale salute non debba essere danneggiata) e interesse collettivo (tutela della salute collettiva altrimenti in pericolo) rinvii a una dimensione solidaristica in cui si incontrano individuo e collettività e in cui l'individuo può considerarsi sottoporsi a un trattamento sanitario (anche) in vista della tutela di un bene collettivo altrimenti in pericolo, e quindi anche in funzione solidaristica.

Già nella fondamentale sentenza n. 307 del 1990, e con estrema chiarezza e linearità a me pare, la Corte costituzionale mostra di ritenere come la materia dei trattamenti sanitari obbligatori sia da discutere e risolvere primariamente e fondamentalmente con riferimento all'articolo 32 della Costituzione e che, per essere costituzionalmente legittimo, un trattamento sanitario obbligatorio debba tutelare la salute individuale e contemporaneamente la salute collettiva; inoltre per la Corte solo la salute come interesse della collettività (e non altri beni e neppure doveri di solidarietà) è in grado di giustificare un trattamento sanitario obbligatorio, «giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»; solo successivamente nella sentenza in argomento, dopo aver già fissato le condizioni fondamentali che la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio deve rispettare per essere costituzionalmente legittima, la Corte introduce allora un ulteriore elemento, il principio di solidarietà, ma si badi, «con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio» e non come elemento in grado di per sé di giustificare l'imposizione di un trattamento sanitario, bensì come elemento atto a giustificare il riconoscimento di un equo ristoro del danno patito al soggetto danneggiato dalla vaccinazione.

Chiarita in tal modo quella che appare essere la posizione della Corte costituzionale al riguardo, ci si può soffermare sinteticamente su alcune considerazioni (oltre a quelle già svolte) che permettono di affermare che, nell'ambito del diritto alla salute e segnatamente dei trattamenti sanitari obbligatori, il principio costituzionale di solidarietà non possa di per sé giustificare alcun dovere individuale.

In primo luogo, il catalogo costituzionale dei doveri è da ritenersi chiuso e tassativo, senza che sia possibile far discendere nuovi e ulteriori doveri individuali dal principio di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Non è possibile consentire nel nostro sistema costituzionale l'individuazione di doveri "ulteriori" rispetto a quelli espressamente riconosciuti, e segnatamente di doveri che limitino l'esercizio di libertà fondamentali, laddove è già nel carattere della nostra Costituzione, di stampo liberale e, come tale, privilegiante pur sempre

i diritti sui doveri, che può ravvisarsi il principale ostacolo all'individuazione di ulteriori doveri rispetto a quelli espressamente previsti.

È in fondo un'istanza garantista e liberale a reclamare l'assoluta certezza per ciò che concerne i doveri costituzionali[106] e d'altra parte, in linea con quanto osservato da Paolo Barile, si può affermare che nello spirito del costituzionalismo "clausole aperte" o interpretazioni estensive abbiano ragione di essere applicate solo a favore dei diritti e non dei doveri, la cui imposizione presuppone un forte ancoraggio a precise disposizioni costituzionali, e come, esistendo nella Costituzione solo doveri enumerati «del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un "principio di solidarietà" da cui possano scaturire altri doveri non enumerati»[107].

Si può sostenere, con Giorgio Lombardi, l'esistenza nell'ordinamento di un "principio di certezza dei doveri", manifestato a livello costituzionale dall'articolo 54 della Costituzione e a livello legislativo e amministrativo dall'articolo 23 della Costituzione, che depone decisamente a favore del fatto che i doveri inderogabili dell'articolo 2 della Costituzione non siano altro da quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria; e il principio della certezza del diritto, di cui la certezza dei doveri è espressione, si impone, oltre che come esigenza logica dell'ordinamento, anche come dato normativo del sistema, stante che «non ha senso una *clausola di osservanza* (come quella dell'art. 54 Cost.) in bianco: e se alla Costituzione si deve, appunto, osservanza, questo vincolo si riferirà al suo contenuto positivo, risultante dal dato normativo formale e, di conseguenza, *certo*. Analogamente, a livello legislativo, opera il principio di tassatività, per cui obblighi e doveri devono specificatamente risultare dalla legge, come norma certa»[108].

In secondo luogo, ipotizzare che il principio costituzionale di solidarietà possa generare di per sé dei doveri nell'ambito della salute significa snaturare il diritto

[106] In tal senso F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., p. 311; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, cit., p. 542.

[107] In tal senso P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 68 e 107 ss.

[108] G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 40 (testo e nota 78). Riguardo alla formula dei "doveri inderogabili" è la dottrina maggioritaria a ritenere che l'articolo 2 costituisca una disposizione riassuntiva dei doveri espressamente previsti in Costituzione, negando, in altri termini, la possibilità di un'interpretazione estensiva del concetto di solidarietà come principio da cui ricavare altri doveri non enumerati in Costituzione. Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 2*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 12-13; F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento I, Torino, 2008, pp. 319 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 2068 ss. Sul concetto di "dovere giuridico" si può vedere R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma 1989, pp. 1 ss.

alla salute, in quanto diritto individuale di libertà, finendo per trasformarlo in una situazione di soggezione, oltretutto mediante il generico riferimento a non meglio precisati e indeterminati doveri di solidarietà, potenzialmente incontenibili.

La lettera del primo comma dell'articolo 32 conferisce all'individuo un "diritto fondamentale", quello alla salute, con una portata soggettiva e individualistica come per tutti i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, e quindi un diritto soggettivo perfetto.

E si tratta di un diritto alla salute che non viene attribuito al singolo in via principale in funzione dell'interesse collettivo, e infatti il comma in parola configura la salute *prima* come (fondamentale) diritto dell'individuo e *poi* come interesse della collettività, lasciando intendere una netta priorità dell'interesse individuale rispetto all'interesse della collettività[109]; al riguardo va peraltro ricordato come in un ordinamento costituzionale personalista tutte le libertà inviolabili e fondamentali, tra le quali il diritto alla salute come diritto di libertà, abbiano come finalità lo sviluppo della persona umana, persona che rappresenta il valore primario dell'ordinamento, e siano attribuite al singolo in quanto essere umano e per il suo vantaggio[110].

Ammettere che il principio di solidarietà possa operare all'interno del diritto soggettivo alla salute apponendovi limiti al godimento e alla portata, anche pervasivi come potrebbe essere nel caso dell'obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari in nome della solidarietà, significherebbe tradurre un diritto, quello alla salute, in soggezione finendo non solo per far perdere al diritto alla salute il carattere stesso di diritto di libertà, ma anche per svalutare quell'impronta liberale e garantistica che è propria della nostra Costituzione segnatamente in relazione alla disciplina delle libertà[111].

Concluso il discorso sul principio di solidarietà, vi è ora un'altra considerazione da svolgere: come osservato nel precedente paragrafo, un pericolo per la salute collettiva in grado di legittimare l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio (vaccinazioni comprese) non deve essere evitabile con misure alternative all'imposizione del trattamento stesso, in quanto in caso contrario lo

[109] Oltre a Corte cost. sentenza n. 88/1979, già richiamata pocanzi nel testo, si veda Corte cost., sentenza n. 184/1986 che osserva come non a caso il primo comma dell'articolo 32 della Costituzione faccia precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all'interesse collettivo.

[110] In dottrina C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 8; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Roma 1975, pp. 105-106.

[111] Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., p. 175; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 904; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., pp. 40-41.

Stato sarà tenuto a porre in essere tali misure che consentono di non limitare la libertà dei cittadini.

La domanda, nel nostro specifico caso, è quindi: l'ipotetico pericolo che un individuo non vaccinato può determinare (in particolare, ma non solo, per la salute dei soggetti che non si possono vaccinare) è evitabile con misure alternative a un modello impositivo in materia di vaccinazioni?

La risposta a tale domanda è rilevante in quanto se il pericolo in parola è evitabile con misure che non sacrifichino la libertà dei cittadini in una materia delicata come quella dei trattamenti sanitari obbligatori, allora da un punto di vista costituzionale si impone come assolutamente preferibile l'adozione di un modello non impositivo in materia di vaccinazioni.

Il caso dell'Austria, paese europeo occidentale confinante con l'Italia e paragonabile al nostro anche per quanto riguarda la qualità del sistema sanitario, mostra come l'adozione di un modello non impositivo in materia di vaccinazioni non determini alcun pericolo per la salute pubblica, e ciò pur in presenza di tassi di copertura per le vaccinazioni che nel periodo 1999-2018 sono stati quasi sempre inferiori, in genere anche marcatamente, a quanto raccomandato dall'Organizzazione mondiale della sanità[112].

Al mero scopo di dare un'idea indicativa dei tassi di copertura delle vaccinazioni in Austria, nel periodo preso in considerazione (1999-2018) e considerando le annualità disponibili nella banca dati consultata, il tasso di copertura della prima dose di vaccino contro difterite, tetano e pertosse (DTP1) si è mantenuto per nove annualità tra il 61 e il 77 percento, per tre annualità tra il 91 e il 94 percento e per due annualità è stato pari al 95 e al 97 percento.

Per le tre dosi di vaccino contro difterite, tetano e pertosse (DTP3) il tasso di copertura si è mantenuto per tredici annualità tra il 74 e l'87 percento, per due annualità è stato pari al 90 e al 98 percento.

Per i vaccini contro il morbillo (MCV), per la prima dose di vaccino contro il morbillo (MCV1) il tasso di copertura si è mantenuto per undici annualità tra il 65 e l'83 percento e per quattro annualità tra il 94 e il 96 percento; per la seconda dose di vaccino contro il morbillo (MCV2) il tasso di copertura si è mantenuto per nove annualità tra il 35 e il 64 percento e per cinque annualità tra l'84 e il 91 percento.

Nel periodo considerato, in Austria non si sono tuttavia registrati rilevanti e particolari pericoli per la salute pubblica in relazione alle malattie prevenibili con

[112] I dati sono tratti da World Health Organization, *WHO Vaccine-preventable diseases: monitoring system 2019 global summary*, disponibile al link: https://apps.who.int/immunization_monitoring/globalsummary [ultimo accesso 22 aprile 2020]. I dati storici delle coperture vaccinali sono in particolare disponibili al seguente link: https://apps.who.int/immunization_monitoring/globalsummary/timeseries/tscoveragedtp1.html [ultimo accesso 22 aprile 2020]

i vaccini, né tantomeno emergenze sanitarie, si sono mantenuti un tasso di mortalità infantile sotto i 12 mesi (3 morti per 1000 nati vivi) e un tasso di mortalità dei bambini sotto i 5 anni di età (4 morti per 1000 nati vivi) tra i più bassi al mondo, oltre a un'aspettativa di vita alla nascita tra le più elevate al mondo (79/84 anni rispettivamente per uomini/donne)[113]; e si osservi come la mortalità infantile (peraltro fondamentale componente della mortalità sotto i 5 anni di età) sia un importante indicatore dello stato di salute di una popolazione, oltre a essere un indice sensibile delle condizioni sociali, economiche e ambientali (compresa la qualità dell'assistenza sanitaria) in cui una popolazione vive[114].

Resta inteso che il caso dell'Austria non è ovviamente richiamato in questa sede per affermare l'inutilità delle vaccinazioni, ma semplicemente per mostrare empiricamente come un modello non impositivo in materia di vaccinazioni sia in grado di non determinare pericoli per la salute pubblica, anche in presenza di coperture vaccinali inferiori, anche marcatamente, rispetto a quelle raccomandate dall'Organizzazione mondiale della sanità.

Al riguardo e a prescindere dal caso austriaco, si tenga presente come per le più comuni malattie prevenibili con il vaccino (come difterite, poliomielite, parotite e rosolia) la soglia per l'immunità di gregge sia inferiore, anche marcatamente, a quella soglia del 95 percento raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità, oltre al fatto che alcune malattie prevenibili con il vaccino (tetano, epatite B) non siano neppure a rischio epidemico[115].

[113] Si ricorda che i tassi di mortalità indicati nel testo esprimono rispettivamente la probabilità che un soggetto deceda entro i 12 mesi dalla nascita o entro i 5 anni dalla nascita.

[114] In tal senso, per esempio, l'Organizzazione mondiale della sanità nel suo *Indicator Metadata Registry List* disponibile al seguente link: https://www.who.int/data/gho/indicator-metadata-registry/imr-details/1 [ultimo accesso 22 aprile 2020], ma anche l'Osservatorio nazionale sulla salute nelle regioni italiane (progetto dell'Università Cattolica del Sacro Cuore) nel suo *Rapporto Osservasalute 2018*, p. 585 (ma anche *Rapporto Osservasalute 2013*, p. 120), disponibile al seguente link: https://www.osservatoriosullasalute.it/osservasalute/rapporto-osservatorio-2018 [ultimo accesso 22 aprile 2020].

[115] Cfr. D. FLAHERTY, *Immunology for Pharmacy*, St. Louis, 2012, p. 198; A. CLAVENNA,T. JEFFERSON, M. BONATI, *Epidemiologia delle malattie infettive e obbligatorietà vaccinale in Italia*, cit., pp. 259 ss. Soglie dell'immunità di gregge delle malattie di cui nel testo: 85 percento per la difterite, 80-86 percento per poliomielite, 75-86 percento per la parotite, 83-85 percento per la rosolia.

7. Vaccinazioni obbligatorie e rispetto della persona umana

Si deve ora tornare a discutere, sia pur sinteticamente, della clausola del rispetto della persona umana per comprendere il ruolo che tale clausola può assumere rispetto al modello impositivo proprio della legge n. 119 del 2017.

In relazione al significato da attribuire a tale clausola, intendo richiamare l'opinione espressa da Franco Modugno, che si condivide e sulla quale ci si era già in precedenza soffermati: in particolare per l'insigne giurista «il rispetto della persona umana si sostanzia dunque nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, più di ogni altro valore […] rappresentano il patrimonio più geloso ed autentico del singolo e il contenuto della sua dignità»[116].

In accordo con Costantino Mortati, si deve evidenziare come l'interpretazione del limite del rispetto della persona umana di cui all'articolo 32 della Costituzione abbia una sua specifica complessità dovuta al fatto che «il principio del rispetto della persona umana, è necessariamente soggetto ad assumere contenuti variabili nel tempo secondo l'evoluzione della coscienza popolare, che, per il prodursi di circostanze varie, può condurre a far considerare opportuno o necessario ciò che prima si riteneva inibito»[117].

Così alla clausola del rispetto della persona umana è stato attribuito dalla miglior dottrina costituzionalistica il valore di un concetto storico, dai contenuti variabili, in grado di riuscire a riflettere, proprio in virtù della sua elasticità, l'evolversi della sensibilità e della coscienza sociale nel mutare dei tempi e delle circostanze[118].

Si consideri ora come in una prospettiva storica generale, a partire indicativamente dalla metà del Novecento e in particolare dagli anni Settanta in poi (anni nei quali inizia una seria e approfondita discussione sul concetto di "consenso informato"), il consenso informato ai trattamenti sanitari abbia acquisito gradualmente una crescente rilevanza giuridica, culturale e sociale[119].

Tale rilevanza, in ambito giuridico, ha trovato significativa espressione nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (Oviedo, 1997), primo trattato internazionale approvato in materia di bioetica, che all'articolo 5 dispone: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento

[116] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., p. 314.

[117] C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, p. 6.

[118] In tal senso L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 111 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 29-30.

[119] Sulla storia del consenso informato, cfr. R.R. FADEN, T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York Oxford, 1986, in part. pp. 86 ss.

e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso»[120], e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2000), che all'articolo 3 stabilisce che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata»[121].

E ancor prima, si può ricordare come nel Codice di Norimberga, decalogo di dieci principi in materia di sperimentazione medica elaborato nel 1946 nell'ambito del processo di Norimberga come reazione agli abusi commessi dai medici nella Germania nazista, il primo principio stabilisca che il consenso libero e informato del soggetto che si sottopone a una sperimentazione clinica sia assolutamente essenziale.

In Italia all'affermazione del diritto al consenso informato la miglior dottrina costituzionalistica avrebbe offerto, già dagli anni Settanta, un ampio e significativo contributo teorico, come già ricordato[122].

Gli anni Novanta avrebbero conosciuto una prima significativa affermazione del principio del consenso informato, affermazione che si farà sempre più piena nel corso degli anni successivi, sia pur con qualche battuta di arresto (si pensi al c.d. "disegno di legge Calabrò"), sino ad arrivare alla sentenza n. 438 del 2008 con cui la Corte costituzionale ha collocato in via definitiva il diritto al consenso

[120] «Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina» (c.d. «Convenzione di Oviedo» o «Convenzione europea di bioetica») promossa dal Consiglio d'Europa e presentata ufficialmente a Oviedo (Spagna) il 4 aprile 1997. La Convenzione di Oviedo, a livello internazionale, è in vigore dal 1° dicembre 1999 (sulla base di quanto previsto all'articolo 33 della Convenzione stessa). Il testo della Convenzione, la cui versione ufficiale e autentica è in lingua francese e in lingua inglese, è disponibile al seguente indirizzo: https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164 [ultimo accesso 25 marzo 2020].

[121] La «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (c.d. «Carta di Nizza») è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e poi successivamente proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione (il testo proclamato a Strasburgo riprende, adattandola, la Carta proclamata a Nizza e la sostituisce a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ossia dal 1° dicembre 2009). Il testo della Carta è disponibile al seguente indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj [ultimo accesso 25 marzo 2020].

[122] Al riguardo, vedi *supra* il paragrafo *Condizioni di legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*.

informato nell'ambito dei principi costituzionali e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 che riconosce e disciplina in modo puntuale il diritto al consenso informato[123].

Non interessa in questa sede ricostruire il percorso che ha condotto all'affermazione del diritto al consenso informato in Italia, interessa invece sottolineare che, sul piano culturale e sociale, come osservato da Maurizio Mori, l'affermazione del «consenso informato ha due conseguenze importanti: a. il passaggio di titolarità decisionale, che prima spettava al medico ora passa all'interessato; b. il riconoscimento che l'interessato ha sovranità sul proprio corpo e sulla propria vita, punto che giustifica il passaggio di titolarità decisionale»[124].

La "rivoluzione" del consenso informato ha condotto, per usare le parole di Stefano Rodotà, al «riconoscimento alla persona del diritto al governo della propria vita, al pieno esercizio della sovranità sul proprio corpo»[125].

Nella società è cambiato l'atteggiamento nei confronti della salute e della medicina, si è passati da un modello paternalistico di rapporto tra medico e paziente a un modello in cui l'autonomia del paziente deve essere rispettata e si è affermata nella sensibilità sociale quella che oggi viene materialmente avvertita come una libertà fondamentale: la sovranità sul proprio corpo e il diritto di decidere in autonomia se e a quali trattamenti sanitari sottoporsi.

L'affermazione del principio del consenso informato ha prodotto il determinarsi di un *nuovo contesto giuridico, culturale e sociale* che afferma come diritto e come esigenza il rispetto dell'autonomia delle persone quando in gioco vi siano manipolazioni del corpo a mezzo trattamenti sanitari.

E tale nuovo contesto, in cui peraltro i cittadini avvertono materialmente come libertà fondamentale la sovranità sul proprio corpo rispetto ai trattamenti sanitari, appare conferire notevole forza all'opinione di Modugno, in quanto proprio tale opinione offre un'interpretazione della clausola del rispetto della persona umana in grado di tradurre giuridicamente ed esprimere il nuovo contesto e la nuova sensibilità sociale.

La clausola del rispetto della persona umana, richiedendo allora il rispetto dei convincimenti e delle credenze dei singoli, impone se non altro che la legge impositiva di obblighi vaccinali preveda il riconoscimento di esenzioni non mediche all'obbligo vaccinale, come esenzioni per motivi filosofici o religiosi, per una piena e maggiore conformità di tale legge al dettato del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione.

---

[123] Per un sintetico quadro del percorso che ha condotto all'affermazione del consenso informato nel nostro paese, cfr. M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2013, pp. 302 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, pp. 43 ss.

[124] M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, cit., p. 314.

[125] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 282.

E tale rispetto è tanto più possibile e dovuto anche in quanto le vaccinazioni obbligatorie sono praticate su individui sani (non affetti dalle malattie per le quali si vaccinano), di cui pertanto in principio e a rigore non si potrebbe neppure affermare rappresentino un effettivo e attuale pericolo per la salute collettiva (in particolare per la salute dei terzi che si vaccinano).

Si tratta peraltro di forme di esenzione dalle vaccinazioni obbligatorie ampiamente diffuse negli Stati Uniti e note come "*lawful exemptions*" o "*non-medical vaccine exemptions*".

I cinquanta Stati che compongono gli Stati Uniti sono tutti dotati di una legislazione che rende obbligatorie alcune vaccinazioni per la frequenza scolastica, ma ben quarantacinque Stati e Washington D.C. concedono esenzioni dall'obbligo vaccinale per motivi religiosi; e tra tali Stati ve ne sono quindici che permettono esenzioni anche per motivi filosofici alle persone che si oppongono alle vaccinazioni per motivi personali, morali o per altre convinzioni[126].

Le modalità e il livello di difficoltà per ottenere le esenzioni per motivi religiosi o filosofici variano peraltro, e anche notevolmente, da Stato a Stato; in alcuni Stati il procedimento per ottenere l'esenzione è molto semplice ed è sufficiente, in sostanza, la compilazione di un modulo, in altri Stati il procedimento è invece più complesso e formale e può per esempio prevedere che i genitori (o chi ha la responsabilità del minore) dimostrino di essersi informati sui benefici e i rischi delle vaccinazioni mediante un colloquio con personale medico[127].

In ogni caso, attraverso il sistema delle esenzioni non mediche alle vaccinazioni gli Stati mostrano di conferire un grande valore alle fedi religiose e alle convinzioni dei propri cittadini, nel pieno rispetto della persona umana, e d'altra parte l'esempio di tali Stati, e in particolare di quelli in cui ottenere l'esenzione è particolarmente agevole, mostra empiricamente come sia possibile in materia di vaccinazioni obbligatorie tutelare la salute collettiva senza rinunciare a riconoscere ai cittadini la più ampia sfera di libertà sul proprio corpo.

[126] Per un quadro aggiornato e puntuale delle politiche statali negli Stati Uniti in materia di *non-medical vaccine exemptions* si può vedere sul sito della *National Conference of State Legislature* la seguente pagina internet: https://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx [ultimo accesso 22 aprile 2020].

[127] In argomento J.S. ROTA, D.A. SALMON, L.E. RODEWALD, ET AL., *Processes for obtaining nonmedical exemptions to state immunization laws*, in *American Journal of Public Health*, 2001, pp. 645 ss.; inoltre, per alcune considerazioni sulle esenzioni non mediche negli Stati Uniti, cfr. M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, pp. 81 ss.

8. Breve conclusione

Al fine di giustificare la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio la dottrina costituzionalistica concorda sul fatto che solo la necessità di scongiurare un "pericolo per la salute della collettività" possa legittimare il sacrificio della libertà dell'individuo determinato dall'imposizione di un trattamento sanitario.

Dopo aver precisato il concetto di "pericolo per la salute della collettività", si è pervenuti alla conclusione che un individuo non vaccinato non possa considerarsi un *rilevante* ed *effettivo* pericolo per la salute della collettività, come peraltro empiricamente mostrato dal richiamato caso dell'Austria in cui basse coperture vaccinali non hanno determinato negli anni pericoli per la salute pubblica; inoltre, in relazione ai soggetti che non possono vaccinarsi per motivi medici (immunodepressi) e la cui salute potenzialmente potrebbe essere messa in pericolo da un soggetto non vaccinato, si è osservato come tale pericolo non abbia *propriamente* una dimensione collettiva (fermo restando che se il soggetto non vaccinato è sano difficilmente potrà trasmettere una malattia che non ha e fermo restando inoltre che i diritti dei soggetti immunodepressi debbano essere garantiti).

Si è poi esaminata la clausola del rispetto della persona umana, aderendo all'opinione di Franco Modugno secondo cui tale clausola impone il rispetto delle credenze e dei convincimenti individuali; si è altresì sottolineato come nel nuovo contesto giuridico, culturale e sociale determinato dall'affermarsi del principio del consenso informato tale opinione appaia assumere particolare forza in quanto in grado di tradurre giuridicamente ed esprimere tale nuovo contesto.

Tutto ciò induce a ritenere che un modello non impositivo in materia di vaccinazioni sia da ritenersi preferibile al modello adottato dalla legge n. 119 del 2017, sia in quanto l'eventuale omissione delle vaccinazioni obbligatorie da parte di alcuni non è in grado di determinare un *rilevante* ed *effettivo* pericolo per la salute della collettività, sia in quanto la clausola del rispetto della persona umana, se presa sul serio, impone siano previste delle esenzioni non mediche all'obbligo vaccinale.

Il decreto vaccini è apparso esacerbare notevolmente i toni del dibattito nell'opinione pubblica, e talvolta anche in dottrina, ove non si è mancato di invocare provvedimenti più restrittivi e limitativi della sfera di libertà dei cittadini rispetto a quelli, peraltro non particolarmente lievi se si pone mente all'esclusione dei non vaccinati da asili e scuole dell'infanzia, previsti dalla legge n. 119 del 2017 nei confronti dei genitori inadempienti all'obbligo vaccinale.

In questa sede, diversamente, si è cercato di mostrare come un modello non impositivo in materia di vaccinazioni sia maggiormente conforme alla Costituzione, un modello peraltro in grado di realizzare un auspicabile *diritto mite* in materia di

vaccinazioni obbligatorie, capace di rispettare i diritti di tutti, minoranze comprese, e di essere luogo di conciliazione delle diversità presenti nella società.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Rinvio generico a norma statale di enumerazione delle pubbliche amministrazioni: interpretazione restrittiva e conforme a Costituzione [*]

SANDRO DE GOTZEN[**]

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 24 aprile 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0077s-20.html

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
S. DE GOTZEN, *Rinvio generico a norma statale di enumerazione delle pubbliche amministrazioni: interpretazione restrittiva e conforme a Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Contributo in corso di pubblicazione in *Le Regioni*

[**] Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Trieste. Indirizzo mail: degotzen@units.it.

1. La Regione Valle d'Aosta contesta alcune disposizioni legislative statali in tema di disciplina delle procedure concorsuali per l'accesso alle amministrazioni pubbliche e di disciplina delle graduatorie che, apparentemente, si riferiscono anche alle Regioni ed alle aziende del servizio sanitario nazionale.

Queste disposizioni impugnate si riferiscono, genericamente ed indistintamente, alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 165 del 2001, ciò che fa pensare alla applicazione della normativa statale a tutte le amministrazioni ricomprese in tale norma.

La Regione denuncia che la applicabilità eventuale di tale normativa statale ad essa ed agli enti del servizio sanitario sarebbe invasiva della sua competenza, stabilita alla stregua di diverse clausole costituzionali e di disposizioni dello Statuto speciale di autonomia.

La Regione, pur ritenendo inapplicabili tali norme nell'ampiezza evocata, cioè con riguardo alle Regioni ed agli enti del servizio sanitario, ricorre contro tali disposizioni in via principale, impugnandole solo in via cautelativa, come possibile secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale[1].

La Corte si pronunzia, dapprima, per la plausibilità delle interpretazioni prospettate come possibili e, successivamente, passa all'esame nel merito delle questioni promosse in via cautelativa od ipotetica, statuendo la non fondatezza delle questioni alla stregua dei parametri invocati.

2. Le norme statali impugnate in via ipotetica dispongono in modo generico (e comprensivo) l'applicazione della disciplina statale in tema di concorsi pubblici e di graduatorie alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 165/2001: tale norma elenca in modo assai ampio le pubbliche amministrazioni, comprendendovi anche le Regioni e le aziende del Servizio sanitario nazionale. Il rinvio della normativa statale è generico e potenzialmente comprensivo anche delle amministrazioni regionali ed è perciò che la applicabilità delle norme contestate appare "dubbia" ma "non implausibile", consentendo il ricorso principale in via ipotetica.

La clausola contenuta nella disposizione dell'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001 enumera i diversi corpi amministrativi cui è applicabile la disciplina in materia di pubblico impiego.

Tale clausola, che elenca le diverse pubbliche amministrazioni, risponde all'esigenza di individuare con precisione le amministrazioni pubbliche, cui sono applicabili normative statali.

La tecnica legislativa della enumerazione dei diversi corpi amministrativi cui sono applicabili determinate discipline statali viene incontro ad una esigenza

[1] La sent. n. 77 del 2020 richiama i precedenti sentenze 89 del 2019, 103 e 73 del 2018, 270 del 2017.

precisa, che deriva dalla impossibilità di delineare una definizione unitaria di sintesi di pubblica amministrazione.

Una definizione unitaria di pubblica amministrazione non è, infatti, possibile data la varietà di corpi amministrativi collocati a diversi livelli e la varietà di forme in cui essi sono organizzati.

Tale tecnica di individuazione delle pubbliche amministrazioni mediante enumerazione puntuale dei diversi corpi amministrativi è impiegata sovente dal legislatore statale, che cerca di porre rimedio al pluralismo ed alla difformità amministrativa con "leggi che individuano le amministrazioni e le sottopongono a norme comuni e principi di omogeneità e di <<normalizzazione>> in taluni casi dando ad organi statali poteri deliberativi relativi a più amministrazioni, anche non statali"[2].

Tali clausole normative, che operano un inventario delle diverse pubbliche amministrazioni, individuano il concetto unificante di "settore pubblico"[3] che ricomprende tutti i corpi amministrativi.

Si è osservato che di tali norme statali di enumerazione dei diversi corpi amministrativi, cui si applicano unitariamente determinate discipline statali, vi sono numerosi precedenti, sia lontani che più recenti, tra i quali il d.lgs. 29/1993,[4] poi sostituito dal d.lgs. 165/2001.

Come la precedente normativa, il d.lgs. 165/2001 ha carattere generale, sia perché presenta una elencazione o enumerazione completa, riferendosi a tutto il settore pubblico, sia perché è contenuto in una disciplina generale, relativa al personale amministrativo ed alla organizzazione amministrativa.

Altra disciplina di generale applicazione, che contiene una simile elencazione normativa dei corpi amministrativi interessati, è quella sul procedimento amministrativo, legge 241/1990, normativa statale che si applica, in misura diversa, a tutte le pubbliche amministrazioni.[5]

---

[2] In tal senso si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, ed. VI, rist. 2003, sull'enucleazione del concetto di amministrazione.

[3] Per tutti S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 51.

[4] ID, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 51 ss., ricorda le leggi 1037/1939 sulla Ragioneria generale dello Stato; la legge 93/1983, legge quadro sul pubblico impiego; la legge 468/1978, riforma delle norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio; la legge 362/1988, sulle relazioni sui conti di cassa da presentare al Parlamento, che modifica la precedente e amplia l'ambito del settore pubblico; la legge 720/1984 sul sistema di tesoreria pubblica; la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, che si riferisce quasi sempre alle pubbliche amministrazioni; il d.lgs. 358/1992 sugli appalti pubblici di forniture; il d.lgs. 157/1995, il d.lgs. 157/1995, relativo agli appalti pubblici di servizi; da ultimo, il d.lgs. 29/1993.

[5] Per tutti G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Cedam, IV ed.,, 2016, p. 69 ss. sull'ambito di applicazione della legge 241/1990.

3. La decisione della Corte statuisce l'inapplicabilità delle norme impugnate alle Regioni ed agli enti del servizio sanitario, e, quindi, dichiara non fondato il ricorso, sulla base di una analisi puntuale delle competenze costituzionalmente stabilite per la Valle d'Aosta.

La Corte in primo luogo ribadisce l'esclusione dal perimetro della privatizzazione del lavoro pubblico della disciplina dei concorsi per l'accesso al lavoro pubblico regionale e la disciplina di gestione delle graduatorie. Tali istituti, statuisce la Corte, richiamando propri precedenti in tal senso[6], mantengono un carattere marcatamente pubblicistico, rientrando nell'ambito della organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali; esulano, sottintende la Corte, dall'ambito dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale e, quindi, l'individuazione della disciplina delle procedure concorsuali e delle graduatorie rientra nell'ambito della scelta discrezionale del legislatore regionale.

Ciò premesso, la sentenza opera un'interpretazione sistematica correttiva del rinvio generico operato dalle norme impugnate, alle amministrazioni dell'intero pubblico settore, in base alla quale le norme statali impugnate su pubblici concorsi e su graduatorie si applicano alle sole amministrazioni statali.

La sentenza opera dunque un'interpretazione sistematica correttiva del rinvio generico operato dalle norme impugnate, alle amministrazioni dell'intero pubblico settore.

Ci si trova in presenza di una tecnica legislativa carente, che non consente di individuare con chiarezza le amministrazioni cui la disciplina statale dei concorsi e delle graduatorie si riferisce.

La Corte reputa inapplicabili le norme impugnate in via cautelativa alle amministrazioni regionali, ma rileva, incidentalmente, in modo significativo, che pur non essendo esse vincolanti nei confronti delle Regioni, si rivelano utili ad indicare esigenze rilevanti, riconducibili al principio del buon andamento dell'amministrazione.

La discrezionalità in materia del legislatore regionale, dice la Corte, "non dovrebbe spingersi fino a pregiudicare l'urgenza pressante dell'aggiornamento professionale" (punto 4.3.1. in dir.).

Utile, quindi, la normativa statale a mostrare esigenze rilevanti, volte a garantire il buon andamento dell'amministrazione delle quali le Regioni, nell'esercitare le proprie competenze, dovrebbero tenere conto (punto 4.3.1. in dir.).

4. La stessa proposizione del ricorso in via eventuale mostra che la tecnica legislativa impiegata dal legislatore statale, consistendo in un rinvio generico alla formula enumerativa delle amministrazioni pubbliche (di *tutte* le pubbliche amministrazioni) è scorretta, dato che, intesa letteralmente, riferisce la disciplina

[6] Si richiamano tra molte sentt. 141/2012 e 235/2010; 241/2018.

statale di concorsi e graduatorie a tutte le amministrazioni rientranti nel settore pubblico.

Il rinvio, mal strutturato, ad una clausola normativa statale finalizzata a rendere chiari i riferimenti normativi, ha complicato il quadro normativo, rendendo necessario attendere l'interpretazione sistematica per individuare il reale significato.

Il cattivo uso di norma enumerativa inclusiva dell'intero settore pubblico – frutto di una analisi puntuale, necessaria dato che non è possibile individuare una definizione ed una nozione complessiva di pubblica amministrazione a causa della diversità di struttura e collocazione dei diversi corpi amministrativi – è stato causa di imprecisione e di conseguenti dubbi interpretativi: la Corte deve pronunziare una decisione che sottende una ipotetica illegittimità delle norme impugnate, se fossero estese alle Regioni, e che detta l'interpretazione conforme a Costituzione: un precedente che può essere utile ad evitare nuovi contenziosi, ove la legislazione statale dovesse ricorrere ancora, in futuro, alla stessa tecnica normativa, o che sperabilmente potrebbe indurre, per il futuro, ad una tecnica migliore.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Collective discrimination without an identifiable victim in EU law. Discrimination by public speech

FEDERICA CECCARONI*

Abstract (EN): The article seeks to examine the theme of collective discrimination in the case in which there is no identifiable victim. In particular, this work aims to provide a functional assessment of the implications of "collective rights", with a specific focus on discrimination through public speech. After reviewing from a theoretical approach the case in which the CJEU explicitly recognised for the first time a direct protection to the *group* (the *Feryn* case) – the relevance of which is extremely topical in the light of the recent judgment *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford* – this work attempts to illustrate practical issues that the *group* encounter in the enforcement phase. Following this, with the illustration of the enforcement mechanisms the *group* could take advantage of to represent his rights in a judicial procedure, the article seeks to investigate if the procedural tools that Member States are required to ensure in accordance with EU obligations are sufficient to grant effectiveness of EU "collective rights".

Sommario

1. Introduction. – 1.1. Critical race theory as a special lens to analyse the *Feryn* case. – 2. *Feryn* case: a starting point for the issue of collective discrimination through use of speech. – 2.1. The *Feryn* case. – 2.2. Balancing the Rights to Freedom of Expression and Equality: critical race theory perspective. – 3. The enforcement of collective discrimination without an identifiable victim: critical remarks. – 3.1. Legal Framework of EU collective redress. – 4. A practical approach concerning the implementation of EU Equality Directive. – 4.1. The Italian perspective. Towards an advancing protection of equality rights: *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford* case. – 5. Concluding remarks.

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione: F. CECCARONI, *Collective discrimination without an identifiable victim in EU law. Discrimination by public speech*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoressa in Giurisprudenza nella Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli (LUISS) di Roma. Indirizzo mail: fd.ceccaroni@gmail.com.

1. Introduction

In the last fifty years, European Union (EU) has expanded the arsenal of rights related to equality law[1]. The origin of EU equality law can be traced back to the right to equal pay between men and women, initially conceived as a market right to prevent unfair competition. However, from the 1970s equal treatment started to be perceived as a social right, which was progressively developed through secondary legislation[2].

Protections exist today with respect to discrimination on the basis of gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age, gender reassignment and sexual orientation, still mostly in the area of employment, but under the social dimension, also in other areas[3].

In this context, the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) is crucial. In his position of final interpreter of the meaning of European legal norms, the CJEU clarifies the limits of protections accorded by EU equality Law. In particular, two fundamental decisions in this area seems to expand these protections: in *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*[4] case (a preliminary ruling related to sexual orientation discrimination) and in *Feryn* case[5] (a preliminary ruling in the field of racial discrimination), the CJEU found that a discrimination case can be pursued without any requirement of a victim[6].

---

[1] For an enlightening analysis focusing on the transformation of EU law through the anti-discrimination provision (art. 19 of the TFEU), see L. BURGORGUE-LARSEN, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione. L'articolo 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ovvero la rivoluzione silenziosa*, in *Ragion Pratica*, 1/2011, pp. 55-73.

[2] S. B. LAHUERTA, *Taking EU Equality Law to the Next Level: In Search of Coherence*, *European Labour Law Journal*, 7(3), 2016, pp. 348-367. For a comprehensive overview see D. SCHIEK, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?, European Law Journal*, Vol. 8, No. 2, 2002, pp. 290-314; M. BELL – L. WADDINGTON, *Equality and diversity: challenges for EU Anti-Discrimination Law*, *Maastricht Journal*, 2006, pp. 277-278; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, 2006.

[3] See L. CARLSON, *Comparative Discrimination Law: Historical and Theoretical Frameworks*, Leiden, 2017.

[4] *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford, C–507/18,* 23 April 2020.

[5] *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV,* C-54/07.

[6] L. CARLSON, *op.cit.*, p. 80.

In the latter case the Court, embracing the fundamental goals of the Race Equality Directive[7] (RED), states: "The objective of fostering conditions for a socially inclusive labour market would be hard to achieve if the scope of Directive 2000/43 were to be limited to only those cases in which an unsuccessful candidate for a post, considering himself to be the victim of direct discrimination, brought legal proceedings against the employer"[8].

Following a teleological rather than a literal interpretation of legal norms, the CJEU opted for the higher level of protection against discrimination.

The recognition that discrimination could occur even if there is no identifiable victim is an advocacy effort to promote equality principles: if a protected group is treated less favourably than others, it could guarantee its rights. This collective dimension of EU equality law envisages the possibility of an increasingly plausible scenario: a developing collective 'vigilance'. In other words, collective enforcement mechanisms could be a remarkable tool to combat discrimination using law instruments[9].

Overall, the abovementioned cases revealed the proactive role of the CJEU in the fight against discrimination[10]. A scrutiny of this case-law could lead to a better understanding of the problems that stand at the core of this work.

The essay is inspired by the following two central questions embedded within these cases, with regard to the theme of 'victimless' discrimination:

(a) the issue of the tricky balance between the freedom of expression and the anti-discrimination principle;
(b) problems arising in the phase of the enforcement of 'collective' rights. Hence, our analysis also identifies some important weaknesses in the system of remedies provided by European Law.

[7] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

[8] *Feryn*, cit., para 24.

[9] See, among others, T. BOSTERS, *Collective Redress and Private International Law in the EU*, The Hague, 2017, p. 9.

[10] For an exploration on the genesis and main stages in the development of EU anti-discrimination law see U. BELAVUSAU – K. HENRARD, *A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives, German Law Journal*, Vol. 20, 2019, pp. 614-636; S. FREDMAN, *Discrimination law*, Oxford, 2002; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; J. CROON, *Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination–or–Alternative Tales on Equality Reasoning, European Law Journal*, Vol. 19, n. 2/2013, pp. 153–173.

1.1 Critical race theory as a special lens to analyse the *Feryn* case

Different methodological approaches are required to examine the issues of this essay.

First of all, the *Feryn* case will be analysed through the lens of the Critical Race Theory (CRT), since it is related to racial discrimination[11]. Indeed, this theoretical framework could succeed in identifying the social background and the implications of the sentence which first recognizes the importance of anti-discrimination protection when no victims are identified. CRT is usually classified as a branch of critical legal studies (CLS)[12] concerning issues of power and discrimination (in particular, gender, sex and colour). This movement emerged in the United States[13], during the post-civil rights period, when a noted group of legal scholars, including Derrick A. Bell, Jr., Charles Lawrence, Richard Delgado, Lani Guinier, Mari Matsuda, Patricia Williams, and Kimberle Crenshaw began to question the role of law in maintaining and further constructing racially based society[14].

[11] For information about the historical roots of CRT and surrounding the basic tenets of CRT see A. H. DAFTARY, *Critical race theory: An effective framework for social work research, Journal of Ethnic & Cultural Diversity in Social Work*, 2018, p. 5. In particular, the Author explains how CRT's tenets can be used as a guiding framework for social work research and scholarship.

[12] See R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, *Harvard Law Review*, 96(3), 1983, pp. 561-675.

[13] For an analysis of the response to CRT in Europe see M. MOSCHEL, *Color Blindness or Total Blindness - The Absence of Critical Race Theory in Europe*, *Rutgers Race & L. Rev.,* Vol. 9, 2007, p. 57-127. The Author explains that, in spite of offering a general legal theory, CRT has not really stepped outside the United States' legal system and has, very surprisingly, received almost no attention at all in the continental European legal world, unlike the Law & Economics movement. In fact, an extensive research in current French, German, Italian, and Austrian legal literature has produced only very limited results, and even on a broader level, CRT seems to have gone practically unheeded in Europe. In particular, a broad mix of cultural, ideological, historical, political, philosophical, and legal reasons seems to have prevented CRT from becoming more influential in Europe. See also M. MOSCHEL, *Race in mainland European legal analysis: towards a European critical race theory, Ethnic and Racial Studies*, Vol. 34, No. 10, 2011, p. 1648-1664.

[14] For a further investigation on CRT see A. TESAURO*, Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista,* Turin, 2013, p. 67*;* G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero, in Politica del diritto,* n. 2/2008, p. 287*;* K. THOMAS – G. ZANETTI (eds.), *Legge razza diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti,* Reggio Emilia, 2005*;* K. CRENSHAW (eds.), *Introduction to Critical Race Theory: the key writings that formed the movement*, New York, 1996; D. M. ATHENA, *The Rise, Development and Future Directions of Critical Race Theory and Related Scholarship*, *Denver University Law Review*, 2006, p. 329: «[CRT] basic premises are that race and racism are endemic to the

As a school of legal theory contents are not fixed, but fluid. However, certain elements are deemed to be integral to CRT: racism as an endemic problem, scepticism toward dominant legal claim of colour-blindness and meritocracy, the necessity of a contextual/historical analysis of the law, the centrality of experiential knowledge, intersectionality and the commitment to an anti-racist social justice[15].

In the *Feryn* case, the CJEU has shown to be a driving force in the struggle against racial discrimination. At first glance, the fact that mere statements (in relation to which there is no evidence that they have been translated in a discriminatory recruitment procedure) could integrate a 'discriminatory treatment'[16] seems to be an undue impairment of the liberty of expression. Offering a race-conscious approach to understand inequality and structural racism, the CRT is a helpful tool to analyse this problem. Indeed, the increasing awareness of both subtle and overt forms of racist nativism and growing inequities is crucial to understand the necessity of a collective dimension of EU equality law.

Another important feature of the CRT is the critique of liberalism. Scholars argue that formal equality and legal rules requiring equal treatment, are capable of redressing only the most dramatic forms of injustice. Colour-blindness contributes to maintain forms of segregation[17].

Building upon these insights, the application of absolutist free speech principles, according to CRT scholars, is a choice to burden one group with a disproportionate share of the costs of speech promotion[18]. These considerations are useful to consolidate the conclusions of the Court.

Furthermore, since it is the first case in which the CJEU adopted a so narrow interpretation of EU equality provisions, it should be questioned if there is a convergence with self-interests of the dominant group[19]. Therefore, the reconstruction of the position in Luxembourg through the CRT methodological strategies of rhetorical and victim-centred constitutional analysis will be helpful to

---

American normative order and a pillar of American institutional and community life. Further, it suggests that law does not merely reflect and mediate pre-existing racialized social conflicts and relations. Instead law, as part of the social fabric and the larger hegemonic order, constitutes, constructs and produces races and race relations in a way that supports white supremacy».

[15] L. CARLSON, cit., p. 90.

[16] See Art. 2(2)(a) of the RED.

[17] For an in-depth analysis and critique of liberalism see R. DELGADO, – J. STEFANCIC (eds.), *Critical race theory*: *An Introduction*, New York, 2001; R. DELGADO, – J. STEFANCIC (eds.): *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, 2000.

[18] M. J. MATSUDA, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 8, 1989, p. 2320-2381.

[19] D. A. BELL, *Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma*, *Harvard Law Review*, 1980.

examine the consequences and the meaning of this case. The argument is dealt with in greater detail in § 2.2.

In addition, the thesis is mainly based on legal analysis, using a legal dogmatic method. It consists in clarifying the meaning and significance of legal rules, proceeding from its own content. The formal dogmatic approach studies law as such, without considering it in economics, politics, ethics and other social sciences[20]. Thus, law, case law and doctrine will be examined.

2. *Feryn* case: a starting point for the issue of collective discrimination through use of speech

In the *Feryn* case[21] the CJEU recognises that, although the RED definition of direct discrimination is framed in *individual* terms ("*one person* is treated less favourably than another"), a public statement that discriminates against a certain *group* of potential employees would also be covered by the Directive. Following a teleological interpretation, the ECJ found that «direct discrimination is not dependent on the identification of a *complainant* who claims to have been the victim»[22]. EU equality law protects also the *group* as such[23]. This is a relevant achievement because of it implies the possibility to demand the rights of the *group* before a Court. In addition, it could not be underestimated the deterrence that

[20] V. ALEXANDER – P. V. ZYRYANOV, *Formal-Dogmatic Approach, Legal Science in Present Conditions, Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences*, 2018.

[21] As doctrine on this case see, *inter alia*, F. BAYREUTHER, *Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, pp. 986-990; N. REICH, *Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Poiares-Maduro vom 12.3.2008 in der Rechtssache C-54/07*, *Europaische Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht*, 2008, pp. 229-230; J. CAVALLINI, *Une dèclaration publique d'un employeur peut constituer en elle-même une discrimination fondée sur la race ou l'ethnie*, *La Semaine Juridique – Social*, 2008, pp. 25-26; A. POTZ, *Öffentliche Äußerungen eines Unternehmers im Lichte des europäischen Gleichbehandlungsrechts*, *Zeitschrift für europaïsches Sozial und Arbeitsrecht*, 2008, pp. 495-505; L. FABIANO, *Le "parole come pietre" nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 2054-2058; R. CISOTTA, *Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in G. BIAGIONI – I. CASTANGIA (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Naples, 2011, pp. 167-184.

[22] *Feryn*, cit., para 25.

[23] See S. B. LAHUERTA, *Enforcing EU equality law through collective redress: lagging behind?*, *Common Market Law Review*, 55, 2018, pp. 783-818.

these collective redress, as a means of facilitating access to justice, could have on the so-called *duty-bearers*[24] (e.g. employers).

Although it is a rather dating case, the *Feryn* case will be examined for its epochal scope: in fact it is the first case in which the CJEU admits the possibility of direct judicial protection with regard to "collective rights".

The facts of this case highlight a tricky issue in the field of collective discrimination: could a mere public statement of a recruitment policy be a discrimination under Article 2 (2) of the RED? The CRT is a conceptual tool to understand why the decision of the CJEU has to be viewed as a great effort to counteract racial discrimination.

2.1 The *Feryn* case

The case is about the interpretation of the RED, which prohibits discrimination "on the grounds of race and ethnic origin" in the fields of employment, social protection, education and access to goods and services.

This case concerns a public announcement by the director of a company in Belgium, Mr. Pascal Feryn, who declared that he would not hire persons of Moroccan origin because its customers were reluctant to give them access to their private residences[25]. The *Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding* (Centre for equal opportunities and combating racism, "CGKR"), an anti-racist organization, brought the case before the Belgian Labor Tribunal, arguing that Feryn's statements constituted discrimination. The Court dismissed CGKR's claim. It held that the public statements made by the employer were merely evidence of potential discrimination: there is no proof of discrimination and no presumption that a person had applied for a job and had been rejected.

Subsequently, the Labor Court of Appeal subsequently asked the CJEU for a preliminary ruling regarding, *inter alia*, whether the statements could themselves constitute direct discrimination, without particular complainants having come forward contending that they had been victims of discrimination.

The UK and Irish governments intervened in the case arguing, as in the original case in the Belgian Labor Court, that there could be no direct discrimination where an employer had not acted on its discriminatory statements. They also argued that, in absence of an identifiable victim it is not possible to bring a claim before a national court.

---

[24] For a deeper investigation on this concept see T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, 2015.

[25] D. STRAZZARI, *Corte di Giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4/2008, p. 776.

The CJEU affirmed that a finding of discrimination on the basis of the Directive does not presuppose an identifiable victim[26].

More importantly, the Court held that:

The fact that an employer declares publicly that it will not recruit employees of a certain ethnic or racial origin, something which is clearly likely to strongly dissuade certain candidates from submitting their candidature and, accordingly, to hinder their access to the labour market, constitutes direct discrimination in respect of recruitment within the meaning of Article 2(2)(a) of Directive 2000/43 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. The existence of such direct discrimination is not dependent on the identification of a complainant who claims to have been the victim of that discrimination[27].

The CJEU recognised that employers can *directly* discriminate by declarations and held that discriminatory preferences of customers are no justification for discriminating (future) employees.

As a side note, it has to be noted that regarding to discriminatory issues, the fundamental disregard for employer's policy or interests[28] is not something uncontroversial in CJEU's case law. When it comes to the question of legitimacy of religious dress restrictions adopted by employers, the guidance descending from the *Feryn* case would be highly desirable in creating a more harmonised protective approach. In particular, it has to be remembered the recent *Achbita* case[29], in

[26] The argument that the concept of direct discrimination also includes purely potential comparative judgments was already been expressed in Literature, see M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali*, 2003, p. 411 e P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1/2002, p. 8.

[27] *Feryn*, cit., para 1.

[28] Pandering to (alleged) customers' preferences could not excuse a direct discrimination. As AG Maduro correctly pointed out in *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV,* C- 54/07, Opinion of AG Maduro, para 18: «market alone will not cure discrimination».

[29] Corte UE 14 marzo 2017, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, Causa n. C-157/15. For an analysis of the Judgment see J.H.H. WEILER, *Je Suis Achbita*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2018, pp. 1113-1144; J.R. MARÍN AÍS, *Freedom of Religion in the Workplace v. Freedom to Conduct a Business, the Islamic Veil Before the Court of Justice: Ms. Samira Achbita Case*, *European Papers*, 1/2018, p. 409-417; G. AMOROSO, *Libertà di culto e principio di «neutralità» nella prestazione di lavoro*, in *Foro italiano*, n. 4/2017, IV, p. 254; V. PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze di impresa*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2017, p. 1083); A. GUAZZAROTTI, *Bandire il velo dal posto di lavoro o prendere sul serio la dimensione pubblica dell'identità religiosa?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2017, p. 422; A. VALENTINO, *Il velo islamico di nuovo all'attenzione delle Corti europee tra rispetto*

which the Court stated that the prohibition of wearing the *hijab* (a head scarf) arising from an internal rule of a private undertaking prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, does not constitute direct discrimination based on religion or belief within the meaning of that Directive 2000/78/EC[30]. Hence, the CJEU clarifies that this rule may constitute indirect discrimination «if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary»[31].

Particularly critical is the line of argumentation concerning the characterization of the company measure as potentially creating indirect discrimination but not direct discrimination. Indeed, the purpose of ensuring 'neutrality' for the presumed purpose of offering a more 'professional' contact between company employees or some such objective, is pursued through a measure introduced for reasons relating to religion (and personal beliefs) and targeting all the protected class itself. The comparison of the disparate impact of the measure between the position of believers and non-believers could help to better understand its discriminatory effect. Accordingly, the very targeting of the protected category in the definition of neutrality makes the policy in this respect direct discrimination[32]. Otherwise, it follows the paradox that *discrimination* against all religious people would not be problematic. Probably only the different consequences it produces among religions (because of the rituality that characterized the practice related to some religions, e.g. Muslim or Jewish believers, with respect to others, e.g. Catholicism) remains indirect discrimination[33].

Departing from other consideration on this regard, criticisms could be moved also with respect to the proportionality test carried out by the CJEU to justify indirect discrimination.

---

della scelta della società e esigenze di neutralità delle aziende private (nota a sentenza di Belcacemi e Oussar c. Belgio della Corte di Strasburgo e dei casi C-157/15 e C.-188/15 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea), in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC),* n. 3/2017, p. 5; R. BIN, *Il velo svelato*, *European Papers*, 2017, II, 1, p. 457 E. HOWARD, *Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui, Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 357.

[30] For a different position of the CJEU with regard to a similar issue see ECJ 14 March 2017, C-188/15, *Asma Bougnaoui & ADDH v Micropole SA*.

[31] *Achbita*, cit., para 45.

[32] J.H.H. WEILER, *Je Suis Achbita*, cit., p. 1120.

[33] J.H.H. WEILER, *op.cit.,* p. 1120.

In particular, in this case the "wish to project an image of neutrality towards customers", which is an expression of the "freedom to conduct a business that is recognised in Article 16 of the Charter"[34], has been considered legitimate[35] and the rule imposed to achieve this aim of neutrality has been regarded as necessary[36].

This line of argument gives rise to great perplexity: if in the *Feryn* case customer's wish or preference seems to be irrelevant for establishing discrimination[37], in *Achbita* case, by virtue of an alleged "neutrality policy", the employer could exclude manifestation of religion or other 'convictions': on a closer examination, unless the pursuit of atheism or any kind of religious nihilism, the major purpose of this neutrality policy is precisely the willingness of the employer to not offend customers' susceptibility!

Moreover, apart from the doubtfulness on the legitimacy of a similar policy, in the judgment there is no proper argumentation on the strict balancing between employer's interest and the freedom of religion, which is the typical third stage of the proportionality test[38]. Certainly, a more accurate reflection on this point could have been able to reverse the judgment.

---

[34] *Achbita*, cit., para 38.

[35] With regard to the strict criterion that may justify differentiated treatments for employees see D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto discriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Naples, 2005, p. 394.

[36] In relation to the necessity of the to achieve the aim of neutrality, the CJEU stated that the prohibition must be limited to what is strictly necessary and concluded that this is the case if the company rule covers only workers who interact with customers. The CJEU also stated that it is for the referring Court to ascertain whether it would have been possible for the company, when faced with Ms Achbita's refusal to take off her headscarf, to offer her a post not involving any visual contact with customers (*Achbita*, cit., para 43).

[37] In para 91 of *Achbita* judgment the CJEU reminded this point: «if, for example, a customer, even an important customer, sought to make a demand on an undertaking to the effect that he be served only by employees of a particular religion, ethnic origin, colour, sex, age or sexual orientation, or only by employees without a disability, this would quite obviously not constitute a legitimate objective on the basis of which the undertaking concerned could lay down for its employees occupational requirements within the meaning of Article 4(1) of Directive 2000/78».

[38] On this topic see the brilliant critique of J.H.H. WEILER, *Je Suis Achbita*, *in European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, pp. 989-1018: «third stage proportionality was left out. The Court subsumes the third test into the first test. It holds, quite categorically, that in principle the policy of projecting an image of neutrality towards customers is legitimate, '… notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those workers who are required to come into contact with the employer's customers'. Having held that, it is understandable why its only concern is whether the company, without undue burden, could hide the likes of Chaya [*alias* Achbita] in the back office and does not address the central conflict of values issue».

2.2 Balancing the Rights to Freedom of Expression and Equality: critical race theory perspective

A starting point to analyse the *Feryn* judgement is the United Kingdom and Ireland position in the process. As said above, they argued that, provided that an employer had not acted upon its own discriminatory statements, any discrimination was only hypothetical. As such it could not be covered by the RED. Such an attitude outlines the core of the discriminatory speech problem. In other words, the issue of whether mere speech can constitute an act of discrimination. There is no express reference in the process about that, but it could not be denied its relevance.

The Advocate General Maduro, in his opinion, links the *performative* potential of the degrading expression to *speech acts theory* with a clear reference to Searle[39] and thus suggests the directly discriminatory effect of the speech discouragement for a job application by immigrants[40]:

By publically stating this intention not to hire persons of a certain racial or ethnic origin, the employer is, in fact, excluding those persons from the application process and from his workflow. He is not merely talking about discriminating, he is discriminating. He is not simply uttering words, he is performing a 'speech act'[41].

In view of all as been illustrated so far, two positions are at issue. On the one hand, the classical libertarian model of free speech, that constitutes a principle firmly rooted in the European context. On the other hand, a victim-centred approach, that is supported by Maduro AG. Remarkably, he starts his opinion with the metaphorical statement: «contrary to conventional wisdom, words can hurt». This explicit reference to the CRT most cited collection of articles with regard to hate speech, i.e. *Words that wound,* is a clear signal of the influence of this perspective[42].

---

[39] According to this approach, certain utterances do not just "sound" in the semiotic space of oral expressions, written texts, pictures, and songs, but perform as acts. This can be evident when considering consequences with legal implications (consider the role of "I do" as an answer to "Do you agree to marry Ms. X?" during a wedding ceremony or "Kill the nigger!" coming from a group of skinheads, addressed to a person of African origin). See J. SEARLE, *Austin on Locutionary and Illocutionary Acts*. In *The Philosophical Review*, 77, 4, 1968, pp. 414-418; J. L. AUSTIN, *How To Do Things With Word,* Oxford, 1975. For the perhaps most influential work on hate speech through the methodology of speech acts, see J. BUTLER, *Excitable Speech: A Politics of the Performative,* London, 1997.

[40] U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, New York, 2013.

[41] Opinion of AG Maduro in *Feryn* (C-54/07), cit.

[42] M. J. MATSUDA – C. R. LAWRENCE – R. DELGADO – K. W. CRENSHAW (eds.): *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Boulder, 1993.

Observations of CRT are also pertinent here[43]. When examining the issue concerning the freedom of expression, the historical and cultural context related to a stigmatizing statement could not be disregarded[44]. In *Feryn*'s words is inherent a defamatory symbolism of marginalization, having a painful impact on the Moroccan: they explicitly reveal the systemic and pervasive nature of racism within Europe[45]. CRT asserts that these incidents are neither random nor isolated manifesting: they are symptomatic of a society that remains entrenched in racist ideologies[46].

Thus, a passive attitude tolerating similar statements serves to perpetuate the permanence of racism: if the culture allows an employer to feel comfortable in targeting a group, racist behaviour is not handled and a hostile and alienating environment for certain ethnicities is supported.

'Hate' speech does act and does discriminate when experienced through the lens of a marginalised community: when addressing issue of discriminatory speech, a race-conscious approach has to be taken[47]. Thus, the absolutist liberal belief of freedom of expression must be rejected.

Applying these principles at the case at stake, it is noticeable that the race-based remedy proposed by the opinion of Maduro AG, the content of whom is confirmed in the CJEU's decision, is in line with arguments of the CRT.

This point of view, that is the CJEU orientation, could be considered an encouraging signal demonstrating a serious EU commitment to eradicate racial discrimination. In this respect, markedly, the *Feryn* case has been viewed as a possible catalyst for what has been called a 'European critical race theory'[48].

However, the possible interference of the *interest convergence* principle could not be ruled out. Derrick Bell, the pioneer of this doctrine, proposed the thesis

[43] For an account of CRT and its potential applicability in European law, see also U. BELAVUSAU, *Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses, European Journal of Legal Studies*, n. 3/2010, pp. 145-167.

[44] U. BELAVUSAU, *Fighting Hate Speech through EU Law, Amsterdam Law Forum*, vol. 4, no. 1, 2012, pp. 20-35.

[45] See G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2008, pp. 287-305. According to the Author's view, when a relationship of marginalization and subordination of one social group is proposed in linguistic form, words cease to be mere words to become instruments that contribute to the repetition of the oppression towards that minority.

[46] D. L. MCCOY, – D. J. RODRICKS, *Critical Race Theory in Higher Education: 20 Years of Theoretical and Research Innovations*, San Francisco, 2015, pp. 1-117.

[47] P. QUINN, *The problem of stigmatizing expressions: The limits of anti-discrimination approaches, International Journal of Discrimination and the Law*, 2017, pp. 23-50.

[48] U. BELAVUSAU, cit., p. 25

that the white majority group tolerates advances for racial justice only when it suits their interests to do so[49].

Thus, *Feryn*'s outcome should be scrutinized through a critical perspective. This apparently strong effort to combat racism demonstrated by the CJEU could be the result of civil society pressure or other factors, e.g. the need to offer an image of crusader of minority rights (considering the strengthening of EU law social dimension)[50]. This gain could not make a substantive difference if there is not a change in culture. It could only give a perception of strong protection of the discriminated group. Social reality is something different: the great deal of cross-sectional data suggests a striking persistence of high level of racism in Europe[51], especially in labour market.

This critique, actually, should be interpreted consistently with Crenshaw's *expansive* and *restrictive view* of equality in the body of antidiscrimination law: the *expansive view* interprets the objective of antidiscrimination law as the eradication of substantive conditions of subordination and it attempts to enlist the institutional power of the courts to further this goal. The *restrictive* vision, which exists side by side with this expansive view, treats equality as a process, downplaying the significance of actual outcomes[52].

---

[49] For instance, the idea that 'gains' resulting from the *Brown vs. Board of Education* reflected racial tolerance is misleading. The Supreme Court was merely giving effect to a momentary coincidence of interests: the principled justification for favouring rights of Blacks was the U.S. interest of improving its international image during the Cold War. See D. A. BELL, cit., p. 54.

[50] However, it should be noted that even in the *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford* case the CJEU adopted a very restrictive interpretation of the European anti-discrimination law. As better explained in section 4.1. the case concerned a case of discrimination in relation to sexual orientation, nevertheless perhaps it could be considered as a sign of an effective effort by the Court in Equality area, not restricted to racial matters.

[51] In line with the Eurostat statistics, all national Reports underline that migrants face higher rates of unemployment compared to the native population. In Austria, for instance, the unemployment rate for non-EU born persons is double that of the native-born population and in Finland and Belgium, it is even three times the national average. In addition, conducting field experiments national, national Reports converge in highlight that at the point of application, discrimination manifests itself when there are no public job postings, the selection is on the basis of names and addresses, or there is a requirement to add a picture to the letter of application. For more information see European Network against racism, *Racism and discrimination in employment in Europe*, ENAR Shadow Report 2012 -2013

[52] K. CRENSHAW – N. GOTANDA – G. PELLER – K. THOMAS, *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement,* New York, 1995, pp. 302-312.

However, despite the above reservations in assessing the achievements of EU jurisprudence, the fact that the CJEU is granting protection to cases of collective rights inherent also other grounds of discrimination (see the recent *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford* case, concerning discrimination on the basis of sexual orientation), undoubtedly shows a certain sensitivity in acknowledging the pervasiveness of discriminatory logics. Coherently, the Court seems to actively address existing power imbalances, with the awareness of the sociological issues that stem from matters relating to discrimination. In this way, efforts are being made to move towards genuine substantial protection and to create a more egalitarian state of affairs.

3. The enforcement of collective discrimination without an identifiable victim: critical remarks

As previously stated, substantive EU law grants protection to groups of individuals targeted by discrimination, even when individual victims cannot be identified.

Traditionally, the burden of pursuing anti-discrimination proceedings is an individual one.

Now discrimination transcends individual harm: the Court became a place also to remedy community exclusion. Thus, the *group* could bring actions in the public interest, namely for the respect of the equality principle.

Hence, as far as a *group* is concerned, what procedural instruments could it invoke? The next paragraph provides the legal basis to answer this question.

3.1 Legal Framework of EU collective redress

A proceeding in which individual plaintiffs do not need to be identified is called *actio popularis*. In equality law area, lawsuit is filed by NGOs, or other legal entities, who demonstrates an interest to defend the right to equal treatment[53]. Instead of the harm suffered by individual victims, *actio popularis* focuses on patterns, trends and practices of discrimination[54]. Thus, it is ideal for tackling institutional, structural, or *de facto* discrimination[55].

[53] On this regard, see C. FAVILLI*, I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale,* in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2014, 3, pp. 439-463; B. HESS, *A coherent approach to European collective redress*, D. FAIRGRIEVE – E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford, 2012, p. 107.

[54] European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field. (2014) *European Anti-discrimination Law Review.*

[55] Also the European Court of Human Rights (ECtHR) has recently dealt with institutional cases of discrimination. The ECtHR has held that a person must be directly affected by the impugned measure in order to file a complaint and that the Convention did not envisage the bringing of an actio popularis complaint, (e.g. *Tănase v. Moldova* [GC],

According to Art. 7(2) of the RED "associations, organisations or other legal entities, which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, *with his or her approval*, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations contained in this Directive"[56].

The most significant evidence that stems from this provision is that legal entities may only engage in legal proceedings *with the complainant's approval*. Thus, in cases of 'victimless discrimination' there is no obligation incumbent on Member States to provide the remedy of *actio popularis*. Legal remedies are thus seen largely in individual terms; the role of collective actors is mostly concerned with supporting actual victims who need to carry the claim or approve of it[57].

However, in *Feryn* case the CJEU clarifies the meaning of this provision «it does not follow from that provision that Member States are precluded from granting additional possibilities for legal enforcement or redress». On the contrary, the Directive expressly provides that «Member States may introduce or maintain provisions which are more favourable to the protection of the principle of equal treatment than those laid down in this Directive» and that «[t]he implementation of this Directive shall under no circumstances constitute grounds for a reduction

---

no. 7/08, § 104, ECtHR 2010). Nevertheless, ECtHR has allowed a legal standing (*locus standi*) to an association as it was a party to the proceedings brought by it before the domestic Courts to defend its members' interests. *See* also *Aksu v.* Turkey. Here the plaintiff, who was of Roma origin, complained about remarks and expressions in publications which allegedly debased the Roma community. The ECtHR noted that although the plaintiff had not been personally targeted, he could have felt offended by the remarks concerning the ethnic group to which he belonged. In view of the fact there had been no dispute in the domestic proceedings regarding his standing and the need to apply the criteria governing victim status flexibly, the Court accepted that the plaintiff could be considered a victim. These are results of particular interest considering the implications of the pilot judgment procedure that the ECtHR could activate.

For more information on *actio popularis* see S. CHUBRIKJ – N. C. DIMOVSKA, *Use of* actio popularis *to cases of discrimination, Committee for Human Rights in the Republic of Macedonia*, Helsinki, 2016.

[56] Among the non-judicial means identified by the States when implementing the directive, the most prominent are those that attribute competence to labor inspectorates, ombudsmen or human rights agencies; M. BELL, *Developing the Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States Compared, Human European Consultancy and European Commission*, 2006, p. 66.

[57] E. MUIR – M. DAWSON – M. CLAES, *A tool-box for legal and political mobilisation in European equality law*, D. ANAGNOSTOU – M. CLAES (eds.), *Rights in pursuit of social change: legal mobilisation in the multi-level European system*, London, pp. 105-126.

in the level of protection against discrimination already afforded by Member States in the fields covered by this Directive»[58].

Thus, the introduction of more favourable provisions, i.e. *actio popularis*, is a mere faculty left to the margin of discretion of the Member States. It is a matter of domestic law whether or not an equal treatment body such as the CGKR may bring legal action if it is not acting on behalf of a specific complainant. This is due to the principle of procedural autonomy of Member States[59]. Therefore, only in those countries, such as Belgium or Italy, that provides equality organizations to bring claims on behalf, without the necessity of the victim consensus, the group's rights are likely to be enforced.

Overall, this legal overview suggests that, from a substantive perspective, EU Law protects both individual and *groups*. Nevertheless, if Member States does not ensure an appropriate national procedure to enforce the right of the *group*, «there can […] be EU rights without judicial protection»[60]. Indeed, the range of discriminatory behaviour prohibited by the Directive is one thing; the range of enforcement mechanism and remedies which the Directive specifically imposes is quite another[61].

However, according to the principle of effective judicial protection (art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights), there is a duty for Member States to provide remedies *sufficient* to ensure *effective* legal protection in the fields covered

[58] *Feryn*, cit., para 13.

[59] See *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor groenten en fruit,* C-51-54/7. From the literature on the principle of procedural autonomy, see P. WATTEL, *National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law, Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 109; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri: Paradise lost?,* Turin, 2009.

[60] S. BELJIN, *Rights in EU Law*, S. PRECHAL – B. VAN ROERMUND, (eds.), T*he Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts,* Oxford, 2008.

[61] Similar issues have in recent years been the subject of much attention in the area of EU environmental law, as a consequence of the EU's accession to the Aarhus Convention. In a recent ruling, the CJEU insisted that, although Article 9(3) of the Convention does not itself grant a right of action to environmental groups, domestic Courts should interpret, "to the fullest extent possible", the national procedural rules in the light of the objectives of Art 9(3) and the objective of effective judicial protection of the rights conferred by EU law (Case C-240/09 *Lesoochranárskezoskupenie* [2011] ECR I-1255). This shall be done "in order to enable" an environmental protection organisation to challenge before a Court a decision taken following administrative proceedings liable to be contrary to EU environmental law. Such developments should be kept in mind when reflecting on the legal framework setting minimum procedural rules for the enforcement of EU equality law. For a further investigation see E. MUIR – M. DAWSON – M. CLAES, *A tool-box for legal and political mobilisation in European equality law*, cit., p. 124.

by EU law[62]. Therefore, applying this principle, Member States procedural systems should provide *appropriate* collective redress, i.e. *actio popularis*, to not render the rights granted by EU law merely theoretical and illusory[63]. This is due to the fact that it is the only judicial procedure that permit the enforcement of "collective rights", such as those invoked in the *Feryn* case[64].

The principle of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU consolidates this argument.

The fact that minority groups falling within the scope of the Equality Directives have the right not to be discriminated against, but EU law does not require that groups, as such, or legal entities representing them, have access to judicial and/or administrative procedures under national law seems to be a paradoxically inconsistence[65]. Conclusively, it has to be argued that the success of EU Equality Law in terms of protection against discrimination depends, *inter alia*, on the coherence between substantive and procedural provisions. The *mimimum* standard laid down by the RED could be not sufficient to grant protection to harmful acts against a certain group.

[62] According to art. 47, para 1, CFREU: "(1) Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal […]". A further specification can be found in art. 19, para 1, of the Treaty on European Union: "Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law".

[63] S. B. LAHUERTA, cit., p. 807.

[64] For a detailed analysis of the principle of effective judicial protection see G. D'AVINO, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, A. DI STASI (eds.), Naples, 2019. The Author remarked that the Treaties (by virtue of the principle of effective judicial protection in addition with the corollaries of the principles of equivalence and effectiveness) have not «intended to create new remedies in the national Courts to ensure the observance of Community law other than those already laid down by national law» (*Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern*, Case C-432/05, para 40). However, the conduct of the State shall be subject to censure only *in cases where the it is precluded satisfaction with regard to EU Law* or where the positions of individuals are treated in a different way from that intended for those of origin purely internal. It seems to us that the case of discrimination without an identifiable victim is entirely attributable to the first hypothesis in so far there is no possibility of taking legal action where there is no State rule allowing access to justice for associations representing the interests affected.

[65] S. B. LAHUERTA, cit., p. 807. This point as has been also emphasized by R. KRAUSE, *Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, Common Market Law Review*, 2010, pp. 917-931.

4. A practical approach concerning the implementation of EU Equality Directive

To be effective, remedies and sanctions must achieve the desired outcome, and to be dissuasive, sanctions must deter future acts of discrimination.

It is clear that even if the ECJ has shown sensitivity in discrimination issues, sanctions will be none of these if there are no effective, simple, swift and sustained mechanisms for enforcement[66].

In this sense, a proper implementation of EU equality law, as illustrated in 3.1, is an important tool to achieve equality. Indeed, two studies promoted by the European Commission and the European Union Agency for Fundamental Rights had highlighted how collective redress could play a very useful role in overcoming the problems related to access to justice against discrimination[67]. Both studies agreed that victims of discrimination, even though they are aware of the infringement of their rights and of the possibility of taking legal action, show difficulties in addressing a court through an individual appeal for a variety of reasons. In particular, the complexity of the relevant law and procedures creates uncertainty with regard to the real convenience of the action. In addition to that, the comparison of costs, benefits and other negative consequences of the compliant often discourages victims. Some of these difficulties can be overcome through collective redress, assigning a special position to representative organizations. Indeed, NGOs great relevance in this context could be perceived considering that they could be able to overcome the lack of economic resources of the victims and make their expertise in this area available. Moreover, practice has shown that frequently people react against discrimination only through the intervention of a non-governmental organization. This demonstrates the major role of collective actors in compensating for the weakness of individual enforcement

[66] See B. COHEN, *Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life under the EC Anti- Discrimination Directives*, *Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement*, 2004; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale,* Milan, 2007.

[67] *Access to justice in cases of discrimination in the EU - Steps to further equality*, European Union Agency for Fundamental Rights, Wien, 2012; *Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law, European Commission - Milieu*, Brussels, 2011. See also the *Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('Employment Equality Directive'),* COM(2014)2, 2014.

and in raising awareness of discriminated people's rights[68]. For this reason, the existence of a collective remedy through a representative organization becomes essential to grant each person's fundamental right to an effective remedy. Furthermore, in the case of victimless discrimination collective redress is the only way to ensure the right to equal treatment (*ubi ius ibi remedium*).

This section provides an overview on a specific country, i.e. Italy, which has implemented collective redress, giving an account of the effects of such provisions. That is to say that civil society could be a key-tool for the empowerment of the discriminated group.

Nineteen Member States allow NGOs to take action in the public interest, without representing an identified, individual victim (*actio popularis*), although such standing does not always cover all the fields or all the grounds, and in some instances, only covers certain types of proceedings[69].

4.1 The Italian perspective. Towards an advancing protection of equality rights: *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford* case

In 2003 the Employment Directive 2000/78/EC (on equal treatment irrespective of religion or belief, disability, age, or sexual orientation regarding employment and occupation) and the Directive 2000/43/EC (which introduced prohibition of discrimination on the basis of race or ethnicity in the context of employment) have been implemented in Italy by, respectively, Legislative decree n. 216 and n. 215 (of 9 July 2003), issued by the government acting upon delegation of the Parliament.

Pursuant to Article 5(2) of the Legislative Decree n. 216/2003, entities being regarded as representing the interests of the injured parties collectively have legal standing where discrimination in matters of employment is directed against a

[68] See the periodic reports published in «Antidiscrimination Law Review». For a special overview on the Italian context see A. GUARISO (eds.), *Quattro anni alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, Milan, 2012.

[69] Italy, Austria, Bulgaria, Croatia, France, Germany (this option exists only on the basis of disability law), Hungary, Liechtenstein (this option is nevertheless restricted. Articles 27 to 29 and 31 of the Act on Equality of People with Disabilities entitle associations for people with disabilities to make legal claims on their own behalf for accessibility provision in public buildings, for accessibility of public roads and traffic areas, and for accessibility on public transport systems), Luxembourg, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Malta (only the National Commission for the Promotion of Equality may launch an *actio popularis*), Montenegro (anyone can initiate a procedure for the protection of public interest before the Constitutional Court), the Netherlands, Norway, Portugal, Romania, Serbia, Slovakia and Spain (only in criminal proceedings and in the field of employment, for trade unions). *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe,* Directorate General for Justice and Consumers (European Commission), European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*,* 2019.

whole category of persons rather than against an identified victim (i.e. *actio popularis*)[70]. In addition to that, pursuant to Article 5(1) these entities may engage in civil proceedings for the enforcement of principle of equality, in the name and on behalf of victim, against the alleged perpetrator of discrimination. In such cases, they must be authorized from the presumed victim with public act or private deed.

With regard to discriminations related to race and ethnic origin, Article 5(3) of the Legislative Decree n. 215/2003, provides the same protection with respect to the other grounds of discrimination, with the specificity that the Department for Equal Opportunities of the Presidency of the Council of Ministers keeps a list of associations and bodies selected on the basis of "their purpose and the degree of continuity in their action". The aforementioned list under the Department of Equal Opportunities contains 453 associations[71]. This data shows a growing relevance of organization as well as a widespread presence of civil society in promoting equality. Associations are more aware of their key role in strategic litigations[72].

These findings support the idea that provisions which provide legal entities promoting equality with appropriate tools to enforce rights are not something redundant[73]. Also, in the practical experience should be noted that their role in bringing justice has been encouraged.

---

[70] For an overview of the *Feryn* decision with particular regard to the Italian anti-discrimination law, see F. SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1/2009, pp. 243-251. On this regard it is worth to be mentioned the special focus on the problems of coordination of the Legislative decree 215/2003 (which has implemented the Directive 2000/43/EC) and the existing legislation (Legislative decree 286/1998). See also D. IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio,* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2008, p. 765.

[71] *Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta e al Parlamento sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e sull'efficacia dei meccanismi di tutela*, Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, 2018.

[72] See*,* i.g, Ord. proc. n. 17035/2012, Tribunale di Roma, Sez. Civile. In this case two NGOs filed an action against the municipality of Rome claiming that the policy of placing Roma in a camp named La Barbuta, a large settlement in the remote outskirts of Rome and so hindering their effective inclusion in society, was discriminatory. The Tribunal of Rome convicted the Municipality of Rome for indirect discrimination according to Art. 2 of Legislative decree 215/2003 implementing Directive 2000/43/EC.

[73] M. CAIELLI, *Il public interest law movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, in *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA (eds.), Milan, 2017, p. 95.

Not only the Italian legislator has transposed the provisions of the EU equality Directives concerning procedural mechanisms to enforce 'collective' rights in an extensive manner, but also Italian jurisprudence has accepted CJUE's case law in a promising way. The most significant judicial cases concerning directly discriminatory declarations could be useful to illustrate this trend.

Apart from the famous *Taormina* case described below, another considerable case was settled in 2015 thanks to the active role of ASGI and the Associazione 21 luglio. The judgment was made by the Court of Rome on 6 February 2015, ruling against an editor for the publication of a legal handbook containing discriminatory examples of criminal conduct perpetrated by Roma people, referred to as 'Gypsies'. It is clear that these cases could be brought before the national Court thanks to the fact that Italy implemented the EU Equality directives in a manner that also *actio popularis* are available[74].

Hence, it is worth to be mentioned another remarkable case concerning directly discriminatory declarations, whose relevance goes beyond national borders because of the involvement of the CJEU for a preliminary ruling. The case, whose protagonist was the well-known lawyer and Professor Carlo Taormina, was concerned with discrimination on the ground of sexual orientation[75]. Taormina

[74] Even more relevant is the case law regarding the legal standing of associations when there is a case of discrimination on grounds of nationality. In three recent decisions, the Supreme Court of Cassation held the associations listed in the list referred to in art. 5 Legislative Decree n. 215/03 are also actively entitled to collective discrimination based on the factor 'nationality', notwithstanding the lack of express provision in this regard. «*The legitimacy of collective bodies in the matter of discrimination is* in fact *a general rule*, functional to the need to provide protection, through a remedy of an inhibitory nature, to an indeterminate series of subjects to counter the risk of an injury of a diffusive nature and that therefore must be, as far as possible, prevented or circumscribed in its offensive scope»; consequently an interpretation of the rules that excludes such legitimacy as is provided for all other factors, for the nationality factor alone, would not be admissible. In doing so, the Supreme Court offers a systematic interpretation of the provisions regarding discrimination on the ground of nationality (Art. 44, para. 10, Legislative Decree no. 286/1998) in accordance with those on discrimination on the ground of racial and ethnic origin. Hence the Court clarifies that collective actions against discrimination may also be brought against an administrative act that has a dissuasive effect on municipalities and on persons who are potentially affected by the act, in that they have been persuaded not to apply for the benefit concerned (Cass. Civ. sez. lav., 07/11/2019, (ud. 11/09/2019, dep. 07/11/2019), n. 28745; Cass. civ. sez. lav., 08/05/2017, (ud. 08/02/2017, dep. 08/05/2017), n. 11166 Cass. civ. sez. lav., 08/05/2017, (ud. 08/02/2017, dep. 08/05/2017), n. 11165).

[75] For a detailed analysis on the Italian case-law involving the unequal treatment in employment and occupation on the grounds of sexual orientation, see G. VIGGIANI, *Orientamento sessuale e discriminazione sul luogo di lavoro. Un resoconto sull'utilizzo del*

stated, in an interview during a radio programme, that he would not wish to recruit homosexual persons to his law firm. The *Associazione avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford*[76], pursuant to art. 5 of the Legislative decree 216/2003 brought proceedings against Taormina, complaining that he had violated the prohibition of direct discrimination. The defendant argued that the facts were concerned with a hypothesis of merely abstract discrimination. Indeed, at the moment of the interview no selection was in progress and that the contested statements had a joking character and were an expression of the defendant's freedom of thought. By order of 6 August 2014, the District Court of Bergamo, sitting as an employment tribunal, ruled Taormina's conduct to be unlawful in so far as it was directly discriminatory[77]. In particular according to the Tribunal a direct discrimination may occur even when there is not an identifiable complainant who claims to have been victim of such discrimination. In addition, discriminatory

D.lgs. 216/2003 in sede giudiziale, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2017, pp. 45-66.

[76] The *Associazione avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford* is an association of lawyers that defends the rights of lesbian, gay, bisexual, transgender or intersex persons (LGBTI) in Court proceedings.

[77] The District Court of Bergamo quoted in the sentence several paragraphs of the CJEU judgment *Accept (Asoçiatia ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii,* C-81/12, 25 April 2013), due to the similarity with the case at stake. In this case, a club patron heralded that he will never hire a homosexual football player to the team. Regarding this decision, see U. BELAVUSAU, *A penalty card for homophobia from EU non-discrimination law: comment on Asociaţia Accept (C-81/12)*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 21.2, 2015, p. 370; L. CALAFÀ, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2014, pp. 133-138; M. CASTELLANETA, *Se un dirigente di calcio fa dichiarazioni omofobe il club deve provare l'assenza di discriminazione. Spetta agli Stati membri prevedere sanzioni effettive e proporzionate*, in *Guida al diritto*, n. 21/2013, pp. 88-90; Z. NENDL, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Arrêts «Associaţia Accept», Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 366; L. TOMASI, *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d'appello di Brescia, 11 dicembre 2014*, in *GenIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n. 1/2015, pp. 221-235. Upon closer examination the case in commentary was the perfect transposition of the *Feryn* case-law because both were related with cases of discrimination without an identified victim. Instead, the *Accept* case, even if it was concerned with discrimination on the basis of sexual orientation, differed from the Italian case because it involved statements made against a particular person who refrained from taking an action. This subtle distinction is correctly noted by the Court of Appeal of Brescia, which seems to prefer referring to *Feryn* case line of arguments.

statements as those made by the defendant were likely to strongly dissuade certain candidates from submitting their candidature and, accordingly, to hinder their access to the labour market[78]. On that basis, the Court ordered Taormina to pay EUR 10 000 to the Associazione in damages and ordered extracts from that order to be published in a daily newspaper.

By judgment of 23 January 2015, the Court of Appeal of Brescia dismissed Taormina's appeal against that order[79]. Thereafter, the Supreme Court of Cassation, before which Taormina had appealed the decision, made a referral to the CJEU on the question of whether the organization had legal standing to bring proceedings under Article 9(2) of the 2000/78/EC Directive[80].

With regard to this issue, has to be remembered that in the *Feryn* case a public entity (that we could qualify as an independent administrative authority) brings the proceeding before the Court, while in the present case the petitioner is a private body whose representativeness of the collective interest is derived solely from its statutes. In particular, it is an association of lawyers whose principal objective is to offers legal assistance to LGBTI persons and its statutes provides that it also aims to promote respect for the rights of those persons.

In this sense, the principle established by the CJEU according to which «Directive 2000/78 must be interpreted as not precluding national legislation under which an association of lawyers whose objective, according to its statutes, is the judicial protection of persons having in particular a certain sexual orientation and the promotion of the culture and respect for the rights of that category of persons, automatically, on account of that objective and irrespective of whether it is a for-profit association, has standing to bring legal proceedings for the enforcement of obligations under that directive and, where appropriate, to obtain damages, in circumstances that are capable of constituting discrimination […]

[78] For an analysis of the ECJ case-law with a critical approach evaluating the application of that outcomes into Italian legal system in the light of the recent judgment of the Corte di cassazione about punitive damages (decision n. 16601/2017 of the Joined Chambers) see F. BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice, in Responsabilità civile e previdenza*, n. 1/2018, pp. 69-104.

[79] With regard to the entire judicial case see M. RANIERI, *Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela antidiscriminatoria,* in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1/2015, pp. 125-133.

[80] Pursuant to Article 9(2) of the Directive 2000/78/EC: «Member States shall ensure that associations, organisations or other legal entities which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under this Directive». The provision is substantially equivalent to Article 7(2) of the 2000/43/EC Directive.

against that category of persons and it is not possible to identify an injured party» is of great relevance because of the potential widespread of a pluralism of private entities legitimate to enforce anti-discrimination rights. Following this, where legitimate interest is made out it is open to an association to ask for discriminatory conduct to be sanctioned in an effective, proportionate and dissuasive manner (which can include an award of damages).

In addition to that, the Court of Cassation was doubtful whether the lawyer's statements could fall within the material scope of the Directive 2000/78 and, more particularly, within the concept of 'conditions for access to employment [...]or to occupation' provided that there was no individual recruitment negotiation or public offer of employment at the time when those statements were made. Ultimately the Court asked if these statements could find protection by virtue of the freedom of expression[81].

The existence of a discriminatory public statement and the absence of an identifiable victim are the traits shared by the case in commentary and the leading case *Feryn*. Notwithstanding this similarity, has to be remarked that in the present case there is no an actual recruitment procedure. For this reason, the interpretation of the Directive as covering discriminatory statements, «even though no recruitment procedure had been opened, nor was planned, provided that the link between those statements and the conditions for access to employment or occupation within that undertaking is not hypothetical», is very impactful[82].

[81] See C. POWELL, *'Words have wings': Advocate General Sharpston considers that homophobic comments made in a radio interview can contravene the Equal Treatment Framework Directive*, *Discrimination Law Association Briefings*, Vol. 69, 2020, pp. 13-14.

[82] As regards the criteria to be taken into consideration to establish if there is a sufficient (or better, *not merely hypothetical*) link between certain statements and the conditions for access to employment, the CJEU reminds points 53 to 56 of the Opinion of Advocate General Sharpston (delivered on 31 October 2019, Case C-507/18, *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford,* EU:C:2019:922). The CJEU states: «the relevant criteria are, first, the status of the person making the statements being considered and the capacity in which he or she made them, which must establish either that he or she is a potential employer or is, in law or in fact, capable of exerting a decisive influence on the recruitment policy or a recruitment decision of a potential employer, or, at the very least, may be perceived by the public or the social groups concerned as being capable of exerting such influence, even if he or she does not have the legal capacity to define the recruitment policy of the employer concerned or to bind or represent that employer in recruitment matters. Also relevant, second, are the nature and content of the statements concerned. They must relate to the conditions for access to employment or to occupation with the employer concerned and establish the employer's intention to discriminate on the basis of one of the criteria laid down by Directive 2000/78. Third, the context in which the statements at issue were made – in particular, their public or private character, or the fact

Therefore, the Court clarifies the scope of application of Directive 2000/78/EC in situations where there is no identifiable compliant with an interpretation that overcomes also the precedent *Feryn:* protection is now accorded also with regard to discriminatory statements pronounced by someone who merely has the authority to open a recruitment procedure. The crucial point is that the absence of a recruitment procedure does not constitutes a sufficient element for considering the statements to fall outside the scope of the Directive.

The EU Equality law finds in the case *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, C-507/18,* new application developments and important confirmations. In particular, relevant anti-discrimination law principles – such as the *locus standing* of an association representing the interests affected (as in *Feryn* and *Asociaţia Accept* case) or the relevance of direct discrimination even though no actual victim could be identified – could be considered consolidated. In the case here illustrated the CJEU seems to continue to interpret Directive 2000/78/EC in light of the objective to ensure full effectiveness of the principle of equal treatment in employment, refusing to define its scope of application narrowly.

The CJEU also addressed the issue concerning the balancing between the right to equal treatment and the freedom of expression. In particular, the Court stated that stems from Article 52(1) of the Charter that freedom of expression is not an absolute right and its exercise may be restricted provided that limitations are required by law and proportionately serves objectives of general interest. In this case restrictions result directly from the anti-discrimination directive and are applied only for the purpose of reaching its objectives (namely to safeguard the principle of equal treatment in employment). In addition, the interference with the exercise of freedom of expression does not go beyond what is necessary to attain the objectives of that directive, in that only statements that constitute discrimination in employment and occupation are prohibited. Furthermore, these limitations are necessary to guarantee the rights in matters of employment of the persons covered by that directive. Indeed, the CJEU explains that the very essence of the protection afforded by that directive in matters of employment and occupation could become illusory if discriminatory statements fell outside the scope of the directive, solely because they were made in the context of a radio programme or constitute the expression of a personal opinion of the person who made them[83].

that they were broadcast to the public, whether via traditional media or social networks – must be taken into consideration».

[83] *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford* case, cit., paras 47 to 56.

Therefore, the CJEU, as in *Feryn* case, remarks properly the relevance of the 'dissuasive force' of mere speech in antidiscrimination area, demonstrating that the equality directives are capable of being applied to a wide range of stigmatizing expressions or statements, even in the absence of treatment. The outcome is a judgement where there is an adequate balance between different values at stake.

In light of this, it could be argued that the underlying principles of this sentence, by showing ECJ inclination to expand the notion of discrimination, are another positive step in Europe to combat discrimination. In fact, the extent of the protection accorded with regard to discrimination in employment matter demonstrates the commitment of the CJEU to give full effectiveness to the Article 2 of the TEU and 10 of the TFEU, together with secondary law in this area. What's more, all the decisions ruled and the national legislation adopted to enact the anti-discrimination directives demonstrate the crucial transformation of the European integration process, and the growing role of human rights in it.

Quite interestingly, though, is the emergence of an advanced form of judicial protection which is independent by a specific victim's mobilization and that rely on collective actors. Clearly, this great opportunity is with no effect with regard to those Member States that have not implemented adequate provisions concerning collective redress. Through the overview of the Italian situation it is provided a clear example of the results that could be achieved by an appropriate transposition of EU Equality Law. Accordingly, the exploiting of law instruments concerning collective redress could be crucial to achieve a more effective justice in antidiscrimination area and, thus, to mark progressive cultural and attitudinal changes.

5. Concluding remarks

The article has examined the theme of collective discrimination at the EU level. Even if particular cases have been analysed, i.e. the *Feryn* case and *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford* case, the principles stemming from these judgments may have a broader impact, being applicable with respect to other grounds of discrimination. From this consideration results that public statements of unwillingness to employ a certain ethnic group, women, homosexuals, or people of a certain religion would be equally liable to sanction. It has been pointed out also that the link between these statements and the recruitment process tend to be more and more nuanced, so that anti-discrimination protection has become increasingly pervasive.

This work, furthermore, has illustrated that legal standing to legal entities promoting equality is not required by the obligations stemming from EU law. Nonetheless, normative reasons and the fundamental contribution that civil society could offer to promote equality lean towards the necessity that Member States

grant this possibility. This pressure from the bottom is crucial to ensure full effectiveness in practice of EU equality law and to give vitality to the fundamental effort of the Court of Justice in defining an advanced moral identity of Europe.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio (ord. n. 60/2020)

LIO SAMBUCCI*

Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 60 del 26 marzo 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0060o-20.html

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
L. SAMBUCCI, *Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio (ord. n. 60/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatore in Diritto Amministrativo e Professore Aggregato di Contabilità di Stato nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: lio.sambucci@uniroma1.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. È di poche settimane fa l'ordinanza – 26 marzo 2020, n. 60 - con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile l'annuale (ormai, sarà un appuntamento fisso) ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto (dai Deputati e dai Gruppi parlamentari di opposizione) in occasione dell'approvazione della legge di bilancio. Nella sostanza, il motivo di doglianza è sempre lo stesso, e riguarda l'assunto che la prassi approvativa della legge di bilancio, mediante posizione della questione di fiducia sul maxi-emendamento governativo, avrebbe determinato la vulnerazione delle prerogative funzionali dei componenti delle Camere, riconducibile alla compressione del necessario spazio di esame di una iniziativa legislativa di grande rilevanza, nella quale «si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico e in cui si decide della contribuzione dei cittadini alle entrate dello Stato e dell'allocazione delle risorse pubbliche» (Corte cost., ord., 8 febbraio 2019, n. 17).

Nella ricostruzione delle ragioni che hanno indotto nel senso della declaratoria di inammissibilità del ricorso per conflitto, la Corte si limita – sempre in sostanza – a ribadire le posizioni già espresse dalla citata Corte cost. (ord.) n. 17/2019; e questo spiega il limitato interesse suscitato dalla richiamata ordinanza n. 60/2020, la quale, tuttavia, induce ad alcune osservazioni.

2. Una prima osservazione riguarda la constatazione che, come era facilmente prevedibile (e come previsto), non ha sortito alcun effetto l'intento monitorio che alcuni osservatori hanno attribuito a Corte cost. (ord.) n. 17/2019: tanto che, pure a fronte dei rilievi critici dei Giudici costituzionali, la legge di bilancio per il 2020 è stata approvata esattamente con le stesse modalità con cui era stata approvata l'anno precedente e prima ancora. (La circostanza che, nel frattempo, vi sia stato un avvicendamento governativo conferma che la suddetta prassi approvativa – criticata anche politicamente, ma solo quando si è all'opposizione - accomuna tutte le forze politiche). Né alcun effetto poteva essere prodotto, in quanto, allo stato attuale del sistema di disciplina, la richiamata prassi approvativa della legge di bilancio appare inevitabile, in considerazione, tra l'altro, dell'ampio spazio di intervento normativo possibile in sede di bilancio, della concentrazione dei lavori parlamentari essenzialmente proprio nell'intervento modificativo della legislazione finanziaria (e, soprattutto, di spesa: con la presentazione di centinaia di emendamenti), del possibile prolungamento della interlocuzione con le istituzioni europee, della tempestività della decisione di bilancio (quale garanzia di pienezza delle prerogative funzionali del documento e di minima affidabilità delle finanze pubbliche): elementi che, in disparte ogni altra osservazione, determinano la complicazione (ovvero la obiettiva complessità) del procedimento legislativo, rispetto alla quale rimangono scarsamente incisivi gli strumenti apprestati dai regolamenti parlamentari.

3. Si tratta di elementi che introducono il secondo ordine di osservazioni, il quale attiene alla constatazione che l'attenzione continua a rimanere interamente assorbita dal carattere decisionale della legge di bilancio, mentre risulta trascurato il profilo riguardante l'esercizio della funzione di controllo delle Camere sugli equilibri della finanza pubblica. Anche la giurisprudenza costituzionale, come accennato, rileva la centralità della legge di bilancio (e, quindi, dei relativi lavori parlamentari di esame e discussione) nella rilevanza delle scelte politiche che vi trovano espressione, normativa (nella prima sezione), finanziaria (nella seconda sezione), descrittiva (negli allegati). Nessun riferimento viene fatto, invece, dalla Corte alla funzione di controllo parlamentare, la cui valorizzazione pure costituisce uno dei profili evolutivi dei principi introdotti da legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, ove, all'art. 5, comma quarto, è stabilito che le Camere «esercitano la funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e le spese» («nonché alla qualità e all'efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni»). Si tratta di un dato che, peraltro, si giustifica proprio con la (ovvero è reso inevitabile dalla) rilevanza attribuita dal legislatore costituzionale al principio di equilibrio di bilancio, e, più in generale, ai valori di equilibrio delle finanze pubbliche e di stabilità finanziaria (come risultanti dal sistema di cui agli artt. 81, 97, comma primo, e 119, commi primo e sesto, Cost.); e con la loro (molto) complessa giustiziabilità, suscettibile, peraltro, di determinare una sovrapposizione della valutazione giurisdizionale (che, nella materia finanziaria, si espone a spazi di discrezione molto ampi, e, soprattutto, difficilmente oggettivabili) alla discrezionalità della scelta politica. È un dato di elementare constatazione che i suddetti valori trovino primario presidio proprio nella legge di bilancio, che vede, così, evolvere le proprie connotazioni funzionali: le quali cessano di essere circoscritte ai profili programmatori, decisionali, autorizzativi, e si estendono (certo più nitidamente rispetto alla precedente disciplina) alla garanzia degli equilibri finanziari complessivi (con impatto anche sulla tutela degli altri valori di rilevanza costituzionale: un aspetto sul quale la giurisprudenza costituzionale insiste molto).

Ora, se è vero che il *thema decidendum* rimane definito dalla prospettazione ricorrente, e che nella sintesi della ricostruzione dei motivi di ricorso (come riportata nell'ordinanza n. 60/2020, e anche nell'ordinanza n. 17/2019) non si rinvengono riferimenti alla funzione di controllo delle Camere sugli equilibri finanziari (la qual cosa, peraltro, è indice della scarsa rilevanza attribuita alla suddetta funzione dagli stessi titolari). È altrettanto vero, tuttavia, che indicazioni della Corte sul punto specifico, oltre a non essere precluse, in quanto riguardanti l'inquadramento della legge di bilancio quale momento di definizione delle scelte di politica economica e finanziaria e di garanzia degli equilibri di finanza pubblica (oltre che l'esercizio delle prerogative funzionali nell'ambito del relativo procedimento legislativo); avrebbero certo concorso: da un lato, a dare rinforzo

alla richiamata funzione di controllo, in coerenza con il percorso valorizzativo indicato dal citato legislatore costituzionale, rimanendo, comunque, preservato il momento decisionale (con correzione ovvero contenimento dell'impatto negativo per il presidio degli equilibri finanziari suscettibile di essere determinato dall'inflazione normativa in sede di bilancio); e, da altro lato, a radicare nei parlamentari una maggiore coscienza in ordine alla "nuova" rilevanza della funzione di controllo. È certo, invece, che la mancanza di indicazioni di (impulso alla) evoluzione della funzione delle Camere di controllo sulla finanza pubblica e sugli equilibri finanziari – lacuna che può essere la reazione comprensibile dell'ordinamento alla permanente debolezza del controllo parlamentare sulla finanza pubblica oppure la risposta, meno comprensibile, ai dubbi sulla adeguatezza di siffatto controllo - rischia di avere come conseguenza la conservazione di una situazione (non solo di debole effettività, ma anche) di debole percezione della suddetta funzione, la cui valorizzazione, come detto, costituisce un profilo di evoluzione del sistema finanziario (alla luce della riforma costituzionale del 2012).

Si tratta di una prospettiva che trova espressione, oltre che nella citata disposizione di cui all'art. 5, comma quarto, legge cost. n. 1/2012: nella istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio, e, cioè, di un organismo – disciplinato agli artt. 16 ss. legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 5, comma primo, lett. f), legge cost. n. 1/2012 – di alta specialità tecnica economico-finanziaria e in posizione di indipendenza, con funzioni (anche) di supporto per le Camere (e per gli altri organismi) parlamentari e di impulso per il Governo alla attenzione sugli equilibri e sulla stabilità della finanza pubblica; e nel rilevante arricchimento dei contenuti dei documenti della decisione di bilancio - del Documento di economia e finanza e della Nota di aggiornamento del DEF, oltre che dello stesso (degli allegati al) bilancio di previsione – e dei documenti (relazioni, analisi, quadri informativi) che accompagnano la manovra di finanza pubblica. Una prospettiva che richiede, perché possa riuscire a trovare realizzazione, garanzie di piena effettività delle prerogative funzionali dei parlamentari, le quali proprio nella sede giurisdizionale dello scrutinio del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato possono trovare una incisiva protezione (in attesa del lento e, allo stato, insufficiente, adeguamento dei regolamenti parlamentari): la qual cosa può autorizzare un approccio meno restrittivo nella valutazione (ai fini della ammissione del ricorso per conflitto) delle «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari», le quali, come visto, sono funzionali non solo all'intervento normativo (alla decisione sulla legislazione vigente di impatto finanziario) ma anche al controllo parlamentare sui profili finanziari; ovvero, almeno, indicazioni (della Corte) valorizzative (anche) della funzione di controllo delle Camere sulla (sugli equilibri della) finanza pubblica.

4. Questo, peraltro, non significa un indebolimento dell'esame di ammissibilità del ricorso per conflitto, e, soprattutto, non significa che debba trovare ammissione tutte le volte in cui sia posta la questione di fiducia su un maxi-emendamento, la quale, anzi – rimanendo ai profili qui di interesse - può andare esclusa quando il maxi-emendamento è formato all'esito dell'esame parlamentare del disegno di legge di bilancio: che, poi, nella massima sostanza, è la posizione espressa dalla giurisprudenza costituzionale, con Corte cost. (ord.) n. 17/2019 (con qualche criticità), e ribadita da Corte cost. (ord.) n. 60/2020, senza particolare difficoltà (pur presentando alcuni aspetti ricostruttivi non del tutto convincenti: ma l'analisi specifica della decisione esula dai propositi delle presenti osservazioni), in considerazione dell'andamento dei lavori parlamentari.

Perché, in effetti – ed è il terzo ordine di osservazioni - a differenza di quanto era avvenuto con riguardo al disegno di legge di bilancio per il 2019(/2021), quando il maxi-emendamento era stato formato primariamente al fine di recepire gli esiti dell'intesa raggiunta (a metà del mese di dicembre) dal Governo con le istituzioni dell'Unione europea (e, quindi, fino a quel momento l'esame parlamentare, in commissione bilancio e in aula, aveva riguardato un progetto di bilancio profondamente diverso); con riferimento al disegno di legge di bilancio per il 2020(/2022), il maxi-emendamento governativo è il risultato dell'esame condotto in commissione e in assemblea. Di qui, l'inevitabile declaratoria di inammissibilità del ricorso per conflitto.

Né in senso diverso poteva indurre la circostanza (pure difficilmente disputabile) che, in effetti, il progetto originario di bilancio è uscito profondamente alterato all'esito dell'esame parlamentare (anche questo accade con una certa frequenza) – anche nelle scelte di fondo - per iniziativa, fin da subito, delle forze politiche di maggioranza. La qual cosa, da un lato, è indicativa di una problematica coesione della stessa compagine governativa sulla impostazione della programmazione economico-finanziaria: un rilievo che, peraltro, trova riscontro nel significativo ritardo nella presentazione (avvenuta il 2 novembre) del relativo disegno di legge (un ritardo che la Corte ha giustificato richiamando la circostanza che il Documento di economia e finanza era stato approvato da un Governo diverso, e, tuttavia, trascurando, che il nuovo Governo aveva presentato e le Camere avevano approvato la Nota di aggiornamento del DEF, che costituisce l'atto politico-tecnico immediatamente propedeutico alla presentazione del disegno di legge di bilancio). E, da altro lato, segnala un problematico "funzionamento" del Consiglio dei ministri quale sede in cui, in occasione della decisione di bilancio, sono portate a sintesi le diverse opzioni politiche (politico-finanziarie) e sono poste a sistema le esigenze programmatiche e di funzionamento dei diversi Ministeri (in esito ad un lavoro "istruttorio" nel quale un ruolo centrale è svolto dal Ministero dell'economia e delle finanze: centralità che continuerà ad

essere esercitata anche nel corso della gestione: vedi, in particolare, l'art. 17, commi 12 ss., legge n. 196/2009).

In effetti, se è vero che la definizione delle scelte della politica economica e finanziaria cristallizzate nel bilancio costituisce prerogativa del Governo (che le sottopone all'esame delle Camere); è altrettanto vero che lo stesso Governo è ben libero, in una determinata congiuntura (ovvero anche per scelta politica o di opportunità), di "spostare" in Parlamento anche la "formazione" (intesa quale definizione delle scelte di fondo sulle quali la proposta è elaborata) del progetto di programmazione economico-finanziaria (con parziale "cessione" delle proprie prerogative). Tuttavia, si tratta di una impostazione che non rimane esente da profili di criticità, in quanto rende solo (molto) orientativo il progetto di bilancio presentato dal Governo: il quale (progetto) solo in Parlamento troverà la sua effettiva fisionomia. Una prima conseguenza attiene all'indebolimento del Governo nella interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea, che accompagna la decisione di bilancio (fin dal momento iniziale: entro il 30 aprile devono essere presentati al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea il Programma di stabilità e il Programma nazionale di riforma), e che prevede la presentazione (alla Commissione europea e all'Eurogruppo, entro il 15 ottobre) del progetto di documento programmatico di bilancio: un documento che, tuttavia, diviene scarsamente affidabile in quanto - dato (nell'ipotesi considerata) il carattere meramente "orientativo" della proposta che il Governo si appresta a presentare alle Camere - il suo contenuto è destinato ad essere (anche profondamente) "disatteso" (ovvero – anche molto - diversamente determinato) all'esito dell'esame parlamentare del disegno di legge di bilancio. Nella migliore delle ipotesi, ciò determinerà il prolungamento della interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea, con impatto negativo anche sull'andamento dei lavori parlamentari (di esame del disegno di legge di bilancio), la quale (interlocuzione) continuerà ad essere percepita nel suo aspetto sanzionatorio e conformativo anziché nella sua accezione collaborativa. Sotto altro profilo, continuerà a rimanere trascurata la funzione delle Camere di controllo sulla finanza pubblica e sugli equilibri finanziari, in quanto i lavori parlamentari rimarranno interamente assorbiti (molto più di quanto la fisiologia del sistema di decisione finanziaria richiederebbe) dall'impegno decisionale, non solo di intervento minuto sulla legislazione finanziaria, ma anche di ricerca della sintesi sulle scelte di fondo. Rimane, così, ancora marcata la deviazione rispetto al percorso indicato dal dato di cui all'art. 5, comma quarto, legge cost. n. 1/2012 (anche nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, la quale, come rilevato, non offre indicazioni sul punto specifico).

BREVE NOTA BIBLIOGRAFICA

Sull'ampio dibattito suscitato dall'ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17 della Corte costituzionale.

L. CASINI, *Un argine contro l'esondazione legislativa del Governo? La Corte costituzionale e la legge di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

E. CHELI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 17 del 2019: molte novità ed un dubbio*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in www.federalismi.it, 2019.

T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi intra-potere dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

R. LIETO, *Conflitto tra poteri e "soglia di evidenza". Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in www.rivistaaic.it, 2019.

A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, in www.federalismi.it, 2019.

N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in www.osservatoriosullefonti.it.

A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in www.federalismi.it, 2019.

A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in www.federalismi.it, 2019.

V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in www.federalismi.it, 2019.

E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e il rischio di annullamento della legge di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in www.federalismi.it, 2019.

Sul principio di equilibrio di bilancio (e sulla sua giustiziabilità) e sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale.

F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 2014, 81.

A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012.

T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2014.

A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto amministrativo*, 2019.

G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *www.rivistaaic.it*, 2016.

L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, in *www.nomos.it*, 2017.

G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in www.rivistaaic.it, 2012.

Per una ricostruzione della evoluzione del sistema di finanza pubblica.

A. BRANCASI, *Le trasformazioni dell'assetto e del governo della finanza pubblica negli ultimi cinquanta anni*, in *Diritto pubblico*, 2018.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'introduzione in Russia del procedimento di modifica della Costituzione in deroga

CATERINA FILIPPINI*

Sommario

1. L'elaborazione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico». – 1.1. Il messaggio annuale del Presidente della FR all'Assemblea federale e i procedimenti di modifica della Costituzione della FR. – 1.2. La redazione, l'adozione e l'entrata in vigore della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR. – 1.3. Il parere della Corte costituzionale della FR. – 2. L'interazione tra principio unitario e disposizioni "sovraniste" quale chiave di lettura della riforma costituzionale. – 2.1. Il rafforzamento dei principi della tutela dell'unità statale, dell'integrità territoriale e della sovranità della Russia. – 2.2. La costituzionalizzazione del sistema unitario del potere pubblico. – 3. Sistema unitario del potere pubblico e relazioni centro periferia. – 4. Sistema unitario del potere pubblico e separazione orizzontale dei poteri. – 5. La rivisitazione delle attribuzioni della Corte costituzionale della FR. – 6. Brevi conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione

C. FILIPPINI, *L'introduzione in Russia del procedimento di modifica della Costituzione in deroga*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa Associata Confermata di Diritto Pubblico Comparato nell'Università degli Studi di Milano (Statale). Indirizzo mail: caterina.filippini@unimi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

1. L'elaborazione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico»

1.1 Il messaggio annuale del Presidente della FR all'Assemblea federale e i procedimenti di modifica della Costituzione della FR

Il 15 gennaio 2020 V. Putin – quasi al termine della lettura del suo messaggio annuale all'Assemblea Federale[1] dedicato prevalentemente a temi di carattere socio-economico – propone di introdurre nella Costituzione della FR delle modifiche[2] che considera «rilevanti per lo sviluppo della Russia quale Stato sociale di diritto in cui i valori supremi sono la libertà e i diritti dei cittadini, la dignità dell'uomo e il suo benessere»[3], ma non individua esattamente la procedura da applicare per la loro realizzazione tra quelle previste dalla stessa Costituzione della FR che - al pari delle Costituzioni di altri sei paesi dell'ex Urss, ovverosia

[1] Il Messaggio del Presidente all'Assemblea Federale del 15 maggio 2020 in http://kremlin.ru/events/president/news/62582.

[2] Tale annuncio risuona inatteso ai più ma il Presidente Putin - durante la conferenza stampa del 19 dicembre 2019 - ad una domanda (casuale?) sulla presenza o meno di tempi maturi per ulteriori riforme costituzionali aveva già risposto che: «La Costituzione è uno strumento vivo che deve corrispondere al livello di sviluppo della società. Ritengo tuttavia che non sia necessario cambiare la Costituzione nel senso di adottare una nuova Costituzione soprattutto perché ci sono delle cose fondamentali, fissate in Costituzione, che dobbiamo ancora realizzare per intero e in maniera completa. Ciò riguarda il primo capitolo che secondo la mia opinione è intangibile. Tutto il resto, in uno o altro modo può, in via di principio, essere cambiato… ma solo dopo che è stato tutto ben preparato, in seguito a un ampio dibattito nella società e con molta cautela», in http://kremlin.ru/events/president/news/62366. Secondo O. Luchterhandt, la risposta di Putin è un segnale dell'avvio dei lavori sulla riforma costituzionale all'interno dell'Amministrazione presidenziale. Cfr. O. LUCHTERHANDT, *Vladimir Putin schafft Klarheit: Präsident Russlands de facto auf Lebenszeit*, Teil 1, Ost/Letter, n. 1, 2020, pp. 3-5, in https://www.ostinstitut.de/documents/Luchterhandt_Vladimir_Putin_schafft_Klarheit_Prsident_Russlands_de_facto_auf_Lebenszeit_Teil_1_OL_1_2020.pdf.

[3] Tra le proposte di modifica - articolate nel messaggio di Putin in sette punti - si può individuare un primo gruppo inerente al rafforzamento della sovranità dello Stato, un secondo gruppo relativo alla riconfigurazione delle istituzioni politiche (soprattutto di livello federale) e un terzo gruppo relativo alle nuove modalità di elezione e alle nuove attribuzioni degli organi del sistema giudiziario e della procura. Cfr. M. TIMOFEEV, O. KRYAZHKOVA: *Personal instead of Institutional Power: What is wrong with Putin's Plan to Change the Russian Constitution, VerfBlog,* 2020/1/20, p. 1, in https://verfassungsblog.de/personal-instead-of-institutional-power/.

dell'Armenia, dell'Azerbaijan, della Bielorussia, della Kirghisia, della Moldova, e dell'Ucraina[4] - si configura come una Costituzione a rigidità variabile[5].

La Costituzione della FR distingue infatti innanzitutto tra una procedura di revisione della Costituzione e una procedura per l'introduzione di emendamenti alla Costituzione.

La prima procedura disciplinata dagli artt. 134 e 135 Cost. FR - deve essere applicata per la revisione delle «Basi dell'ordinamento costituzionale» (cap. 1 Cost. FR), delle disposizioni sui «Diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino» (cap. 2 Cost. FR) e delle disposizioni sugli «Emendamenti costituzionali e revisione della Costituzione» (cap. 9 Cost. FR) e, se produce esito positivo, si conclude con l'adozione di una nuova Costituzione[6]. In conformità con tale procedura qualora una proposta di revisione dei capitoli 1, 2 e 9 Cost. FR sia sostenuta dai tre quinti dei voti del numero complessivo dei componenti del Consiglio della Federazione e dei deputati della Duma di Stato si deve infatti procedere alla convocazione, in base ad una legge federale costituzionale, di un'Assemblea costituzionale che o riafferma l'immutabilità della Costituzione oppure elabora un progetto di nuova Costituzione. Tale progetto a sua volta potrà essere adottato con la maggioranza dei due terzi dei componenti dell'Assemblea costituzionale oppure demandato da quest'ultima alla «votazione di tutto il popolo (*vsenarodnoe golosovanie*) che produrrà esito positivo qualora si esprima favorevolmente più della metà degli elettori che hanno preso parte alla votazione, a condizione che alla stessa abbia partecipato più della metà degli elettori.

[4] C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale*, in *DPCE*, n. 4, 2019, p. 959.

[5] Sulle diverse procedure di modifica e revisione della Costituzione della FR si vedano i seguenti studi di M. Ganino: M. GANINO, *La revisione della Costituzione della Russia, tra procedimenti superaggravati, aggravati, abbreviati, semplificati e non formali*, in *DPCE*, 2009, IV, pp. 1607-1625; M. GANINO, *Russia: una Costituzione piuttosto elastica*, in AA. VV., *A' l'Europe du troisieme millenaire: melanges offerts a Giuseppe Gandolfi a l'occasion du dixieme anniversaire de la fondation de l'Academie*, v. 4, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2133-2150; M. GANINO, *La revisione costituzionale in Europa orientale*, in A. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *La Revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 454-484; M. GANINO, *1993/2003: dieci anni di Costituzione della Russia tra attuazione e modifiche non formali*, in M. GANINO, A. DI GREGORIO, C. FILIPPINI, *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 229-256.

[6] Di conseguenza M. Ganino osserva che tale procedimento potrebbe essere altresì impiegato «presumibilmente per la revisione totale», in M. GANINO, *La Costituzione della Russia (1993),* in M. GANINO (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Vol. III, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2013, p. 453.

La seconda procedura - stabilita dagli artt. 134, 136 e 108, comma 2 Cost. FR e dalla Legge federale «Sulle modalità di adozione ed entrata in vigore di emendamenti alla Costituzione della FR»[7] - disciplina invece l'introduzione di emendamenti nei capitoli 3 – 8 Cost. FR. In base ad essa i corrispondenti progetti di emendamento devono essere innanzitutto approvati con le stesse maggioranze previste per le leggi federali costituzionali, ovverosia con i voti dei due terzi dei deputati della Duma di Stato e, entro cinque giorni da tale votazione, con i voti dei tre quarti dei componenti del Consiglio della Federazione[8].

Le leggi di emendamento, approvate con tali maggioranze, non possono tuttavia assumere la denominazione di «leggi federali costituzionali». Esse - così come stabilito dalla Corte costituzionale della FR nella sua sentenza «Sull'interpretazione dell'art. 136 Cost. FR» del 31 ottobre 1995[9] - devono invero recare il titolo di «leggi della FR di emendamento alla Costituzione della FR»[10].

Tale precisazione, sempre secondo la Corte, si rende necessaria in quanto le leggi della FR di emendamento alla Costituzione della FR possono introdurre

[7] La legge federale del 4 marzo 1998 «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore di emendamenti alla Costituzione della FR», è reperibile in http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_18043/. La procedura per l'introduzione di emendamenti nei cap. 3-8 Cost. FR è inoltre disciplinata nel cap. 16 «Esame delle proposte di emendamenti e di revisione delle disposizioni della Costituzione della FR» (art. 136, comma 1 e artt. 139-143) del Regolamento della Duma di Stato della FR, in http://duma.gov.ru/duma/about/regulations/ e nel cap. 16 «Modalità di esame da parte del Consiglio della Federazione delle questioni relative all'adozione e all'entrata in vigore della Legge della FR sugli emendamenti alla Costituzione della FR» (artt. 129-139) del Regolamento del Consiglio della Federazione, in http://council.gov.ru/structure/council/regulations/.

[8] Il Regolamento della Duma di Stato all'art. 143 stabilisce inoltre che, qualora il Consiglio della Federazione non concordi con il progetto di legge della FR sugli emendamenti ai capitoli 3-8 della Costituzione della FR presentato dalla Duma di Stato, può essere applicata la procedura prevista al cap. 14 dello stesso Regolamento per la ripetizione dell'esame delle leggi federali.

[9] La sentenza della CC della FR del 31 ottobre 1995 n. 12-P in http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30324.pdf. Per un commento di tale sentenza cfr. A. DI GREGORIO, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli*, *giurisprudenza,* Giuffrè, Milano, 2003, p. 253.

[10] I commi 1 e 3 dell'art. 2 della Legge federale del 4 marzo 1998 «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore di emendamenti alla Costituzione della FR» - nel riprendere quanto già affermato dalla Corte costituzionale nella sua sentenza del 1995 - riaffermano a loro volta che «Gli emendamenti ai capitoli 3-8 della Costituzione della FR - in seguito emendamenti (emendamento) alla Costituzione della FR - devono essere approvati nella forma di una legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR» e che: «La legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR porta la denominazione che esprime il contenuto di tale emendamento».

modifiche e aggiunte nei capitoli da 3 a 8 della Costituzione della FR mentre le leggi federali costituzionali - assimilabili, in prospettiva comparata, alle leggi organiche di altri ordinamenti[11] - possono essere approvate solo nelle materie tassativamente indicate dalla Costituzione della FR. In secondo luogo a differenza delle leggi federali costituzionali quelle di emendamento alla FR - dopo essere state pubblicate per fini notiziali entro cinque giorni dalla loro adozione - devono essere ulteriormente sottoposte all'approvazione degli organi legislativi dei soggetti della Federazione[12] che hanno un anno di tempo per esprimersi e comunicare gli esiti di tale votazione alla Camera alta. Quest'ultima - qualora con proprio decreto attesti che almeno i due terzi degli organi dei soggetti della FR si sono espressi favorevolmente - deve poi inviare la legge della FR di emendamento alla Costituzione al Presidente della FR[13] che a sua volta, entro 14 giorni, deve firmarla e pubblicarla ufficialmente[14]. Tale legge «entrerà in vigore nel giorno della sua pubblicazione ufficiale» tranne che la stessa «non stabilisca una data diversa»[15]. Il Presidente della FR, entro un mese dalla sua entrata in vigore, dovrà comunque ancora ripubblicare il testo della Costituzione con l'inserimento dei corrispondenti emendamenti[16].

[11] Cfr. M. GANINO, in *Russia*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 144.

[12] Sotto il profilo procedurale si deve altresì osservare che i titolari dell'iniziativa legislativa che possono promuovere un progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR sono diversi rispetto a quelli che possono promuovere un progetto di legge federale costituzionale. Cfr. A. L. IVANOVNA, *On the legal nature of laws amending the Constitution of the Russian Federation*, in *Upravlenčeskoe konsul'tirovanie*, n. 1, 2014, pp. 63-77, in https://cyberleninka.ru/article/n/o-yuridicheskoy-prirode-zakonov-o-vnesenii-popravok-v-konstitutsiyu-rf.

[13] La legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR - così come precisato dall'art. 12, comma 1 della LFC «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore delle modifiche alla Costituzione della FR» - deve essere inviata al Presidente della FR dal Presidente del Consiglio della Federazione non più tardi di sette giorni dall'emanazione del decreto che attesta i risultati delle votazioni che hanno avuto luogo nei soggetti della Federazione.

[14] Art. 12, comma 3 LF «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore delle modifiche alla Costituzione della FR».

[15] Art. 13 LF «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore delle modifiche alla Costituzione della FR».

[16] La variabilità della rigidità della Costituzione della FR non dipende però solo dalle procedure per la sua modifica disciplinate dall'art. 135 e dall'art. 136 Cost. FR. Accanto a queste sono infatti previste altre due procedure per la modifica della Costituzione che vengono definite "procedure abbreviate". Tra queste la prima è disciplinata dall'art. 137, comma 1 Cost. e dall'art. 65, comma 2 Cost. FR. Essa deve essere applicata per l'inserimento di nuovi soggetti della FR - istituiti sulla base della fusione di precedenti soggetti della FR oppure creati in seguito all'ammissione nella Federazione di uno Stato

Tale procedura è stata quella osservata nel corso della realizzazione delle quattro precedenti riforme costituzionali che hanno avuto luogo in Russia, ovverosia per l'adozione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR del 30 dicembre 2008 n. 6-FKZ "Sulla modifica del termine del mandato del Presidente della FR e della Duma di Stato della FR" (proposta dal Presidente della FR D. Medvedev), per l'adozione di quella del 30 dicembre 2008 n. 7-FKZ "Sulle attribuzioni di controllo della Duma di Stato nei confronti del Governo della FR" (proposta ancora dal Presidente della FR D. Medvedev), per l'adozione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR del 5 febbraio 2014 FR n. 2-FKZ "Sulla Corte suprema della FR e sulla Procuratura della FR" (proposta dal Presidente della FR Putin) e per l'adozione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR del 21 luglio 2014 n. 11 FKZ "Sul Consiglio della Federazione dell'Assemblea Federale della FR" (proposta da un gruppo di deputati)[17].

Nonostante Putin nel suo messaggio all'Assemblea federale del 15 gennaio non richiami esplicitamente né gli articoli relativi alla procedura di revisione della Costituzione né gli articoli relativi all'inserimento di emendamenti nei cap. 3-8 della Costituzione risulta tuttavia evidente che egli non intende ricorrere alla prima che si conclude con l'adozione di una nuova Costituzione. Egli infatti non solo afferma che le sue proposte «non riguardano le basi fondamentali della Costituzione», ma sostiene altresì che il potenziale della Costituzione del 1993 «è lungi dall'essersi esaurito» e auspica che: «le basi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, i diritti e le libertà dell'uomo restino ancora per molti decenni un fondamento valoriale stabile per la società russa».

Al fine di attuare le proprie proposte di riforma egli sembra piuttosto prendere in considerazione la possibilità di applicare la procedura per l'introduzione di emendamenti nei capitoli 3-8 della Costituzione disciplinata dagli artt. 134, 136 e

straniero o di parte di un territorio dello stesso (come nel caso della Crimea) – nell'elenco dei soggetti della FR stabilito nell'art. 65, comma 1 Cost. FR. La seconda è invece quella ulteriormente semplificata che - prevista dall'art. 137, comma 2, ma sostanzialmente costruita dalla Corte Costituzionale della FR - deve essere applicata per introdurre nell'art. 65, comma 1 Cost. FR il cambio di denominazione di un soggetto della FR. Di conseguenza in Russia si possono individuare almeno quattro procedure per «modernizzare» la Costituzione. A tale proposito, cfr. S. A. ZENKIN, *Modernization of the Russian Federation Constitution: A Regulatory Model and Practice*, in *Lex Russica*, n. 11, 2018, pp. 40-62, in https://lexrussica.msal.ru/jour/article/view/624/625 e, più recentemente, Cfr. I. A. KRAVETS, *Constitutional Symbolism, Modernization of the Constitution and the Information Society (between constituent and informational constitutionalism for Russia),* in *Lex russica*, n. 1, 2020, pp. 43-58, in https://lexrussica.msal.ru/jour/article/view/1090.

[17] Tutte e quattro le leggi della FR di emendamento alla Costituzione della FR sono reperibili all'indirizzo https://constitution.garant.ru/main/law_const/.

108, comma 2 Cost. FR. Ciò lo si può dedurre dal fatto che egli nel suo messaggio, riferendosi alle proprie proposte di modifica, usa frequentemente la parola «emendamenti». D'altro lato però lo stesso afferma che gli emendamenti devono «essere approvati dal Parlamento nel quadro della procedura e della legge in vigore mediante l'adozione di leggi costituzionali» invece che - come dovuto - mediante «leggi della FR di emendamento alla Costituzione della FR». Infine egli chiede che «tutto il pacchetto degli emendamenti proposti» venga sottoposto alla «votazione dei cittadini (*golosovanie graždan*) del paese» in quanto «riguarda delle modifiche sostanziali del sistema politico, dell'attività del potere esecutivo, di quello legislativo e di quello giurisdizionale». Insomma Putin da un lato sostiene che le sue proposte di modifica costituzionale non riguardano le basi della Costituzione ma, dall'altro, afferma che esse introducono nel sistema politico dei cambiamenti tali da richiedere il ricorso alla «votazione dei cittadini». Tale strumento di democrazia diretta è però ignoto all'ordinamento giuridico della FR che invece disciplina l'istituto del «*referendum* della Federazione di Russia»[18], quello del «*referendum* sulla formazione di un nuovo soggetto nella compagine della FR»[19], quello del «*referendum* del soggetto della FR»[20], quello del «*referendum* di livello municipale»[21] nonché contempla la «votazione di tutto il popolo» (*vsenarodnoe*

[18] Il «*referendum* della Federazione di Russia» è disciplinato dalla Legge federale costituzionale «Sul *referendum* della Federazione di Russia» del 28 giugno 2004, reperibile in http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docview&page=1&print=1&nd=102087594&rdk=5&&empire=. In base all'art. 6, comma 4 di tale legge a *referendum* della FR possono essere sottoposte «le questioni che la Costituzione attribuisce alla competenza della Federazione di Russia e alla competenza congiunta della Federazione di Russia e dei suoi soggetti» ad esclusione di quelle specificate dalla stessa legge.

[19] Il «*referendum* sulla formazione di un nuovo soggetto nella compagine della FR» è disciplinato dall'art. 11 della Legge federale costituzionale «Sulle modalità di ammissione nella Federazione di Russia e di formazione al suo interno di un nuovo soggetto della Federazione di Russia» del 17 dicembre 2001, in http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&link_id=0&nd=102073921.

[20] Il «*referendum* del soggetto della FR» è disciplinato dalla Legge federale «Sulle garanzie fondamentali dei diritti elettorali e del diritto di partecipare al *referendum* dei cittadini della FR» del 12 giugno 2002, in http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102076507. In base all'art. 12, comma 2 della stessa «A *referendum* del soggetto della possono essere sottoposte soltanto le questioni che rientrano nella competenza del soggetto della FR o nella competenza congiunta della FR e dei soggetti della FR se le questioni indicate non solo disciplinate dalla Costituzione della FR o con legge federale».

[21] Il «*referendum* di livello municipale» è parimenti disciplinato dalla Legge federale «Sulle garanzie fondamentali dei diritti elettorali e del diritto di partecipare al *referendum*

golosovanie)[22] per l'adozione di una nuova Costituzione in alternativa all'adozione della stessa da parte dell'Assemblea costituzionale.

1.2 La redazione, l'adozione e l'entrata in vigore della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR

Al fine di vedere realizzata la "propria" riforma V. Putin, a differenza di quanto avvenuto nel corso di quelle precedenti, decide inoltre di istituire un "Gruppo di

---

dei cittadini della FR» del 12 giugno 2002, cit. In base all'art. 12, comma 3 della stessa «A *referendum* locale possono essere sottoposte solo questioni di significato locale».

[22] La «votazione di tutto il popolo» oltre ad essere prevista nell'art. 135 Cost. FR è stata inizialmente disciplinata dalla LFC «Sul *referendum* della FR» del 10 ottobre 1995, reperibile in http://base.garant.ru/10118428/. Tale legge tuttavia impiegava il termine «*referendum*» come sinonimo di «votazione di tutto il popolo». Essa infatti stabiliva all'art. 11 che: «In conformità con il *comma* 3 dell'art. 135 della Costituzione della FR l'Assemblea Costituzionale ha il diritto di sottoporre a *referendum* della Federazione di Russia un progetto di nuova Costituzione della FR. La relativa decisione deve essere approvata con la maggioranza dei voti del numero complessivo dei componenti dell'Assemblea costituzionale in conformità con la procedura definita dalla legge federale costituzionale sull'Assemblea costituzionale. La decisione dell'Assemblea costituzionale sullo svolgimento del *referendum* della FR sul progetto di nuova Costituzione della FR deve essere inviato al Presidente della FR e, per conoscenza, alle camere dell'Assemblea Federale». Sempre la LFC «Sul *referendum* della FR» del 10 ottobre 1995 all'art. 3, comma 1 stabiliva inoltre che: «A *referendum* della FR deve essere obbligatoriamente sottoposta la questione dell'adozione di una nuova Costituzione della FR nel caso in cui l'Assemblea costituzionale decida di sottoporre un progetto di nuova Costituzione alla votazione di tutto il popolo». La successiva LFC «Sul *referendum* della FR» del 24 giugno 2004, attualmente in vigore, non impiega invece più la parola *referendum* in relazione all'approvazione di un progetto di nuova Costituzione ma, al tempo stesso, non disciplina neppure più le modalità di adozione della decisione sullo svolgimento della votazione di tutto il popolo in quanto rinvia la definizione della corrispondente disciplina alla legge federale costituzionale. Essa all'art. 6, comma 1 si limita infatti ad affermare che: «L'Assemblea costituzionale ha il diritto di sottoporre alla votazione di tutto il popolo un progetto di nuova Costituzione della FR. Le modalità di adozione da parte dell'Assembla costituzionale di una tale decisione nonché le modalità di sottoposizione del progetto di nuova Costituzione della FR alla votazione di tutto il popolo sono definite dalla Legge federale costituzionale da adottarsi in conformità con l'art. 135 della Costituzione della FR». Tale legge federale costituzionale tuttavia non è stata ancora adottata nonostante siano stati già intrapresi ben sette tentativi in tale direzione. L'ultimo nel 2017 dal deputato del Partito comunista della Russia V. Bortko la cui iniziativa che, duplicava quella del 2000, è stata respinta con la seguente formulazione: «Non vi è necessità di adottare una tale legge», così riportato da К. DJURJAGINA, A. ČERNYCH, *Pol'nyj Primat* (Primazia totale), in *Kommersant'*, reperibile all'indirizzo https://www.kommersant.ru/doc/4220873.

lavoro per l'elaborazione di proposte sull'introduzione di emendamenti nella Costituzione della FR"[23] composto da 75 membri nominati dallo stesso non solo tra deputati e giuristi, ma anche tra imprenditori, sportivi e artisti[24].

Tale gruppo di lavoro *ad hoc* predispone rapidamente un corrispondente progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni dell'organizzazione del potere pubblico» che già il 20 gennaio, in conformità con l'art. 84, lett. *d* Cost. FR, viene presentato dal Presidente della FR alla Duma di Stato la quale, dopo averlo registrato con il n. 885214-7[25], lo assegna al "Comitato della Duma di Stato per l'ordinamento statale e per la legislazione" (in seguito: Comitato per la legislazione). Quest'ultimo il 21 gennaio - dopo aver verificato che il progetto è stato inoltrato nel rispetto dei requisiti stabiliti dalla Costituzione e dalla legge federale «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore delle modifiche alla Costituzione della FR» - decide di sottoporlo in prima lettura alla Duma di Stato che il 23 gennaio 2020, con 432 voti a favore, nessun contrario o astenuto[26], lo approva rinviandolo al Comitato per la legislazione in vista della seconda lettura.

Successivamente alla prima lettura il Gruppo di lavoro non viene però eliminato. Anzi, esso continua a svolgere un ruolo fondamentale poiché le ulteriori proposte di emendamento alla legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR n. 885214-7 vengono principalmente raccolte[27], discusse e approvate

[23] Ordinanza del 15 gennaio 2020 sul "Gruppo di lavoro per l'elaborazione di proposte sull'introduzione di emendamenti nella Costituzione della FR", in http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202001150021?index=11&rangeSize=1

[24] Solo 11 dei componenti del Gruppo di lavoro hanno infatti un «*legal background*» secondo quanto riporta A. STARCHENKO, *History as a battleground: What's next in Russia's constitutional reform?*, in *New Eastern Europe*, February 18, 2020, https://neweasterneurope.eu/2020/02/18/history-as-a-battleground-whats-next-in-russias-constitutional-reform/

[25] Il progetto «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni dell'organizzazione del potere pubblico», in https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7.

[26] Tutti gli esiti delle votazioni della prima, seconda e terza lettura da parte della Duma di Stato e delle votazioni del Consiglio della Federazione sono reperibili sempre in https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7.

[27] Tra queste vi sono quelle presentate dalla Camera civica della FR che - formata da cittadini, da rappresentanti delle organizzazioni sociali e da rappresentanti delle associazioni di categoria - è stata incaricata direttamente da Putin di organizzare la più ampia discussione pubblica sul progetto presentato. La Camera civica - in conformità con il proprio regolamento e con quello della Duma di Stato - ha inoltre direttamente sottoposto alla Duma di Stato prima un «Parere della Camera civica della FR sui risultati dell'esame pubblico del progetto di legge della FR № 885214-7 «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione del potere pubblico» e, successivamente,

prima all'interno dello stesso e poi fatte pervenire al Comitato per la legislazione attraverso quei deputati e senatori che sono membri di entrambi, *in primis* dal deputato P. Krašeninnikov il quale è allo stesso tempo copresidente del Gruppo di lavoro[28], presidente del Comitato della legislazione e rappresentante di Putin, per l'esame del corrispondente progetto di emendamento, presso la Camera bassa. Insomma sotto questo profilo, anche se nel Gruppo di lavoro non siedono solo rappresentanti del Partito Russia unita, pare evidente il legame con la tradizione sovietica quando i progetti di emendamento venivano decisi nell'ambito degli organi del PCUS e solo successivamente presentati dai deputati del popolo al Comitato responsabile del Soviet supremo dell'Urss.

Risentendo di questa prassi nel 2020 i tempi di lavoro del Comitato per la legislazione della Duma di Stato vengono dunque essenzialmente dettati dal Gruppo di lavoro che dal 4 febbraio al 2 marzo fa pervenire al primo delle proposte di emendamento alla Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR n. 885214-7 raggruppandole per argomento[29].

una «Risoluzione della Camera civica della FR sui risultati dell'esame delle questioni all'ordine del giorno della seduta plenaria della Camera civica della FR con la partecipazione dei componenti del Gruppo di lavoro». Entrambi i documenti, rispettivamente presentati il 25 febbraio al Presidente della Duma di Stato e il 10 marzo al Presidente del Comitato per la legislazione, sono reperibili in https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7.

[28] Gli altri copresidenti, nominati da Putin, sono A. Klišas, che è contemporaneamente il presidente del Comitato per la legislazione costituzionale e per l'ordinamento statale del Consiglio della Federazione e T. Chabreva, che è allo stesso tempo la direttrice dell'Istituto per la legislazione e per il diritto comparato presso il Governo della FR.

[29] Seguendo tale modalità il 4 febbraio il Gruppo di lavoro fa pervenire al Comitato per la legislazione delle proposte di modifica sul sistema giudiziario (cap. 7 Cost.), l'11 febbraio sull'"Assemblea federale" (cap. 5), il 18 febbraio sul Presidente della FR (cap. 4) e sul Governo della FR (cap. 6), il 25 febbraio - a seguito della riunione del 13 febbraio tra i componenti del gruppo di lavoro e Putin - quelle concernenti l'autogoverno locale (cap. 8) nonché sulle modalità di svolgimento della votazione panrussa relativa agli emendamenti alla Costituzione e il 27 febbraio - a seguito di un'ulteriore riunione del 26 febbraio tra i componenti del gruppo di lavoro e il Presidente Putin - quelle sull'ordinamento federale (cap. 3) e, di nuovo, sul Presidente (cap. 4) e infine il 2 marzo ancora alcune proposte di emendamento relative a singole disposizioni costituzionali. Le informazioni sulla presentazione delle proposte di emendamento al progetto di Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR sono reperibili nel sito del Comitato della Duma di Stato per l'ordinamento statale e per la legislazione" all'indirizzo http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/.

Infine proprio il 2 marzo, che è l'ultima data utile, anche il Presidente della FR decide di presentare delle ulteriori proposte di emendamento[30] direttamente al Comitato per la legislazione che sulla base di tutti i materiali ricevuti - inclusi quelli pervenuti direttamente ad esso senza passare attraverso il Gruppo di lavoro - compila le tabelle comparative sugli emendamenti al progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR n. 885214-7 da sottoporre in seconda lettura all'approvazione della Duma di Stato.

Durante l'esame in seconda lettura vengono tuttavia sollevate ancora due proposte. Con la prima si chiede lo scioglimento anticipato della Duma di Stato entro il 2020[31]. Con la seconda si chiede invece che venga ammessa la possibilità per il Presidente della FR in carica di ricandidarsi alle elezioni presidenziali del 2024 cancellando - oltre all'avverbio «consecutivamente» già eliminato nel progetto iniziale - il limite dei due mandati presidenziali ancora previsto dalla legge in esame[32] oppure azzerando i mandati presidenziali già svolti e/o quello in corso di svolgimento al momento dell'entrata in vigore della legge di emendamento alla Costituzione[33].

Dato il rilievo di tali proposte viene chiesta la sospensione della seduta della Duma in attesa di potere sentire il parere del Presidente Putin. Questo, intervenendo poche ore dopo direttamente alla Camera bassa, da un lato si esprime contrariamente all'indizione di elezioni anticipate della Duma entro il 2020 mentre, dall'altro, appoggia la proposta sull'azzeramento dei mandati presidenziali

[30] Il testo contenente gli emendamenti del Presidente della Federazione di Russia al progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR n. 885214-7 "Sul perfezionamento della disciplina di determinate questioni di organizzazione del potere pubblico", in http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/Novosti_Komiteta/item/21610970/.

[31] M. DOMAŃSKA, *Changing the constitution in Russia: Putin forever?*, in *OWS Analyses,* 2020-03-10, in https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2020-03-10/changing-constitution-russia-putin-forever

[32] L'art. 81, comma 3 Cost. FR nella versione iniziale del progetto e votato in prima lettura recitava infatti che: «La stessa persona non può ricoprire la carica di Presidente della Federazione di Russia per più di due mandati» impedendo così la rielezione dello stesso Putin che ha già svolto tre mandati presidenziali con un quarto in corso di svolgimento.

[33] La proposta relativa alla cancellazione dall'art. 81, comma 3 recante l'indicazione del numero dei mandati presidenziali e quella, alternativa, sull'azzeramento dei mandati presidenziali sono state entrambe presentate da V. Tereškova, deputato di "Russia unita" e, soprattutto, prima donna cosmonauta al mondo. M. LIPMAN, *Verpatze Krönung. Putins Verfassung und das Corona-Virus*, in *Osteuropa*, n. 3–4/2020, p. 3-12.

già svolti e/o di quello ancora in corso di svolgimento[34] al momento dell'entrata in vigore dal progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR[35].

La proposta di emendamento avallata dal Presidente[36] viene dunque subito inserita nel progetto di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR n. 885214-7 che viene corrispondentemente approvato dalla Duma di Stato in seconda lettura il 10 marzo 2020 con 382 voti a favore, nessun contrario e 44 astenuti (deputati del Partito comunista della FR)[37] e, infine, in terza lettura l'11 marzo con 383 voti a favore, nessun contrario e 43 astenuti (sempre i deputati del

[34] Secondo A. Steiniger anche tale intervento di Putin rappresenta uno dei tanti momenti che nel corso dell'*iter* della riforma richiamano le modalità di attuazione di quelle sovietiche. Egli infatti sottolinea che: «*Mehr noch, die Art und Weise, wie die Verfassungsänderung abgelaufen ist, erinnert erschreckend an Parteitage der KPdSU: eingeübte Debatten, dann der Auftritt eines Helden oder verdienten Arbeiters der Sowjetunion, der die Einigkeit des Landes und die Notwendigkeit der Härte und starken Hand beschwört, die dann teilweise „überraschte" Reaktion von Mitgliedern des Politbüros (hier das mehr oder weniger zufällige Erscheinen Putins auf der Bühne der Duma), die Appelle an Stabilität und Nationalstolz, das Aufrufen schwieriger Zeiten, die nur von einem überwunden werden können… All das lässt sich – wenn auch nicht in vollständiger Übereinstimmung, doch dann von der Art und Weise – schon bei Solschenizyn nachlesen*». A. STEININGER, *Musste das wirklich sein? – Kommentar zur Verfassungsreform in Russland*, Ost/Letter, n. 1, 2020, pp. 6-7, in https://www.ostinstitut.de/documents/Steininger_Kommentar_zur_Verfassungsreform_in_Russland_OL_1_2020.pdf

[35] Sulla base di tale emendamento Putin potrebbe infatti non solo ripresentarsi alle elezioni presidenziali del 2024, ma restare eventualmente in carica per un secondo mandato sino al 2036. Alle elezioni avrebbe però diritto di partecipare anche D. Medvedev che, parimenti, ha già assunto la carica di Presidente della FR. Cfr. W. PARTLETT, *Russia's Unconstitutional Zeroing Amendment,* IACL-AIDC Blog, 16 March 2020, in https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/16/russias-unconstitutional-zeroing-amendment.

[36] In base a tale emendamento all'art. 81 Cost. FR viene dunque aggiunto il comma 3[1] secondo il quale: «La disposizione del comma 3 dell'art. 81 Cost. FR che riduce il numero dei mandati durante i quali la stessa persona può esercitare la carica di Presidente della FR si applica nei confronti della persona che ha esercitato e (o) che esercita la carica di Presidente della FR senza tenere in considerazione i periodi durante i quali egli ha esercitato e (o) esercita tale carica al momento dell'entrata in vigore degli emendamenti alla Costituzione della FR che introducono la corrispondente limitazione e non esclude per lo stesso la possibilità di occupare la carica di Presidente della FR per i periodi ammessi dalle disposizioni indicate».

[37]Tutta l'opposizione extraparlamentare ha a sua volta criticato il progetto, anche se non ha intrapreso grandi azioni. Cfr. J, M. DOLLBAUM, *Kontrollierte Verwirrung*, in *Russland Analysen*, 07.02.2020, n. 381, p. 7, in https://www.laender-analysen.de/russland-analysen/381/RusslandAnalysen381.pdf.

Partito comunista della FR) e così trasmesso al Consiglio della Federazione che l'approva nella stessa giornata con 160 voti a favore, tre astenuti e 1 contrario.

In conformità con quanto stabilito dall'art. 136 della Costituzione e dall'art. 9 della legge federale «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore delle modifiche alla Costituzione della FR» il progetto viene poi sottoposto dal Presidente della Camera alta all'approvazione degli organi legislativi degli ottantacinque soggetti della Federazione che già, entro la serata del 13 marzo 2020, si esprimono tutti favorevolmente superando così rapidamente il *quorum* dei 2/3 (pari a 57 soggetti della FR). Grazie a tale rapida approvazione il 14 marzo 2020 il Consiglio della Federazione può a sua volta subito adottare il decreto che attesta il risultato di tale votazione[38] con successivo immediato invio, sempre attraverso il suo Presidente, della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» al Presidente della FR che nello stesso giorno la firma e la promulga[39].

La legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR (in seguito: LeC FR) «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» si compone di tre articoli di cui: *a*) il primo contiene gli emendamenti da introdurre nella Costituzione della FR, *b*) il secondo regolamenta lo svolgimento della «votazione panrussa» (*vserossijskoe golosovanie*) la quale sostituisce la «votazione dei cittadini» (*golosovanie graždan*) annunciata nel messaggio di Putin del 15 gennaio all'Assemblea federale ma che, come quest'ultima, non è contemplata dalla legislazione russa sul *referendum* e *c*) il terzo disciplina le modalità di entrata in vigore della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR.

La sua pubblicazione tuttavia non comporta la contemporanea entrata in vigore di tutti e tre gli articoli in quanto l'art. 3, comma 1 stabilisce che: «La presente legge entra in vigore dal giorno della sua pubblicazione ufficiale dopo essere stata approvata dagli organi del potere legislativo di almeno i due terzi dei soggetti della FR ad esclusione degli articoli 1 e 2 della presente legge che entrano in vigore secondo una procedura particolare (*osoboj porjadok*)».

[38] Decreto del 14 marzo 2020 "Sulla determinazione dei risultati dell'esame da parte degli organi legislativi (rappresentativi) del potere statale dei soggetti della FR della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR "Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e funzionamento del potere pubblico, in http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003140007.

[39] Il testo della Legge è reperibile in http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003140001. Il titolo è parzialmente diverso da quello del corrispondente progetto presentato dal Presidente della FR in quanto in seconda lettura vi è stata inserita la parola «funzionamento».

Contestualmente alla pubblicazione della legge entra pertanto in vigore unicamente l'articolo 3 il quale subordina ad un parere della Corte costituzionale l'entrata in vigore dell'art. 2 sulla «votazione panrussa» (*vserossijskoe golosovanie*) al cui esito positivo è a sua volta subordinata l'entrata in vigore dell'art. 1 contenente gli emendamenti che modificano 41 articoli su 137 della Costituzione della FR introducendone altresì cinque nuovi[40].

Sino ad oggi ciò rappresenta *un unicum* in Russia in quanto tutte le quattro leggi di emendamento alla Costituzione precedentemente adottate hanno previsto l'entrata in vigore di tutte le disposizioni ivi contemplate contestualmente alla loro pubblicazione salvo eventualmente prevedere dei regimi transitori per l'attuazione di alcune di esse[41].

Di conseguenza la legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR introduce - come già avvenuto in altri paesi tra cui il Belgio nonché proposto anche in Italia ma qui mai concluso[42] - un procedimento di revisione costituzionale derogatorio *una tantum* rispetto a quelli dalla stessa previsti.

1.3 Il parere della Corte costituzionale della FR

In base all'art. 3 della legge della LeC FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» il parere della Corte costituzionale della FR - al quale è subordinata l'entrata in vigore dell'art. 2 sulla «votazione panrussa» - deve essere richiesto dal Presidente della FR.

Quest'ultimo, nella stessa giornata della pubblicazione di tale legge, si rivolge dunque immediatamente alla Corte chiedendole[43] innanzitutto non solo di

[40] *Was tut sich im Osten?*, intervista al Prof. B. WIESER del 30.3.2020, in https://rewi.uni-graz.at/de/neuigkeiten/detail/article/was-tut-sich-im-osten/

[41] Ad esempio la Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR del 5 febbraio 2014 FR n. 2-FKZ "Sulla Corte suprema della FR e sulla Procuratura della FR" all'art. 2, p. 2 stabilisce che: «Dal giorno dell'entrata in vigore della presente Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR si definisce un periodo transitorio di sei mesi, entro il quale la Corte suprema di Arbitrato della FR viene soppressa e le questioni inerenti all'esercizio della giustizia che rientrano nella sua giurisdizione vengono trasferite alla giurisdizione della Corte suprema della FR», https://constitution.garant.ru/main/law_const/70583580/chapter/741609f9002bd54a24e5c49cb5af953b/.

[42] Per una comparazione con l'Italia, in particolare sul ruolo del referendum nei procedimenti derogatori *una tantum*: G. FONTANA, *Il* referendum *costituzionale*, in P. CARNEVALE, *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, Roma Tre-Press, Roma, 2016, pp. 9-35.

[43] Il testo del ricorso del 14 marzo 2020 del Presidente della FR in http://kremlin.ru/acts/news/62989

pronunciarsi «dal punto di vista sostanziale sulla conformità delle modifiche contenute nell'art. 1 della legge della FR di emendamento alla Costituzione alla FR ai capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR»[44], ma – allo scopo di legittimare ulteriormente una sua eventuale rielezione nel 2024 - di esprimersi altresì specificatamente sulla possibilità di integrare l'art. 81 della Costituzione della FR con il comma 3[145] relativo all'azzeramento dei mandati presidenziali sulla base dei risultati della manifestazione diretta della volontà del popolo[46].

In secondo luogo sempre nella stessa istanza il Presidente della FR chiede alla Corte se: «possono essere stabilite delle condizioni ulteriori, nello specifico dalla stessa legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR, per la sua entrata in vigore oltre a quella della sua approvazione da parte di almeno i due terzi dei soggetti della FR» e, in aggiunta, se «le modifiche della Costituzione della FR possono entrare in vigore a condizione che vengano approvate nel corso di una «votazione panrussa», così come stabilito dall'art. 3 della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR». Egli sostiene che ciò sia ammissibile in quanto l'art. 3 Cost. FR recita che gli istituti del *referendum* e delle elezioni costituiscono delle «forme supreme di manifestazione diretta del potere del popolo» ma, al tempo stesso, non stabilisce un elenco esaustivo delle stesse. Oltre a ciò, sempre secondo Putin, la «votazione panrussa» rappresenta «una garanzia ulteriore del sostegno del popolo della FR alle modifiche della Costituzione della FR» poiché – accanto a quella dell'approvazione della legge di emendamento alla Costituzione da parte di almeno due terzi dei soggetti della FR - permette di tradurre in essere in maniera più completa i principi sulla democrazia diretta fissati nell'art. 3 Cost. FR.

---

[44] Il Presidente della FR nel sostenere la costituzionalità degli emendamenti proposti sottolinea che essi: «non sono in contrasto con i capitoli 1, 2 e 9 poiché sono adottati per svilupparli e per perfezionare l'organizzazione del potere pubblico nella Federazione di Russia quale strumento per perseguire gli scopi costituzionalmente rilevanti che derivano dalle disposizioni di tali capitoli della Costituzione della FR».

[45] L'art. 3 della legge della LeC FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» si limita infatti a stabilire che «Dopo l'entrata in vigore della presente legge il Presidente della FR invia alla Corte costituzionale della FR un richiesta sulla conformità delle disposizioni non ancora entrate in vigore della presente legge ai capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR e sulla conformità (non conformità) delle modalità di entrata in vigore dell'art. 1 della presente legge alla Costituzione della FR».

[46] L'introduzione della disposizione sull'intervento della Corte costituzionale della FR nell'ambito della procedura di perfezionamento della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR era stato del resto sollecitata proprio da Putin nel corso del suo incontro con il gruppo di lavoro del 26 febbraio 2020 al fine legittimare a sua volta l'introduzione di quella sull'azzeramento dei mandati presidenziali.

Nel suo parere (*zaključenie*) corrispondentemente emanato il 16 marzo 2020[47] la Corte - in considerazione del fatto che né la Costituzione della FR né la Legge federale costituzionale «Sulla Corte costituzionale della FR» le attribuiscono espressamente il diritto di verificare la costituzionalità degli emendamenti contenuti nelle leggi della FR di emendamento alla Costituzione della FR - si preoccupa innanzitutto di "giustificare" il suo intervento adducendo a suo favore che: «in base al significato degli artt. 10, 15, 16, 125 e 136 Cost. FR il controllo giurisdizionale di costituzionalità nei confronti di tali emendamenti può costituire una tutela appropriata delle forza giuridica delle disposizioni relative alle basi dell'ordinamento costituzionale della Russia e ai diritti fondamentali e alle libertà dell'uomo e del cittadino nel sistema delle norme costituzionali nonché una garanzia dell'assenza di contraddizioni nel testo della Costituzione della FR quale Legge fondamentale»[48].

Procedendo da tale premessa essa provvede poi a specificare le condizioni per l'esercizio di tale controllo.

Da un lato essa infatti sottolinea di non potere verificare la costituzionalità degli emendamenti che - contenuti in una legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR - sono stati altresì già inseriti nella Costituzione della FR. Nel riprendere la propria precedente giurisprudenza la Corte infatti precisa che: «Secondo il significato degli artt. 15 e 16 della Costituzione della FR e in conformità con la posizione di diritto espressa, in base ad essi, dalla stessa Corte costituzionale nell'ordinanza del 17 luglio 2014 n. 1567-O, la verifica della costituzionalità delle modifiche contenute nella Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR - già incorporate nella Costituzione della FR - non può essere effettuata dalla giurisdizione costituzionale poiché sono diventate parte inalienabile della Costituzione della FR. Il contrario sarebbe in contrasto con la natura del controllo giurisdizionale di costituzionalità».

Dall'altro la stessa Corte sostiene che essa ha invece il diritto di esprimere un proprio parere sulla conformità di una legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR ai capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR in quanto: «La

[47] Parere della Corte costituzionale della FR sulla conformità ai capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della Federazione di Russia delle disposizioni non ancora entrate in vigore della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di determinate questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico», nonché sulla conformità alla Costituzione della FR della procedura di entrata in vigore dell'art. 1 di tale Legge in relazione al ricorso del Presidente della Federazione di Russia», in http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision459904.pdf.

[48] Per un primo esame della sentenza cfr. A. DI GREGORIO, Rassegna giurisprudenziale – Russia – gennaio marzo 2020, in DPCEonline, in http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/180.

legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR nella parte in cui introduce modifiche ai capitoli 3-8 della Costituzione non può confliggere, secondo quanto si desume dagli artt. 15, 16, 17, 18, 134, 135 e 136 Cost. FR, con le disposizioni dei capitoli 1, 2 e 9 sia sotto il profilo del suo contenuto sia sotto il profilo delle modalità di adozione. Tale questione riveste carattere costituzionale e di conseguenza – come deriva dalla posizione di diritto espressa dalla Corte costituzionale della FR nelle sentenze del 16 giugno 1998 n. 19-P, dell'11 aprile 2000 n. 6-P e del 21 marzo 2007 n. 3-P – deve essere risolta proprio mediante il processo costituzionale cosa che concorda con le indicate disposizioni della Costituzione della FR in combinato disposto con i suoi artt. 10, 118 e 125».

Nel passare poi, sulla base di questi presupposti, ad esaminare i quesiti posti dal Presidente della FR la Corte accoglie le motivazioni di quest'ultimo relativamente allo svolgimento della «votazione panrussa» (*vserossijskoe golosovanie*) aggiungendo altresì che: «secondo il significato dell'articolo 1, comma 1 della Costituzione della FR essa rappresenta una forma di manifestazione diretta della volontà del popolo nel corso dell'adozione dell'indicata decisione statale e, in quanto tale, non si sostituisce alle prerogative che spettano all'Assemblea federale e agli organi del potere legislativo dei soggetti della FR nel corso dell'adozione di tale decisione secondo la procedura stabilita dall'art. 136 Cost. FR». Pertanto, prosegue la Corte: «il legislatore costituzionale (…) aveva il diritto di rivolgersi alla votazione panrussa anche se questa non è prevista dalla disciplina relativa all'adozione degli emendamenti costituzionali» in quanto «l'integrazione della menzionata procedura con lo svolgimento di una votazione panrussa (…) risponde al principio del potere del popolo che costituisce uno dei fondamenti più importanti dell'ordinamento costituzionale ed è costituzionalmente giustificato»[49].

Infine in relazione alla mancata previsione di un *quorum* strutturale per lo svolgimento di tale votazione la Corte afferma che tale assenza: «non confligge con l'art. 135, comma 3 Cost. FR in conformità con il quale la condizione per l'adozione di una nuova Costituzione della FR nel corso di una votazione di tutto il popolo è quella della partecipazione ad essa di più della metà degli aventi diritto al voto

[49] Dunque, come sottolineato da Von Gall: «*With this logic the Constitutional Court adheres to a central pillar of the Russian and Soviet constitutional tradition, according to which the will of the people is essential to legitimate state power. In consequence, the constitution is regarded as only reflecting the respective will of the people*» in C. VON GALL, L. JÄCKEL, *The 2020 Russian Constitutional Reform,* in *Russian Analytical Digest*, No. 250, 9 April 2020, p.3, in https://css.ethz.ch/en/publications/rad/rad-all-issues/details.html?id=/n/o/2/5/no_250_putinnr_250_putin.

poiché nel caso in questione si tratta dell'introduzione di emendamenti nella Costituzione e non dell'adozione di una nuova Legge fondamentale»[50].

Per quanto riguarda il contenuto degli emendamenti da inserire in Costituzione la Corte, pur accogliendo ancora le posizioni del Presidente della FR, procede invece ad analizzarli uno ad uno riservandosi di: «definire autonomamente, anche sulla base del monitoraggio della discussione sui mezzi di comunicazione di massa e nella rete internet nonché in considerazione della loro rilievo costituzionale, quelle disposizioni la cui valutazione necessita di un'esposizione maggiormente dettagliata della sua posizione nel testo del parere».

Infine a conclusione di una sentenza lunga più di 50 pagine la Corte nel dispositivo della stessa afferma che: 1) le modalità di entrata in vigore dell'art. 1 della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni relative alla organizzazione e al funzionamento del potere pubblico» sono conformi alla Costituzione della FR» e che: 2) le disposizioni non ancora entrate in vigore della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni relative alla organizzazione e al funzionamento del potere pubblico» sono conformi alle disposizioni dei capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR.

In questo modo anche la Corte costituzionale della Russia – al pari della Corti costituzionali di altri paesi dell'ex Urss quali l'Armenia, l'Azerbaijan, la Bielorussia, la Moldova, la Kirghisia, il Tagikistan, l'Ucraina – si è quindi espressa in via preventiva sulla conformità di una (parte) della legge di emendamento rispetto ai capitoli della Costituzione della FR che, in assenza di limiti espliciti alla revisione, esprimono l'identità costituzionale del Paese, ovverosia i capitoli 1, 2 e 9 le cui disposizioni non possono essere modificate se non mediante l'adozione di una nuova Costituzione[51].

Del resto la stessa Corte costituzionale spingeva ormai da tempo in tale direzione come dimostra la sua ordinanza del 17 luglio 2014 in cui aveva sottolineato che: «…non si esclude l'introduzione sia nella Costituzione della FR sia nella Legge federale costituzionale "Sulla Corte costituzionale della FR" di

[50] In questo caso la Corte fa riferimento alla «votazione di tutto il popolo» (*vsenorodnoe golosovanie*) prevista nell'art. 135 in ordine all'eventuale approvazione mediante la stessa del testo di nuova Costituzione preparato dall'Assemblea costituzionale.

[51] L'ultimo art. 16, comma 2 del cap. 1 Cost. FR prevede peraltro espressamente che: «Nessun'altra disposizione della presente Costituzione può essere in contrasto con le basi dell'ordinamento costituzionale della Federazione di Russia» mentre l'ultimo art. 64 del cap. 2 Cost. FR stabilisce che: «Le disposizioni del presente Capitolo costituiscono le basi dello *status* giuridico della persona nella Federazione di Russia e possono essere modificate soltanto secondo le modalità stabilite dalla presente Costituzione».

modifiche che riguardano la possibilità della verifica da parte della Corte costituzionale della FR di una legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR sotto il profilo della sua conformità alle disposizioni dei capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR prima della sua entrata in vigore, e cioè sino al momento in cui gli emendamenti introdotti nella Costituzione della FR diventano una sua parte costitutiva inalienabile»[52]

Dal canto suo anche la dottrina ha già avuto modo di affermare che: «La decisione in merito se o se non sia possibile un controllo costituzionale di tipo preventivo nei confronti della Costituzione è nelle mani del legislatore e di quei soggetti che hanno il diritto di introdurre nella Duma di Stato un corrispondente progetto»[53].

2. L'interazione tra principio unitario e disposizioni "sovraniste" quale chiave di lettura della riforma costituzionale

2.1 Il rafforzamento dei principi della tutela dell'unità statale, dell'integrità territoriale e della sovranità della Russia

L'analisi della procedura di elaborazione e di adozione della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» permette altresì di osservare che il suo progetto originario - presentato il 20 gennaio alla Duma di Stato - non presentava delle disposizioni strettamente correlate tra loro[54].

In seguito all'incorporazione nello stesso progetto di altri emendamenti è stato invece possibile inquadrare meglio il significato complessivo della riforma che - in

[52] Ordinanza della Corte costituzionale della FR del 17 luglio 2914 n. 1567 sulla verifica della costituzionalità di una serie di disposizioni della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR "Sulla Corte suprema della FR e sulla procuratura della FR" su richiesta di un gruppo di deputati della Duma di Stato, mmin http://www.szrf.ru/szrf/doc.phtml?nb=100&issid=1002014030000&docid=196.

[53] S. A. ZENKIN, *Modernization of the Russian Federation Constitution: A Regulatory Model and Practice*, in *Lex Russica*, cit., p. 56.

[54] Così C. VON GALL, in *Herrschaft über die Verfassung: Die Vorschläge Präsident Putins zur russischen Verfassungsreform,* in *VerfBlog,* 2020/1/21, in https://verfassungsblog.de/herrschaft-ueber-die-verfassung/: «*Die Änderungsvorschläge wirken aus verfassungsjuristischer Sicht widersprüchlich und kaum durchdacht*». La presenza di una correlazione tra gli emendamenti si configura invece come un requisito necessario in quanto l'art. 2, comma 2 della LF «Sulle modalità d'adozione ed entrata in vigore di emendamenti alla Costituzione della FR» recita che: «Con una stessa legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR vengono ricomprese delle modifiche (*izmenenie*) del testo costituzionale che sono intercorrelate tra loro».

parte elevando a rango costituzionale disposizioni già precedentemente introdotte a livello legislativo e in parte accogliendone di nuove – si basa innanzitutto sul rafforzamento di alcuni principi fondamentali quali quelli della tutela dell'unità statale, dell'integrità territoriale e della sovranità della Russia, già sanciti nella versione originaria della Costituzione della FR.

Per quanto riguarda il principio dell'unità statale gli emendamenti ne esaltano soprattutto il profilo dinamico in quanto principio che sottende tutta l'evoluzione dello Stato della Russia sino alla Federazione di Russia passando per l'Unione Sovietica. Essi infatti non si limitano ad affermare che: «La Federazione di Russia – unita dalla sua storia millenaria, conservando il ricordo degli antenati che ci hanno trasmesso gli ideali e la fede in Dio, nonché la continuità nell'evoluzione dello Stato della Russia (*Rossijskogo gosudarstvo*)[55] – riconosce l'unità statale (*gosudarstvennoe edintsvo*) che si è storicamente consolidata» (art. 67[1], comma 2 Cost. FR)[56], ma giungono altresì a dichiarare che: «La Federazione di Russia (*Rossijskaja Federacija*) è il «successore dell'Urss sul proprio territorio nonché della stessa nell'appartenenza alle organizzazioni internazionali e ai loro organi, nella partecipazione ai trattati internazionali (…)». Solo in tale prospettiva diacronica può essere peraltro pienamente inteso il concetto di Patria laddove le modifiche stabiliscono ulteriormente che: «La Federazione di Russia onora il ricordo dei difensori della Patria e garantisce la difesa della verità storica. Non è ammesso

[55] Si tenga presente che in italiano viene tradotto con il termine «russo» sia l'aggettivo *russkij* sia l'aggettivo *rossijskij* ma tra questi esiste una differenza fondamentale della quale, riportando le rispettive translitterazioni, si vuole rendere conto in quanto l'aggettivo *russkij* viene utilizzato secondo il significato etnico mentre *rossijskij* in senso civico indica i cittadini della Federazione di Russia indipendentemente dal fatto che si riconoscano nell'etnia russa. Pertanto l'aggettivo *russkij* veniva usato nella denominazione dello Stato russo di Moscovia (*Russkoe moskovskoe gosudarstvo*) prima delle grandi conquiste imperiali, mentre quello di *rossiskoj* nella denominazione dell'Impero russo (*Rossijskaja Imperija*) in maniera tale da indicare l'ordinamento statale della Russia formata anche da popoli non etnicamente russi. Parimenti l'acronimo RSFSR corrispondeva a *Rossijskaja Sovetskaja Federativnaja Socialističeskaja Respublika* e l'attuale Federazione di Russia è *Rossijskaja Federacija*. Più ampiamente cfr. U. SCHMID, *Nationality Policy: Russian Nation vs. Russian People?*, in *Russian Analytical Digest*, n. 250, 2020, pp. 11-13, in https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/RAD250.pdf.

[56] Tale emendamento amplia pertanto il contenuto del Preambolo in cui si dichiara che il popolo plurinazionale della FR: «…salvaguarda l'unità statale storicamente formatasi…».

sminuire il significato delle imprese del popolo nel difendere la Patria» (all'art. 67[1], comma 3 Cost. FR)[57].

Nonostante il popolo della FR venga definito «plurinazionale» gli emendamenti individuano però implicitamente proprio nel popolo russo (*russkij narod*) l'elemento propulsivo della formazione dell'ordinamento statale della Russia. Essi infatti – oltre a ribadire che: «In tutto il territorio della Federazione di Russia (*Rossijskaja Federacija*) la lingua di Stato (*gosudarstvennyj jazyk*) è la lingua russa (*russkij*)» – precisano altresì che questa è «la lingua del popolo costitutivo dello Stato (*gosudarstvoobrazujuščij narod)* che fa parte dell'unione plurinazionale (*mnogonacional'nyj sojuz*) dei popoli aventi pari diritti della Federazione di Russia» (art. 68, comma 1 Cost. FR). Tale riconoscimento implicito viene poi confermato dalla Corte costituzionale la quale prontamente dichiara che: «la disposizione sulla lingua russa (*russkij*) quale lingua del popolo costitutivo dello Stato che fa parte dell'unione plurinazionale dei popoli della Federazione di Russia aventi pari diritti si basa sul riconoscimento obiettivo del ruolo del popolo russo (*russkij narod*) nella formazione dell'ordinamento statale russo (*rossijskoj*) che prosegue nella Federazione di Russia (*rossijskaja*)»[58]. Insomma, così come sottolineato da U. Schmid: «*Für Putin steht nicht mehr wie für Breschnew die Schaffung eines «sowjetischen», sondern eines «russländischen» Volkes im Vordergrund*»[59].

All'accentuazione del principio dell'unità statale considerato in prospettiva diacronica segue il rafforzamento del principio della tutela dell'integrità territoriale della Russia laddove gli emendamenti – in risposta probabilmente a vecchie contese relative a isole nel Pacifico e a nuove controversie relative ai più recenti ampliamenti territoriali della Russia – precisano che: «Ad eccezione della delimitazione e della demarcazione della frontiera di Stato della Federazione di Russia con gli Stati contigui non sono ammesse azioni finalizzate all'alienazione di

[57] Il Preambolo si limita invece ad affermare che il popolo plurinazionale della FR: «onora la memoria degli avi che ci hanno trasmesso l'amore e il rispetto verso la Patria, la fede nel bene e nella giustizia».

[58] Inoltre, prosegue la Corte: «ciò non lede la dignità degli altri popoli, non deve essere considerato incompatibile con le disposizioni della Costituzione della FR sul popolo plurinazionale della FR (art. 3, comma 1), sull'uguaglianza dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino indipendentemente dalla nazionalità (art. 19, comma 2) e sull'uguaglianza dei popoli (preambolo)». Sentenza della Corte costituzionale della FR del 16 marzo 2020, cit.

[59] U. SCHMID, *In Russland ist eine Verfassung mehr als eine Verfassung – Putins reform setzt ein sowjetisches Modell fort*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 7.05.2020, in https://www.nzz.ch/feuilleton/russland-eine-verfassung-ist-mehr-als-eine-verfassung-ld.1550739.

parte del territorio della Federazione di Russia né il fare appello a tali azioni» (art. 67, comma 2.1 Cost. FR)[60].

Al rafforzamento del principio dell'integrità territoriale corrisponde poi l'introduzione di nuove norme per la difesa della «democrazia sovrana» della Russia[61]. Gli emendamenti, nel fornire fondamento costituzionale a tutta la copiosa legislazione sui cosiddetti "agenti stranieri" stabiliscono infatti che: «La Federazione di Russia può adottare misure (…) **per non ammettere l'ingerenza nelle questioni interne dello Stato»** (art. 79[1] Cost. FR)[62]. Oltre a ciò gli stessi emendamenti – nel volere rafforzare l'identità costituzionale della Russia – integrano il contenuto dell'art. 79 Cost. FR[63] con la formulazione per cui: «Le decisioni degli organi interstatali, adottate sulla base delle disposizioni dei trattati internazionali della FR secondo un'interpretazione in conflitto con la Costituzione della FR, non sono soggette ad applicazione nella FR»[64].

Tutti queste modifiche avrebbero trovato probabilmente migliore collocazione nel Preambolo o nel cap. 1 sulle «Basi dell'ordinamento costituzionale» e/o nel cap. 2 sui «Diritti e libertà dell'uomo e del cittadino» della Costituzione in quanto proprio in questi ultimi si trovano le disposizioni alle quali le prime fanno riferimento ampliandone il corrispondente contenuto.

---

[60] Tale emendamento dunque espande l'art. 4, comma 3 Cost. FR che si limita a recitare che: «3. La Federazione di Russia assicura l'integrità e l'inviolabilità del proprio territorio».

[61] Sull'affermazione di tale concetto in Russia cfr. F. DELFINO, *La democrazia "illiberale": il modello di "democrazia sovrana" in Russia e di "democrazia cristiana" in Ungheria. Origini, similitudini e divergenze*, in *NAD*, n. 2, 2019, pp. 14-17, in https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/article/view/12545/11794.

[62] All'interno dell'art. 79[1] Cost. FR proposto dagli emendamenti tale formulazione viene peraltro preceduta da quella di diverso tenore in base alla quale: **«La Federazione di Russia può adottare misure** per il sostegno e il rafforzamento della pace e della sicurezza mondiale e per garantire la coesistenza pacifica degli Stati e dei popoli». Questo a sua volta si ricollega alla parte del Preambolo in cui si afferma che il popolo plurinazionale «è consapevole di fare parte della comunità mondiale».

[63] Sulla relazione tra diritto internazionale e il contenuto di tale emendamento cfr. Y. IOFFE, *The Amendments to the Russian Constitution: Putin's Attempt to Reinforce Russia's Isolationist Views on International Law?*, in *Ejil: Talk!*, January 29, 2020, reperibile in https://www.ejiltalk.org/the-amendments-to-the-russian-constitution-putins-attempt-to-reinforce-russias-isolationist-views-on-international-law/

[64] La formulazione originaria dell'art. 79 si limita invece a prevedere che: «**La FR può prendere parte a organizzazioni interstatali e trasferire ad esse parte delle sue attribuzioni in conformità con i trattati internazionali della FR, purché ciò non comporti una limitazione dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino e non sia in contrasto con le basi dell'ordinamento costituzionale della FR».**

La Costituzione nulla però dice espressamente a proposito delle modalità di modifica del Preambolo mentre la riforma dei capitoli 1 e 2 della Costituzione avrebbe richiesto, come già ricordato, il ricorso al procedimento di revisione costituzionale che, se produce esito positivo, comporta l'adozione di una nuova Costituzione cosa che non rientrava nelle intenzioni di Putin. Ancora più problematica appare peraltro la collocazione delle disposizioni relative alla tutela dell'identità costituzionale della Russia nei confronti delle decisioni degli organi delle organizzazioni internazionali che, più che ampliare il contenuto, sembra confliggere con quanto stabilito nei sopra menzionati capitoli[65].

Di conseguenza tutti gli emendamenti analizzati - al pari di quelli altrettanto rilevanti concernenti i rapporti socio-economici[66] - risultano inseriti nel cap. 3

[65] In particolare l'emendamento aggiuntivo all'art. 79 Cost. FR confliggerebbe con l'art. 15, comma 4 che stabilisce che: «I principi e le norme del diritto internazionale universalmente riconosciuti, così come i trattati internazionali della Federazione di Russia, sono parte integrante del suo sistema giuridico. Se un trattato internazionale della Federazione di Russia stabilisce regole diverse da quelle previste dalla legge si applicano le regole del trattato internazionale». Di conseguenza, come osservato da K. Sasov: «Formalmente i capitoli 1 e 2 della Costituzione non cambiano, ma l'analisi della sostanza degli emendamenti dimostra che essi introducono nella stessa delle contraddizioni…e indirettamente entrano in conflitto con una serie di articoli dei capitoli 1, 2 e 9 della Costituzione della FR» in K. SASOV, *Pravovojj analiz Zaključenija Konstitucionnogo Suda RF n. 1-Z ot 16 marta 2020* (Analisi giuridica del Parere della Corte costituzionale della FR n, 1-Z del 16 marzo 2020), 19.03.2020, in https://zakon.ru/blog/2020/03/19/pravovoj_analiz_zaklyucheniya_konstitucionnogo_suda_rf_1-z_ot_16_marta_2020_g.. I conflitti che possono sorgere tra gli emendamenti introdotti e le disposizioni dei cap. 1 e 2 altresì analizzati da T. KHRAMOVA, A. TROITSKAYA, *The Ashes of Constitutionalism: Failures of the Recent Ad hoc Review of Russian Constitutional Amendments*, in *IACL-AIDC Blog*, March 31, 2020, in https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/31/the-ashes-of-constitutionalism-failures-of-the-recent-ad-hoc-review-of-russian-constitutional-amendments.

[66] **Nel concretizzare la definizione di «Stato sociale» fissata invero nell'art. 7 del cap. 1 della Costituzione anche tali emendamenti – dopo aver dichiarato che: «Nella Federazione di Russia si creano le condizioni per una crescita economica stabile e per l'aumento del benessere dei cittadini, per la fiducia reciproca tra lo Stato e la società, viene garantita la dignità dei cittadini e il rispetto del lavoro dell'uomo, viene garantito il bilanciamento dei diritti e dei doveri del cittadino, il partenariato sociale, la solidarietà economica, politica e sociale» (art. 75[1] Cost. FR) – provvedono peraltro soprattutto a costituzionalizzare quanto già affermato a livello di legislazione ordinaria, ovverosia che «Lo Stato garantisce** un salario minimo lavorativo non inferiore al minimo di sussistenza della popolazione abile al lavoro **nella Federazione di Russia», che: «Nella Federazione di Russia si forma una sistema pensionistico per i cittadini sulla base dei principi**

"Struttura della Federazione" e/o nel cap. 8 "Autogoverno locale" della Costituzione della FR.

2.2 La costituzionalizzazione del sistema unitario del potere pubblico

Allo scopo di garantire una migliore realizzazione dei principi sopra richiamati la LeC FR «Sul perfezionamento giunge inoltre ad incorporare finalmente il principio dell'unità del potere pubblico accogliendo corrispondenti elaborazioni della dottrina e sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

La Costituzione della FR distingue infatti tra organi federali del potere statale e organi del potere statale dei soggetti della FR legati tra loro dal principio dell'unità del potere statale (art. 5, comma 3 Cost. FR) e dalla verticale del potere esecutivo (art. 77, comma 2 Cost. FR) da un lato e organi dell'autogoverno locale che **«non fanno parte del sistema degli organi del potere statale» (art. 12 Cost. FR) dall'altro**[67]**.**

La dottrina russa ha invece sostenuto in maniera sempre più condivisa che gli organi del potere statale e gli organi dell'autogoverno locale - pur non rientrando i secondi nel sistema dei primi - sono accumunati dall'esercizio di «potere pubblico» in quanto entrambi «espressione della sovranità del popolo nei diversi livelli delle collettività pubbliche territoriali nelle quali tale potere dispone di proprie attribuzioni»[68]. In conformità con tale dottrina in Russia il potere pubblico viene pertanto configurato come «un sistema di tre sottosistemi (livelli, tipi) aventi pari valore e pari significato: il potere statale della FR (potere federale), il potere

---

dell'universalità, della giustizia e della solidarietà delle generazioni, viene garantito il suo funzionamento efficiente e si effettua l'indicizzazione delle pensioni almeno una volta all'anno secondo le modalità stabilite dalla legge federale» nonché, infine, che: «Nella Federazione di Russia in conformità con la legge federale viene garantita l'assicurazione sociale obbligatoria, l'assistenza sociale orientata ai cittadini e l'indicizzazione dei sussidi sociali e di altri pagamenti d'indennità» (art. 75, commi 5, 6 e 7).

[67] Nell'operare tale distinzione i costituenti russi risultano essere altresì influenzati dal concetto di autogoverno locale elaborato dalla dottrina russa della seconda metà dell'800. Cfr. M. GANINO, *Nuove tendenze dell'autogoverno locale: l'esperienza della Russia*, in R. SCARCIGLIA, M. GOBBO, *Nuove tendenze dell'ordinamento locale: fonti del diritto e forme di governo nell'esperienza comparata*, Trieste, EUT - Edizioni Università Trieste, 2001, p. 85. Sull'evoluzione nel corso dell'ottocento del concetto di autogoverno locale in Russia e dell'influenza esercitata sullo stesso da parte del modello del *self government* inglese Cfr. S. F. STARR, *Decentralization and Self Government in Russia*, 1830-1870, Princeton University Press, Princeton, 1972, p. 64 ss.

[68] T. CHABREVA, *Nacional'nye interesy i zakonodatel'nye prioritety Rossij*, in *Žurnal rossijskogo prava*, n. 12, 2005, p. 21.

statale dei soggetti della FR (potere regionale) e l'autogoverno locale (municipale)»[69].

La Corte costituzionale a sua volta – dal sottolineare nelle sue sentenze della seconda metà degli anni '90[70] che il potere pubblico può essere esercitato sia dagli organi del potere statale sia dagli organi dell'autogoverno locale – è arrivata in quelle più recenti del dicembre 2012[71] e del dicembre 2015[72] a fissare il principio dell'unità del potere pubblico[73].

Infine la stessa Corte costituzionale nella sentenza del 16 marzo 2020 è giunta a configurare la «categoria del sistema unitario del potere pubblico» specificando che essa «deriva dai concetti fondanti di "statualità" e "stato" che indicano l'unione (*sojuz*) politica del popolo plurinazionale della Russia» il cui potere sovrano «si estende a tutto il territorio della Russia e opera come un insieme unitario sistemico secondo specifiche modalità organizzative stabilite dalla

[69] YU. V. BLAGOV, *Self-government in the system of public power: the theoretical aspect*, in *Vestnik Omskogo Universiteta – Serija «Pravo»,* 2016, n. 1, p. 86, in https://cyberleninka.ru/article/n/mestnoe-samoupravlenie-v-sisteme-publichnoy-vlasti-teoreticheskiy-aspekt/viewer.

[70] Ad esempio la Corte costituzionale nella sentenza della FR del 24 gennaio 1997 n. 1-P afferma che: «A questo livello [di formazioni municipali] *il potere pubblico viene esercitato attraverso l'autogoverno locale* e i suoi organi che non rientrano nel sistema degli organi del potere statale». Parimenti in quella del 15 gennaio 1998 n. 3-P sostiene che: «*Il potere pubblico può essere anche municipale*…». Nella stessa direzione in quella del 30 novembre 2000 n. 15-P dichiara che: «…i cittadini hanno il diritto di partecipare direttamente o attraverso i propri rappresentanti all'*esercizio del potere pubblico nel quadro di una formazione municipale*». Infine in quella del 2 aprile 2002 n. 7-P ribadisce che: «In conformità all'art. 130 (comma 2) della Costituzione della FR *l'autogoverno locale - in quanto potere pubblico (municipale)* – è esercitato dai cittadini attraverso il *referendum*, elezioni e altre forme di manifestazione diretta della volontà nonché attraverso gli organi elettivi e altri organi dell'autogoverno locale». Tutte le sentenze sono reperibili nel sito www.ksrf.ru

[71] Sentenza della Corte costituzionale della FR del 24 dicembre 2012 n. 32-P, in http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision118883.pdf.

[72] Sentenza della Corte costituzionale della FR del 1 dicembre 2015 n. 30-P, http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision215624.pdf.

[73] Ad esempio nella citata sentenza del 1 dicembre 2015 n. 30-P si afferma che: «Il legislatore federale - basandosi sui fondamenti costituzionali dell'*unità del potere pubblico nella Federazione di Russia* e sulla necessità obiettiva degli organi del potere statale del soggetto della FR di interagire con gli organi dell'autogoverno locale per creare le condizioni per garantire lo sviluppo socio-economico stabile e complessivo entro i confini di tutto il territorio del rispettivo soggetto della FR - ha il diritto di prevedere delle basi concrete per la partecipazione dei soggetti della FR nella disciplina legislativa relativa alla formazione degli organi dell'autogoverno locale…».

Costituzione della Federazione di Russia». Pertanto, conclude la Corte: «gli organi dell'autogoverno locale che - in conformità con l'art. 12 Cost. FR non rientrano nel sistema degli organi del potere statale indicati agli artt. 10 e 11 – fanno in ogni caso parte del sistema unitario del potere pubblico dell'unione politica (*soujza ob''edinenija*) del popolo plurinazionale russo (*rossijskogo)*. Il contrario comporterebbe la violazione del principio dell'unità statale della Federazione di Russia e implicherebbe l'inapplicabilità nei confronti dell'autogoverno locale delle caratteristiche giuridico-costituzionali fondamentali dello Stato della Russia (art. 1, comma 1 Cost. FR) cosa che si configura come un *nonsense* giuridico-costituzionale»[74].

Proprio in quanto funzionale all'affermazione dell'unità statale della Russia deve essere dunque inteso l'emendamento che stabilisce che: **«Gli organi dell'autogoverno locale e gli organi del potere statale rientrano nel sistema unitario del potere pubblico e collaborano reciprocamente per la soluzione maggiormente efficiente dei compiti nell'interesse della popolazione che risiede sui corrispondenti territori» (art. 132, comma 3 Cost. FR). E' solo alla luce di tale relazione che possono essere pienamente compresi i restanti emendamenti introdotti dalla riforma.**

3. Sistema unitario del potere pubblico e relazioni centro periferia

Alla costituzionalizzazione del sistema unitario del potere pubblico e al rafforzamento dei principi dell'unità statale, della tutela dell'integrità territoriale e della sovranità territoriale della Russia corrisponde quindi un aumento delle competenze della Federazione.

Nell'elenco delle materie di competenze della Federazione, previsto all'art. 71 Cost. FR, vengono infatti rispettivamente inserite quella della «organizzazione del potere pubblico» (aggiunta alla lett. *d* sulla definizione degli organi federali statali)[75], quella della «garanzia della sicurezza informatica della persona, della società e dello Stato» (aggiunta alla lett. *n* sulla difesa e alla sicurezza militare della Russia)[76] e quella della «fissazione di limitazioni per l'assunzione delle cariche

[74] Sentenza della Corte costituzionale della FR del 16 marzo 2020, cit.

[75] Art. 71, lett. *d* Cost. FR (in base agli emendamenti): «Nella competenza della Federazione di Russia rientra l'organizzazione del potere pubblico; la determinazione degli organi federali del potere legislativo, esecutivo e giudiziario; le modalità relative alla loro organizzazione e attività; la formazione degli organi federali del potere statale»

[76] Art. 71, lett. *n* Cost. FR (in base agli emendamenti): «Nella competenza della Federazione di Russia rientra la difesa e la sicurezza; la produzione per la difesa; la definizione delle modalità di compravendita delle armi, delle munizioni, della tecnologia militare e di altri beni di uso militare; la produzione di sostanze tossiche e di narcotici, così

statali o municipali, incluse le limitazioni connesse con il possesso di una cittadinanza straniera» (aggiunta alla lett. *t* sulla funzione pubblica) [77].

Alcune materie che precedentemente rientravano solo nell'elenco delle materie di competenza congiunta della Federazione e dei suoi soggetti (art. 72 Cost. FR) vengono inoltre ridisegnate inserendo una parte delle relative attribuzioni nell'elenco di competenza della Federazione e lasciando le restanti, riformulate, nell'elenco delle materie di competenza congiunta. Ciò riguarda ad esempio la materia della sanità in relazione alla quale alla competenza federale viene attribuita «la definizione delle basi giuridiche unitarie della sanità» (art. 71, lett. *f* Cost. FR) mentre alla competenza congiunta della Federazione e dei suoi soggetti viene lasciato: «il coordinamento generale della sanità, inclusa la garanzia di cure mediche accessibili e qualificate, la conservazione e il miglioramento della salute della società, la creazione di condizioni per condurre uno stile di vita sano e la formazione di una cultura di atteggiamento responsabile dei cittadini nei confronti della loro salute…» (art. 72, lett. *g* Cost. FR). Parimenti alla competenza della Federazione viene attribuita «la definizione delle basi giuridiche del sistema di educazione e di istruzione, incluse quelle del sistema di istruzione permanente» (art. 72, lett. *g* Cost. FR) mentre alla competenza congiunta della Federazione e dei suoi soggetti rimangono assegnate «le questioni generali dell'istruzione» alle quali viene annessa la «politica giovanile».

---

come le modalità inerenti al loro impiego; la garanzia della sicurezza della persona, della società e dello Stato in relazione all'applicazione delle tecnologie informatiche e all'elaborazione dei dati digitali»

[77] Art. 71, lett. *t* Cost. FR (in base agli emendamenti): «Nella competenza della Federazione di Russia rientra la funzione pubblica federale, la previsione di limitazioni per occupare cariche statali o municipali, funzioni statali o municipali, incluse le limitazioni relative al possesso della cittadinanza di uno Stato straniero o di un permesso di soggiorno o di altro documento che attesti il diritto del cittadino della Federazione di Russia di risiedere permanentemente sul territorio di uno Stato straniero nonché limitazioni relative alla presenza di conti (depositi) e al possesso di strumenti finanziari e valori personali presso banche straniere collocate al di fuori del territorio della Federazione di Russia». Tali presupposti vengono poi ripresi ed ampliati dalla legge della FR di emendamento alla Costituzione della FdR laddove individua gli ulteriori requisiti necessari per assumere le cariche: di Presidente della FR (art.81, comma 2 Cost. FR), di senatore del Consiglio della Federazione (art. 95, comma 4 Cost. FR), di deputato della Duma di Stato (art.97, comma 1 Cost. FR), di Presidente del Governo, di suo vice, di ministro o di dirigente di un organo esecutivo federale (art. 110, comma 4), di dirigente di un organo federale statale (art. 78, comma Cost. FR), di funzionario supremo (dirigente dell'organo esecutivo supremo) di un soggetto della Federazione (art. 77, comma 3 Cost. FR), di plenipotenziario per i diritti dell'uomo (art. 103, comma 1, lett. *e* Cost. FR), di giudice (art. 119 Cost. FR) e di procuratore (art. 129, comma 2 Cost. FR).

Infine nelle materie di competenza congiunta vengono inserite delle nuove materie, che hanno destato un dibattito piuttosto acceso per il loro contenuto ideologico, quali quelle della: «tutela della famiglia, della maternità, della paternità e dell'infanzia, la difesa dell'istituto del matrimonio come unione tra marito e donna, la creazione di condizione per un'educazione adeguata dei bambini in famiglia nonché per l'esercizio da parte dei figli maggiorenni del loro dovere di occuparsi dei genitori» (art. 72, lett. *g*[1] Cost. FR).

L'individuazione in capo alla Federazione di nuove competenze comporta un accentramento dei poteri a livello federale, ma complessivamente non muta lo schema del riparto degli ambiti di competenza e delle attribuzioni tra gli organi del potere statale federali e quelli dei soggetti della Federazione[78] così come è andato evolvendosi sulla base della legislazione federale, in particolare in seguito alle continue modifiche ed aggiunte inserite nella Legge federale "Sui principi generali di organizzazione degli organi legislativi (rappresentativi) e degli organi esecutivi del potere statale dei soggetti della Federazione di Russia"[79].

Parimenti – nel quadro del "finalmente" costituzionalizzato sistema unitario del potere pubblico - non mutano sensibilmente le relazioni tra gli organi federali del potere statale, quelli del potere statale dei soggetti della Federazione e quelli dell'autogoverno locale che continuano ad essere disciplinate precipuamente dalla legge federale «Sui principi generali di organizzazione degli organi dell'autogoverno locale»[80].

---

[78] Tale riparto non potrà trovare però applicazione nei confronti della categoria dei «territori federali» (*federal'nye territorii*) che gli emendamenti prevedono di introdurre in Russia precisando all'art. 67 Cost. FR che «l'organizzazione del potere pubblico sui territori federali sarà stabilita dalla legge federale» sottraendoli così alla giurisdizione del soggetti della FR.

[79] Tale legge federale ordinaria attribuisce però particolare forza di resistenza alle sue disposizioni che enumerano le attribuzioni proprie degli organi del potere statale dei soggetti della FR in quanto all'art. 26.3, comma 4, punto 2 precisa che: «L'elenco delle attribuzioni degli organi del potere statale dei soggetti della FR nelle materie di competenza congiunta da esercitare a spese del bilancio del soggetto della FR (ad esclusione delle sovvenzioni provenienti dal bilancio federale) non può essere modificato altrimenti che mediante l'introduzione e/o aggiunte al comma 2 del presente articolo o secondo le modalità stabilite dal suo comma 5». La legge in http://docs.cntd.ru/document/901744603.

[80] Tale legge federale ordinaria, rispetto a quella "Sui principi generali di organizzazione degli organi legislativi (rappresentativi) e degli organi esecutivi del potere statale dei soggetti della Federazione di Russia", attribuisce invece particolare forza di resistenza non solo alle disposizioni relative alle competenze/questioni di rilevanza locale degli organi dell'autogoverno locale, bensì a tutte le disposizioni in essa contenute poiché all'art. 4, comma 2 stabilisce ulteriormente che: «La modifica dei principi generali di organizzazione

Se da un lato il capitolo 8 «Sull'autogoverno locale» è oggetto di un numero piuttosto rilevante di emendamenti dall'altro si deve infatti tenere presente che la maggior parte di questi si limita a elevare a rango costituzionale proprio alcune disposizioni della legge federale «Sui principi generali di organizzazione degli organi dell'autogoverno locale».

Gli emendamenti ad esempio, come già previsto dall'appena citata legge, precisano che la delega agli organi dell'autogoverno locale di singole attribuzioni del potere statale può essere attuata sia con legge federale sia con legge dei soggetti della Federazione (art. 132, comma 2 Cost. FR).

A tale precisazione segue poi la costituzionalizzazione del diritto degli organi del potere statale del soggetto della FR di potere intervenire nella formazione degli organi dell'autogoverno locale istituiti al suo interno. Più precisamente gli emendamenti stabiliscono che: «Gli organi del potere statale possono partecipare alla formazione degli organi dell'autogoverno locale, alla nomina e all'esonero dei funzionari dell'autogoverno locale secondo le modalità e nei casi stabiliti dalla legge federale» (art. 131, comma 2 Cost. FR).

Alla luce del contenuto di tali emendamenti dubbia risulta peraltro la loro finalità, ovverosia se essa sia quella di costituzionalizzare gli aspetti fondamentali delle relazioni reciproche tra gli organi del potere statale della Federazione, quelli dei suoi soggetti e quelli dell'autogoverno locale nella prospettiva, come affermato dalla Corte costituzionale, di una cooperazione di tipo carattere funzionale[81] oppure se l'intenzione sia quella di limitare l'autonomia dell'autogoverno locale sia sotto il profilo dell'esercizio delle sue attribuzioni sia sotto il profilo della sua autonomia organizzativa. A tale proposito quello che si può certamente osservare è che gli emendamenti introducono frequenti rinvii alla legge federale. Essi alla disposizione prevista dalla versione originaria della Costituzione secondo la quale «la struttura degli organi dell'autogoverno locale è stabilita autonomamente dalla popolazione» - aggiungono infatti l'ulteriore sottolineatura per cui la popolazione nel fissare tale struttura deve agire «in conformità con i principi di organizzazione

degli organi dell'autogoverno locale, stabiliti dalla presente Legge federale, non è ammessa in altro modo se non mediante l'introduzione di modifiche e aggiunte nella presente Legge federale». La legge in http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_44571/

[81] Nella sua sentenza del 16 marzo 2020 la Corte, riprendendo la sua precedente giurisprudenza, sottolinea infatti ancora che: «Per unità del sistema del potere pubblico si deve intendere innanzitutto l'unità funzionale, cosa che non esclude la cooperazione di carattere organizzativo tra gli organi del potere statale e gli organi dell'autogoverno locale nella soluzione dei compiti sul corrispondente territorio. Ciò non nega l'autonomia dell'autogoverno locale nei limiti delle sue attribuzioni e non testimonia l'ingresso degli organi dell'autogoverno locale nel sistema degli organi del potere statale» (art. 12 Cost. FR).

dell'autogoverno locale stabiliti con legge federale» (art. 131, comma 1 Cost. FR)[82]. Parimenti in base agli emendamenti «la modifica dei confini dei territori entro i quali viene esercitato l'autogoverno locale» potrà essere ancora attuata tenendo in considerazione «l'opinione della popolazione dei corrispondenti territori», ma questa dovrà essere manifestata «secondo le modalità stabilite dalla legge federale» (art. 131, comma 2 Cost. FR). Oltre a ciò gli emendamenti privano gli organi dell'autogoverno locale della possibilità di «tutelare l'ordine pubblico» sostituendo a tale questione di rilevanza locale l'obbligo per gli stessi di «garantire entro i limiti della loro competenza l'accesso all'assistenza medica (sempre) in conformità con quanto stabilito dalla legge federale» (art. 132, comma 1 Cost. FR). Alla legge federale, mediante una totale decostituzionalizzazione, viene poi completamente demandata la fissazione delle modalità di individuazione dei diversi tipi di formazione municipale (art. 131, comma 1 Cost. FR)[83]. In ultimo gli emendamenti - pur con una parziale riformulazione dovuta all'introduzione del principio del sistema unitario del potere pubblico - continuano comunque ancora a ribadire che: «L'autogoverno locale nella Federazione di Russia è garantito dal diritto alla tutela in giudizio e al risarcimento delle spese supplementari derivanti dall'adempimento da parte degli organi dell'autogoverno locale di funzioni pubbliche in cooperazione con gli organi del potere statale nonché dal divieto di limitare i diritti dell'autogoverno locale stabiliti dalla Costituzione della Federazione di Russia e dalle leggi federali» (art. 133 Cost. FR).

4. Sistema unitario del potere pubblico e separazione orizzontale dei poteri

La costituzionalizzazione del principio del sistema unitario del potere pubblico e il rafforzamento dei principi dell'unità statale, dell'integrità territoriale e della sovranità della Russia non comportano solo un accentramento delle competenze a livello federale, ma altresì un corrispondente aumento delle attribuzioni del Presidente della Federazione di Russia.

In primo luogo alla costituzionalizzazione del sistema unitario del potere pubblico negli emendamenti corrisponde l'introduzione del compito del Presidente della FR di «assicurare il funzionamento concordato e l'interazione tra

[82] Gli emendamenti, elevando a rango costituzionale sempre quanto già previsto nella legge federale, prevedono inoltre di introdurre un terzo comma all'art. 131 nel quale stabiliscono che: «Le particolarità dell'esercizio del potere pubblico nei territori delle città di livello federale, dei centri amministrativi (capitali) dei soggetti della FR e in altri territori ancora possono essere stabiliti con legge federale».

[83] La versione originaria dell'art. 131, comma 1 Cost. FR recita invece che: «L'autogoverno locale si esercita nei centri abitati urbani e rurali e negli altri territori tenendo conto delle tradizioni storiche e delle altre tradizioni locali. La popolazione stabilisce autonomamente la struttura degli organi dell'autogoverno locale».

gli organi che fanno parte del sistema unitario del potere pubblico» (art. 80, comma 2 Cost. FR). La riformulazione di tale articolo è di fondamentale importanza perché è proprio in base ad essa che il Presidente della FR potrà assicurare non più solo l'interazione tra gli organi federali del potere statale e gli organi dei soggetti della Federazione, ma anche tra tutti questi e gli organi dell'autogoverno locale[84]. Lo stesso Presidente della FR – sempre al fine di «garantire il funzionamento concordato e l'interazione tra gli organi del potere pubblico, definire gli indirizzi fondamentali di politica interna ed estera della Federazione di Russia e gli indirizzi prioritari dello sviluppo socioeconomico della FR…» (art. 83, comma lett. *f* [5] Cost. FR) - potrà inoltre formare l'organo del Consiglio di Stato che, pur essendo già stato previsto dall'editto del 4 marzo 2000, assume così rango costituzionale. Tuttavia non è chiaro il ruolo effettivo che tale organo sarà chiamato a svolgere[85] in quanto gli emendamenti non solo non stabiliscono che è un organo consultivo[86], ma neppure che deve essere "capeggiato" dal Presidente della FR rinviando la definizione del suo *status* all'adozione di una legge federale[87]. Di conseguenza inizialmente è stato sostenuto che tramite la costituzionalizzazione del Consiglio di Stato si volesse prefigurare una soluzione alla "kazacha"[88], ovverosia garantire la continuità del potere di Putin conferendogli, qualora non potesse più presentarsi alle elezioni presidenziali del

[84] La versione originale dell'art. 80, comma 2 stabilisce invece che il Presidente della FR deve "solo" «garantire il funzionamento coordinato e l'interazione tra gli organi che fanno parte del sistema unitario del potere statale». A tale proposito O. Luchterhandt puntualizza inoltre che: «*Der neu eingeführte Begriff der „öffentlichen Gewalt" (publičnaja vlast`) als Oberbegriff für die Organe von Föderation, Regionen und örtlicher Selbstverwaltung verfolgt erkennbar das Ziel, Zentralismus und Unitarismus, die für die gesamte Regierungszeit Vladimir Putins und das von ihm geschaffene politische System kennzeichnend sind, weiter zu stärken und auszubauen*», O. LUCHTERHAND, *Vladimir Putin schafft Klarheit: Präsident Russlands de facto auf Lebenszeit*, Teil 2, in *Ost/Letter*, n. 1, 2020, p. 25, in https://www.ostinstitut.de/documents/Luchterhandt_Vladimir_Putin_schafft_Klarheit_Prsident_Russlands_de_facto_auf_Lebenszeit_Teil_2_OL_1_2020.pdf

[85] M. STEINBEIS, *Kein Appeasement*, in *VerfBlog,* 2020/1/17, p. 1, in https://verfassungsblog.de/kein-appeasement/

[86] M. Ç. GÜLER, A. SHAKIROVA, *Constitutional Reforms in Russia: Causes and Consequences,* SETA Analysis, March 2020, p. 11, in https://setav.org/en/assets/uploads/2020/03/A61En.pdf.

[87] L'editto attualmente in vigore stabilisce invero che il Consiglio di Stato si configura come un organo consultivo "capeggiato dal Presidente, ma quanto stabilito dallo stesso potrebbe comunque essere modificato dalla Legge federale che, qualora adottata, avrebbe forza superiore.

[88] T. KUNZE, *Verfassungsänderungen in Russland,* in *Länderberichte* KAS, Januar 2020, p. 5, in https://www.kas.de/de/laenderberichte/detail/-/content/verfassungsaenderungen-in-russland

2024, la carica di capo del Consiglio di Stato[89]. Grazie all'approvazione nel corso della seconda lettura dell'emendamento sull'azzeramento dei mandati presidenziali che ha riaperto per Putin la possibilità di partecipare, sempre che lo desideri ancora, alle elezioni del 2024 tale ipotesi pare essere più lontana[90]. Nell'opinione di chi scrive la futura configurazione delle relazioni tra il Presidente della FR e il Capo del Consiglio di Stato dipenderà pertanto essenzialmente da chi riuscirà nel 2024 a "vincere" la corsa alle presidenziali alle quali, come già ricordato, potrà partecipare lo stesso V. Putin sempre che lo desideri ancora[91].

In secondo luogo l'accentuazione dei principi sulla tutela dell'unità statale, dell'integrità territoriale e della sovranità statale della Russia forniscono ulteriore impulso alle misure che il Presidente della FR potrà «adottare per la difesa della sovranità della Federazione di Russia, della sua indipendenza e della sua integrità territoriale» (sempre art. 80, comma 2 Cost.) nonché amplificano le sue funzioni di garanzia nei confronti della Costituzione e dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino attribuendogli altresì il nuovo compito di «promuovere la pace civile e la concordia» (art. 80, comma 2) [92].

---

[89] M. TIMOFEEV, O. KRYAZHKOVA, *Personal instead of Institutional Power: What is wrong with Putin's Plan to Change the Russian Constitution,* cit., p. 2.

[90] A. Rácz, ancora prima dell'introduzione di tale emendamento, aveva peraltro già intuito che: « It is, however, still too early to conclude with absolute certainty that Putin will not continue to serve as president after his current ter*m»,* in A. RÁCZ*, Putin's Proposal to Modify the Russian Constitution*, in DGAP Commentary, n. 2, 2020, p. 2, in https://dgap.org/sites/default/files/article_pdfs/dgap-commentary-2020-02-russian_constitution_0.pdf. Gli emendamenti riconoscono inoltre l'immunità in capo al Presidente della FR che ha cessato il proprio mandato prevedendo altresì le condizioni in base alle quali gli può essere tolta (oltre a potervi rinunciare lo stesso Presidente della FR).

[91] Parte della dottrina inoltre sostiene che l'esercizio di potere statale in capo al Consiglio di Stato confliggerebbe con l'art. 11 Cost. FR secondo il quale in Russia il potere statale a livello federale può essere esercitato unicamente dal Presidente della FR, dal Governo della FR, dalle camere dell'Assemblea federale e dai tribunali. Cfr. *Gossovet osuščestvljat' vlast' ne smožet* (Il Consiglio di Stato non potrà esercitare potere), intervista al giurista R. Bevzenko sugli emendamenti alla Costituzione, in *Novaja Gazeta*, 21/01/2020, https://novayagazeta.ru/articles/2020/01/21/83557-gossovet-osuschestvlyat-vlast-ne-smozhet.

[92] L'introduzione di tale nuova responsabilità è stata inoltre accompagnata dalla costituzionalizzazione di alcune attribuzioni del Consiglio di Sicurezza che - già fissato in Costituzione, a differenza del Consiglio di Stato, come organo non solo formato, ma altresì direttamente "capeggiato" dal Presidente della FR - è chiamato a «coadiuvare il capo dello Stato nella realizzazione delle sue attribuzioni dirette a garantire gli interessi nazionali e la sicurezza della persona, della società e dello Stato, a sostenere la pace civile e la concordia nel paese, a tutelare la sovranità della FR, la sua indipendenza e integrità territoriale e a prevenire le minacce interne ed esterne» (art. 83, lett. *g* Cost. FR).

L'esercizio delle competenze finalizzate alla realizzazione dello "Stato sociale" viene invece principalmente conferito al Governo della FR. L'effettivo peso di quest'ultimo nell'attuare le stesse può essere tuttavia valutato solo alla luce della parziale riscrittura - tuttavia per ciò non meno significativa - delle relazioni intercorrenti tra il Presidente della FR, il Governo della FR e la Duma di Stato prevista negli emendamenti.

In base agli emendamenti spetterà infatti sempre al Presidente della FR presentare un candidato alla carica di Presidente del Governo, ma nei confronti di quest'ultimo la Duma di Stato sarà chiamata non più a prestare il proprio «consenso» (*soglasie*), bensì a dare la propria «approvazione» (*utveržden*ie)[93]. Il Presidente della FR - se la Duma di Stato si rifiuta per tre volte di seguito di approvare il candidato proposto - potrà inoltre ancora superare l'opposizione di quest'ultima nominando il Presidente del Governo da esso designato senza però dovere più necessariamente procedere allo scioglimento della prima (art. 111, comma 4 Cost. FR)[94].

Ampie peraltro appaiono le limitazioni introdotte nei confronti del Presidente del Governo che lo privano innanzitutto del diritto di potere sottoporre direttamente al Presidente della FR i candidati alla carica di ministri una volta nominato[95].

I cosiddetti "ministri forti" - ovverosia quelli che dirigono le questioni della sicurezza dello Stato, della difesa, degli affari interni, degli affari esteri, della giustizia, della prevenzione delle situazioni d'emergenza e dell'eliminazione delle conseguenze delle catastrofi naturali, nonché della sicurezza sociale – dovranno

[93] Qui si traduce in italiano il termine russo *utveržden*ie con «approvazione», ma si deve tenere che esso può essere tradotto altresì con la parola «conferma».

[94] La versione originaria dell'art. 111, comma 4 Cost. FR recita infatti che: «Dopo che la Duma di Stato ha rifiutato per tre volte le candidature proposte per la carica di Presidente del Governo della FR, il Presidente della FR nomina il Presidente del Governo della FR, scioglie la Duma e indice nuove elezioni». Quella prevista dagli emendamenti prevede invece che: «Il Presidente della FR, dopo che la Duma di Stato ha rifiutato per tre volte le candidature proposte per la carica di Presidente del Governo della FR, nomina il Presidente del Governo. In questo caso il Presidente della Federazione di Russia *ha il diritto* (corsivo mio) di sciogliere la Duma di Stato e di indire nuove elezioni».

[95] Nell'analizzare le relazioni tra gli organi costituzionali si preferisce utilizzare ancora prevalentemente i termini proposta/proporre/sottoporre, ma è bene tenere presente che nel delineare la forma di governo gli emendamenti - così come acutamente osservato da C. Von Gall - sostituiscono quasi totalmente i termini "proporre/proposta" (*predložit'/predloženie*) con quelli di "presentare/presentazione" (*predstavit'/predstavlenie*). C. VON GALL, L. JÄCKEL, *The 2020 Russian Constitutional Reform,* in *Russian Analytical Digest*, cit. p.3.

essere infatti direttamente nominati dal Presidente della FR dopo aver consultato il Consiglio della Federazione (art. 83, lett. *e*[1] Cost. FR).

I candidati alle cariche di vice Presidente del Governo e a quelle dei restanti ministri dovranno essere invece proposti dal Presidente del Governo alla Duma di Stato (art. 112, comma 2 Cost. FR) che è chiamata a esprimere la propria approvazione nei loro confronti prima che vengano nominati dal Presidente della FR. Quest'ultimo non potrà rifiutarsi di nominare i vice del Presidente del Governo e i ministri federali approvati dalla Duma (art. 112, comma 3 Cost. FR) ma - nel caso in cui questa manifesti per tre volte la propria opposizione nei confronti di singoli candidati - potrà sempre parimenti superarla nominando direttamente i corrispondenti ministri tra i candidati presentati dal Presidente del Governo. Oltre a ciò il Presidente della FR - qualora a seguito della mancata approvazione da parte della Duma di Stato risultino vacanti più di un terzo delle cariche a ministro federale (senza contare i ministri "forti") – potrà persino sciogliere quest'ultima e nominare tutti i vice primi ministri e i ministri federali sempre in base alle proposte del Presidente del Governo (art. 112, comma 4 Cost. FR).

Il Governo, dopo essere stato formato, sarà chiamato ad esercitare il potere esecutivo, ma gli emendamenti - nel costituzionalizzare quanto già previsto da fonti giuridiche inferiori e realizzato nella prassi - stabiliscono che ciò dovrà avvenire «sotto la direzione generale del Presidente della FR» (art. 110, comma 1 Cost. FR)[96]. Corrispondentemente il Presidente della FR potrà non solo continuare a presiedere le riunioni del Governo, ma persino «esercitare la direzione generale» dello stesso (art. 83, lett. *b*).

La costituzionalizzazione di tali attribuzioni in capo al Presidente della FR comporta a sua volta che il Presidente del Governo venga privato del diritto di «determinare gli indirizzi fondamentali dell'attività del Governo della FR», al posto del quale gli viene unicamente riconosciuto quello di «organizzare l'attività dello stesso» (art. 113 Cost. FR).

Nonostante ciò il Presidente del Governo - che dovrà peraltro agire non più solo in osservanza della Costituzione della FR, delle leggi federali e degli editti del Presidente della FR, ma anche in conformità con «le ordinanze e gli incarichi del Presidente della FR» (art. 113 Cost. FR) - sarà «personalmente responsabile dinanzi al Presidente della FR per l'esercizio delle attribuzioni conferite al Governo della FR» (art. 113 Cost. FR).

Insomma a fronte dell'accentramento dell'esercizio del potere esecutivo nelle mani del Presidente della FR viene contemporaneamente formalizzata la

[96] L'art. 110, comma 1 Cost. FR nella versione proposta dagli emendamenti recita infatti che: «Il Governo della FR esercita il potere esecutivo della Federazione di Russia sotto la direzione generale del Presidente della FR».

responsabilità del Presidente del Governo della FR sul quale eventualmente "scaricare" le responsabilità da parte del primo.

Il Presidente del Governo potrà infatti essere sempre «esonerato» singolarmente dalla sua carica dal Presidente della FR senza che ciò comporti le contemporanee dimissioni di tutto il Governo[97]. Parimenti anche i vice del Presidente del Governo e tutti gli altri ministri federali potranno essere oggetto di revoca individuale[98]. Nell'assumere le corrispondenti decisioni il Presidente della Russia sarà inoltre completamente libero, ovverosia non dovrà né consultare il Consiglio della Federazione nel caso in cui decida di revocare dei ministri forti né chiedere una conferma alla Duma di Stato nel caso in cui decida di revocare il Presidente del Governo o i restanti ministri[99]. Infine il Presidente della FR potrà

[97] M. DOMAŃSKA, *"Everlasting Putin" and the reform of the Russian Constitution*, in *OWS Commentary*, 2020, n. 322, p. 3, in https://www.osw.waw.pl/sites/default/files/Commentary_322.pdf

[98] Art. 83 Cost. FR (in base agli emendamenti): «Il Presidente della FR…esonera dalla carica il Presidente del Governo della FR» (lett. *a*); «…esonera dalla carica i ministri federali le cui candidature sono state approvate dalla Duma di Stato (ad esclusione dei ministri federali indicati alla lett. e^1 del presente articolo)» (lett. *e*) nonché «…esonera dalla carica gli organi federali del potere esecutivo (inclusi i ministri federali) che dirigono le questioni della difesa, della sicurezza dello Stato, degli affari interni, degli affari esteri, della giustizia, della prevenzione delle situazioni d'emergenza e dell'eliminazione delle conseguenze delle catastrofi naturali, nonché della sicurezza sociale» (lett. e^1).

[99] Al diritto del Presidente di revocare individualmente il Presidente del Governo e gli altri ministri federali corrisponde altresì l'introduzione del diritto del Presidente del Governo di presentare, al pari dei suoi vice e di tutti gli altri ministri federali, le proprie dimissioni senza che ciò, parimenti, comporti le dimissioni di tutto il Governo. Gli emendamenti all'art. 117 Cost. – dopo il comma 1 in conformità con il quale «Il Governo della Federazione di Russia può rassegnare le proprie dimissioni che sono accolte o respinte dal Presidente della Federazione di Russia» - introducono infatti un nuovo comma 4^1 che recita che: «Il Presidente del Governo della FR, il vice Presidente del Governo della FR e il ministro federale della FR hanno il diritto di rassegnare le proprie dimissioni che sono accolte o respinte dal Presidente della FR». Infine dato che in base agli emendamenti il Presidente del Governo e i ministri possono sia essere revocati sia dimettersi singolarmente all'art. 117, comma 5 non si stabilisce più solo che: «Nel caso di dimissioni o di cessazione del proprio mandato il Governo della FR, su incarico del Presidente della FR, continua ad agire sino alla formazione del nuovo Governo della FR», ma si prevede anche che: «Il Presidente della FR - nel caso in cui il Presidente del Governo della FR, un vice Presidente del Governo della FR o un ministro federale venga esonerato dalla carica o si dimetta - ha il diritto di incaricare tali funzionari ad adempiere i compiti relativi alla loro carica o di conferirne l'esecuzione ad altri funzionari sino alle rispettive nomine».

comunque far dimettere unilateralmente tutto il Governo nel suo insieme (art. 117, comma 2 Cost. FR)[100].

A sua volta il Governo della FR potrà essere ancora oggetto di una mozione di sfiducia che – se approvata dalla Duma di Stato a maggioranza assoluta dei suoi componenti – potrà comunque non essere presa in considerazione in prima battuta dal Presidente della FR. Questo, qualora la mozione di sfiducia venga risollevata e approvata a maggioranza assoluta entro tre mesi, sarà invece obbligato ad esprimersi, pur potendo sempre riservarsi di decidere se far dimettere il Governo oppure se mantenerlo in carica sciogliendo contemporaneamente la Camera bassa ed indicendo nuove elezioni (art. 117, comma 3 Cost. FR).

Viceversa, gli emendamenti introducono delle novità in merito alla votazione relativa alla questione di fiducia assimilandola dal punto di vista procedurale a quella relativa alla votazione sulla mozione di sfiducia. Essi infatti sulla falsariga di questa stabiliscono che il Presidente della FR avrà il diritto di non esprimersi in prima battuta in merito alla mancata approvazione di una questione di fiducia sollevata dal Governo mentre, nel caso in cui ciò si verifichi nuovamente entro tre mesi, dovrà invece decidere se revocare il Governo della FR o mantenerlo con contemporaneo scioglimento della Duma di Stato (art. 117, comma 4 Cost. FR).

5. La rivisitazione delle attribuzioni della Corte costituzionale della FR

Al Presidente della FR – che sulla base di quanto precedentemente analizzato non vede certamente limitati i suoi poteri nei confronti del Governo della FR e della Duma di Stato[101] – viene inoltre riconosciuto un importante ruolo "propulsivo" nei confronti della Corte costituzionale della FR le cui attribuzioni vengono altresì parzialmente ridisegnate.

Anche la riformulazione delle attribuzioni della Corte viene peraltro attuata sia introducendo in Costituzione delle nuove disposizioni sia costituzionalizzando delle disposizioni già previste dalla Legge federale costituzionale «Sulla Corte costituzionale della FR» (in seguito LFC)[102].

---

[100] Art. 117, comma 2 Cost. FR (in base agli emendamenti): «Il Presidente della FR può decidere di dimettere il Governo della FR».

[101] Può forse apparire una limitazione delle sue vaste attribuzioni quella di dover accettare i ministri approvati dalla Duma di Stato, ma anche in questo caso si deve tenere presente che il Presidente della FR, pur nel rispetto dei tempi dettati dalla Costituzione, li potrebbe sempre autonomamente revocare, soprattutto in presenza di una Duma, come attualmente, ad esso favorevole.

[102] Per l'esame delle modifiche via via introdotte nella Legge federale costituzionale «Sulla Corte costituzionale della FR» sotto il profilo sia delle sue attribuzioni sia delle sue modalità di formazione mi sia concesso di rinviare a C. FILIPPINI, *Ampliamento delle competenze della Corte Costituzionale della Federazione di Russia e potere democraticamente*

Tra le attribuzioni, non precedentemente già statuite nella LFC, rientrano quelle che ampliano le possibilità di intervento della CC della FR in via preventiva ed astratta (art. 125, comma 5[1], lett. *a* Cost. FR).

In base agli emendamenti la Corte costituzionale si potrà infatti pronunciare *ex ante* non più unicamente nei confronti dei trattati internazionali non ancora entrati in vigore ma altresì, proprio su richiesta del Presidente della FR, nei confronti: 1) dei progetti di legge federale, 2) dei progetti di legge costituzionale e 3) dei progetti di legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR[103].

Oltre a ciò, seppure sempre solo su richiesta del Presidente della FR, potrà verificare la costituzionalità: 1) delle leggi federali prima della loro firma da parte del Presidente della FR, 2) delle leggi federali costituzionali prima della loro firma da parte del Presidente della FR e 3) delle leggi degli organi legislativi dei soggetti della Federazione prima della loro firma da parte del rispettivo funzionario supremo (dirigente dell'organo esecutivo supremo).

Per quanto riguarda le leggi federali il Presidente della FR potrà però sollevare la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale soltanto prima di firmare una legge federale nei confronti della quale aveva precedentemente apposto il veto e che, dopo essere stata riapprovata dalla Duma di Stato e dal Consiglio della Federazione con la maggioranza dei due terzi, gli è stata nuovamente sottoposta. L'accertamento della costituzionalità della legge federale impugnata obbligherà il Presidente della Federazione a firmarla entro tre giorni mentre, in caso contrario, la potrà rinviare alla Duma.

Per quanto riguarda le leggi federali costituzionali il Presidente, non potendo apporvi il veto, potrà invece rivolgersi alla Corte costituzionale subito dopo che, in base all'art. 108, comma 2, tali leggi siano state approvate dai tre quarti dei senatori del Consiglio della Federazione e dai due terzi dei deputati della Duma di Stato e trasmesse ad esso. La dichiarazione di costituzionalità di una legge federale costituzionale, come nel caso della legge federale, comporterà l'obbligo di firma entro tre giorni del Presidente della FR, mentre in caso contrario, il rinvio della stessa alla Duma di Stato.

Infine la Corte, sempre su istanza del Presidente della FR, potrà verificare la costituzionalità delle leggi dei soggetti della Federazione di Russia prima della loro firma e promulgazione da parte del funzionario supremo del soggetto della Federazione di Russia (dirigente dell'organo esecutivo supremo del soggetto della Federazione di Russia).

---

legittimato, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, Bononia University Press, Bologna, 2017, pp. 147-181

[103] Si sottolinea che gli emendamenti si limitano a introdurre tale tipo di controllo da parte della Corte senza contemporaneamente soffermarsi minimamente sulle relative modalità di svolgimento.

Gli emendamenti introducono inoltre delle novelle per quanto riguarda l'esercizio del controllo di costituzionalità successivo sia di tipo astratto sia di tipo concreto.

In relazione al controllo successivo di tipo astratto gli emendamenti attribuiscono infatti alla Corte – che in questo caso può essere adita da diversi soggetti[104] – il diritto di pronunciarsi nei confronti delle leggi federali costituzionali oltre che nei confronti delle leggi federali e degli altri atti normativi indicati in Costituzione[105].

In relazione al controllo successivo concreto e al controllo per violazione dei diritti e delle libertà costituzionali dei cittadini gli emendamenti prevedono invece che dinanzi alla Corte potranno essere impugnati non più solo le leggi, ma anche tutti gli atti normativi sottoponibili al controllo in via astratta. Nel riprendere quanto già in parte inserito nella LFC[106] la Corte – nel caso in cui venga adita in via incidentale - potrà però solo verificare la costituzionalità delle *leggi e di altri atti normativi che sono soggetti ad applicazione* in un caso concreto mentre, nel caso in cui venga adita sulla base di un ricorso per violazione dei diritti e delle libertà costituzionali dei cittadini, potrà solo prendere in esame *le leggi e altri atti giuridici normativi già applicati*[107].

[104] In questo caso infatti l'intervento della Corte potrà essere chiesto non solo dal Presidente della FR, ma anche dal Consiglio della Federazione, della Duma di Stato, da un quinto dei senatori del Consiglio della Federazione, da un quinto dei membri della Duma di Stato, dal Governo della FR, dalla Corte suprema della FR e dagli organi legislativi ed esecutivi del potere statale dei soggetti della FR.

[105] In base all'art. 125, comma 2 Cost. FR la Corte si può infatti già pronunciare in aggiunta alle leggi federali anche nei confronti gli atti normativi del Presidente della Federazione della FR, di quelli del Consiglio della Federazione, di quelli della Duma di Stato e di quelli del Governo della FR come pure nei confronti delle Costituzioni delle repubbliche, degli statuti e degli altri atti normativi dei soggetti della FR emanati nelle materie che rientrano nella competenza degli organi del potere statale della Federazione di Russia e nella competenza congiunta degli organi del potere statale della Federazione di Russia e degli organi del potere statale dei soggetti della FR come pure nei confronti dei trattati tra gli organi del potere statale della Federazione di Russia e gli organi del potere statale dei soggetti della FR e dei trattati tra gli organi del potere statale dei soggetti della FR.

[106] Gli emendamenti riprendono qui la distinzione già effettuata, seppure limitatamente alle leggi, con le novelle introdotte nel 2010 nella LFC «Sulla Corte costituzionale della FR».

[107] In relazione al ricorso per violazione dei diritti e delle libertà costituzionali dei cittadini gli emendamenti precisano inoltre che esso può essere sollevato solo dopo che siano stati esperiti tutti gli altri strumenti interni di tutela giurisdizionale.

Gli emendamenti, riproducendo sostanzialmente quanto altresì anticipato nella LFC nel 2014 e nel 2015[108] e richiamando altresì quanto dagli stessi previsto all'art. 79 Cost. FR, **affermano** inoltre che la Corte potrà decidere la questione «dell'esecuzione delle **decisioni degli organi interstatali adottate sulla base di disposizioni di trattati internazionali della FR secondo un'interpretazione in contrasto con la Costituzione della FR» nonché quella «dell'esecuzione delle decisioni di un tribunale straniero o internazionale (interstatale), di un tribunale straniero o internazionale arbitrale (arbitrato) che impone degli obblighi in capo alla Federazione di Russia nel caso in cui tali decisioni siano in contrasto con i fondamenti dell'ordinamento pubblico della Federazione di Russia» (art. 125, comma 5[1], lett. *b* Cost. FR)**.

Infine in relazione agli effetti delle pronunce della Corte la riforma costituzionale – come ugualmente già statuito dalla LFC – prevede non più solo che: «Gli atti o singole disposizioni, dichiarate incostituzionali, perdono la propria efficacia» e che: «I trattati internazionali non conformi alla Costituzione della Federazione di Russia non devono essere fatti entrare in vigore né applicati», ma altresì che: «Gli atti o loro singole disposizioni, dichiarati incostituzionali nell'interpretazione resa dalla Corte costituzionale della Federazione di Russia, non possono essere applicati secondo una diversa interpretazione» (art. 125, comma 6 Cost. FR).

Viceversa gli emendamenti non costituzionalizzano il diritto della Corte di esprimersi anche sulla conformità del quesito sottoposto a *referendum* della Federazione di Russia. Resta tuttavia aperta la possibilità per la Corte di esercitare anche ulteriori attribuzioni rispetto a quelle previste in Costituzione in quanto la legge di emendamento, a chiusura delle disposizioni dedicate alla Corte costituzionale, afferma che: «La Corte costituzionale della Federazione di Russia esercita altre attribuzioni stabilite dalla legge federale costituzionale» (art. 125, comma 8 Cost. FR).

La Corte costituzionale della FR - al pari della Corte suprema della FR e della Procura della FR - è inoltre interessata da modifiche importanti concernenti la sua procedura di formazione in conformità con le quali - come in parte sempre ancora

[108] Cfr. A. DI GREGORIO, *Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*, in *federalismi.it – Focus Human rights*, 27 luglio 2016, pp. 1-21 in https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=32308; C. FILIPPINI, *Russia: l'influenza del concetto di "democrazia sovrana" sul dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale della Federazione Russa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2014, pp. 1-11, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2007/01/filippini.pdf.

anticipato dalla LFC - si prevede un maggiore coinvolgimento del Presidente della Federazione accanto al Consiglio della Federazione.

Sulla base dell'individuazione di tale "tandem" il Presidente della FR avrà infatti il diritto di proporre all'approvazione del Consiglio della Federazione non solo i candidati alla carica di giudice costituzionale il cui numero viene contemporaneamente ridotto da 19 a 11, ma anche il candidato alla carica di Presidente della Corte costituzionale e il suo vice[109]. In secondo luogo il Presidente potrà proporre al Consiglio della Federazione sia la revoca del Presidente della Corte costituzionale e del suo vice sia la revoca degli altri giudici costituzionali qualora abbiano compiuto degli atti che ledono la dignità e l'onore di giudice nonché negli altri casi stabiliti dalla legge federale costituzionale (art. 83, lett. *e*[3]). Le stesse modalità sono previste per la nomina e la revoca sia del Presidente della Corte suprema e dei suoi vice sia degli altri giudici che la compongono. Infine in ordine alla nomina del Procuratore generale della FR e dei suoi vice si assiste persino ad una inversione dei ruoli in quanto gli emendamenti sostituiscono il diritto del Consiglio della Federazione di nominare - sulla base di una proposta del Presidente della FR - il Procuratore generale della FR e i suoi vice con quello del Presidente della FR di nominare il Procuratore generale della FR e i suoi vice dopo aver consultato il Consiglio della Federazione. Parimenti il Presidente della FR non dovrà più nominare i procuratori che operano a livello di soggetti della Federazione su proposta del Procuratore generale della FR dopo aver sentito i soggetti della Federazione, ma potrà procedere direttamente alle loro nomine dopo essersi consultato con il Consiglio della Federazione (art. 129, comma 4). Infine il Presidente della FR potrà revocare autonomamente non più solo i procuratori dei soggetti della Federazione, ma altresì il Procuratore generale e i suoi vice[110].

A proposito della collaborazione tra il Presidente della FR e il Consiglio della Federazione nella procedura di nomina e di revoca dei giudici della Corte costituzionale della FR, della Corte suprema della FR e dei procuratori si deve infine tenere in considerazione che la composizione della Camera alta sarà a sua

[109] Il Presidente della Corte costituzionale prima del 2009 veniva invece eletto dai giudici costituzionali.

[110] A proposito della Procura si deve inoltre precisare che gli emendamenti non si limitano più a stabilire, così come stabilito in Costituzione con gli emendamenti ivi introdotti nel 2014, che: «Le attribuzioni, l'organizzazione e le modalità di attività della Procura della FR sono stabilite dalla legge federale» ma costituzionalizza quanto ivi previsto, ovverosia che «La Procura della FR si distingue come un sistema unitario centralizzato degli organi che esercitano la sorveglianza nei confronti dell'osservanza della Costituzione della FR e dell'esecuzione della legge, che esercitano la sorveglianza sull'osservanza dei diritti e delle leggi dell'uomo e del cittadini, l'inchiesta penale in conformità con le proprie attribuzioni ed esercita altre funzioni ancora. Le attribuzioni e le funzioni della Procura sono stabilite dalle leggi federali (art. 129, comma 1).

volta ancora maggiormente influenzata dal Presidente russo in quanto gli emendamenti aumentano i senatori di nomina presidenziale[111] da un massimo di 17 ad un massimo di 30[112] che siederanno accanto ai 170 senatori espressione dei soggetti della Federazione tra i quali, coloro che rappresentano i loro organi esecutivi, subiscono già un forte condizionamento da parte del centro in ragione dell'esistente verticale del potere esecutivo nelle materie di competenza della Federazione e nelle materie di competenza congiunta della Federazione e dei suoi soggetti.

6. Brevi conclusioni

Sulla base di una prima analisi dei contenuti della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» si può dunque osservare un ampliamento del contenuto dei principi posti alla base dell'ordinamento costituzionale della Russia ai quali corrisponde un ulteriore rafforzamento dei poteri del Presidente[113] rispetto agli altri organi costituzionali e nelle relazioni centro periferia[114]. Nell'effettuare tale rafforzamento gli emendamenti in parte costituzionalizzano quanto già affermato con le modifiche non formali alla Costituzione attuate sotto la *leadership* di Putin, tanto che la dottrina russa alla luce di questi tende ormai a distinguere nella Costituzione della

[111] Originariamente infatti la Camera alta era formata solo da rappresentanti dei soggetti della Federazione nella misura di un rappresentante dell'organo legislativo e di un rappresentante per l'organo esecutivo di ciascun soggetto della FR. Il diritto del Presidente della FR di nominare i cosiddetti «rappresentanti federali» (negli emendamenti «senatori») è stato introdotto, in un rapporto del 10% rispetto alla componente rappresentativa dei soggetti della FR (e quindi 17 dei 170 attualmente presenti), solo con la Legge federale "Sul Consiglio della Federazione dell'Assemblea Federale della FR" del 21 luglio 2014.

[112] Tra i senatori di nomina presidenziale al massimo sette potranno essere inoltre nominati a vita, mentre i restanti dovranno essere nominati per un periodo non superiore ai 7 anni Alla scadenza del proprio mandato o anticipatamente in caso di sue dimissioni anche il Presidente diventa senatore a vita, a meno che dichiari di volere rinunciare a tale carica.

[113] Così letteralmente C. VON GALL, in *Herrschaft über die Verfassung: Die Vorschläge Präsident Putins zur russischen Verfassungsreform,* cit., p. 4: «*Die Rolle des Präsidenten wird erneut gestärkt*».

[114] Tale aumento dei poteri presidenziali secondo M. STEINBEIS, *Was qualmt denn da so komisch?, in VerfBlog,* 2020/1/24, p. 4, in https://verfassungsblog.de/was-qualmt-denn-da-so-komisch/ dimostra: «*Wie es in Ländern zugeht, in denen der vom Machthaber verkörperte "Volkswille" an Recht und Verfassung vorbei die Dinge lenkt im Staat und dabei seine eigene schein-demokratische Reproduktion kontrolliert*».

FR un "testo eltsiniano" da un "testo putiniano"[115]. In quest'ultimo vengono ulteriormente ridotte le attribuzioni del Presidente del Governo della FR non solo nei confronti del Presidente della FR, ma anche nei confronti della Duma di Stato[116]. Le limitate attribuzioni che invece acquisisce la Duma nei confronti del Presidente della FR appaiono peraltro tutte "scavalcabili" e quindi solo di facciata[117].

Con l'approvazione di tali emendamenti si può inoltre constatare nuovamente che in Russia gli istituti - che sono stati recepiti sotto l'influenza della circolazione dei modelli di democrazia occidentale nel suo ordinamento - vengono principalmente reinterpretati in maniera tale da «risultare funzionali al disegno della missione storica del Presidente»[118] che consiste nella tutela dell'unità statale e dell'integrità territoriale della Russia che egli persegue esercitando funzioni di controllo, esecutive e di indirizzo già proprie dello Zar e poi del Partito e del Presidium del Soviet supremo dell'Urss[119].

Quanto da altri sostenuto risulta nella riforma in esame peraltro particolarmente evidente in considerazione delle nuove attribuzioni conferite alla Corte costituzionale della FR che sembrano trasformare anch'essa in un organo funzionale alla missione storica del Presidente della FR.

---

[115] A. KOLESNIKOV, *Konstitucija El'cina protiv Konstitucii Putina* (La Costituzione di Eltsin contro la Costituzione di Putin), *Vedemosti,* 9/06/2020, in https://www.vedomosti.ru/opinion/columns/2020/06/09/832271-konstitutsiya-eltsina

[116] In base all'art. 103[1] Cost. FR (in base agli emendamenti) il Consiglio della Federazione e la Duma di Stato hanno infatti «il diritto di esercitare il controllo parlamentare, incluso l'invio di interpellanze parlamentari ai dirigenti degli organi statali e degli organi dell'autogoverno locale nelle questioni che rientrano nella competenza di tali organi e dei loro funzionari», ma «le modalità di realizzazione del controllo parlamentare sono definite dalla legge federale e dai regolamenti delle camere dell'Assemblea federale».

[117] Ad esempio, come già ricordato, gli emendamenti prevedono, da un lato, che il Presidente della FR sia obbligato a nominare i ministri che hanno ottenuto l'approvazione della Duma di Stato mentre, dall'altro, che lo stesso, nel rispetto di determinati tempi, possa sempre revocarli autonomamente. C. VON GALL e L. JÄCKEL, *Der Wille des Volkes: Zur aktuellen russischen Verfassungsreform, in VerfBlog,* 2020/4/02, p. 4, in https://verfassungsblog.de/der-wille-des-volkes/ del resto ritengono che alla luce degli emendamenti non si possa peraltro più neppure definire la Russia un caso di costituzionalismo apparente in quanto: «*mit der Verfassungsreform verliert die Rede von dem „Fassaden"- oder „Scheinkonstitutionalismus" ihre Bedeutung. Den Konstitutionalisten unter den russischen Rechtswissenschaftlern und Praktikern, die der Verfassungswirklichkeit bisher überzeugend eine liberale Verfassungsinterpretation entgegenstellen konnten, raubt die Reform die Argumentationsgrundlage*».

[118] M. GANINO, *La Russia 10 anni dopo l'Unione Sovietica*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (a cura di), *Democrazie imperfette*, Torino, Giappichelli, p. 237.

[119] M. GANINO, *Dallo Zar al Presidente*, Milano, Cuesp, p. 169.

La Russia, a maggior ragione alla luce degli emendamenti proposti, sembra dunque sempre più rientrare tra quei paesi che hanno recepito istituti e strumenti delle democrazie occidentali che avrebbero dovuto accompagnare, garantendola, la transizione alla democrazia, ma il cui impiego in maniera più o meno ampia ha comportato un freno nei confronti di quest'ultima[120] in presenza di fenomeni di «legalismo autoritario»[121].

Al tempo stesso Putin ha proposto di modificare la Costituzione non seguendo esattamente la procedura da questa prevista, ma integrandola con ulteriori aggravi[122] in quanto suo scopo non è solo quello di stabilizzare le modifiche non formali[123] che hanno sotteso il corso della sua leadership, ma soprattutto quello di proiettare "legittimamente" quest'ultima nel futuro[124]. E' proprio per questo motivo che la procedura di emendamento fissata dalla Costituzione viene integrata con un parere obbligatorio e vincolante della Corte costituzionale della FR al quale viene altresì condizionato lo svolgimento di una «votazione panrussa»[125].

---

[120] Nell'opinione infatti di A, SHASHKOVA, M. VERLAINE, E. KUDRYASHOVA, *On Modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020*, *Russian Law Journal*, n. 1, 2020, p. 82: «*On the basis of the amendments' text (…) the Russian Constitution after the current amendments will still pertain to the postsocialist constitutions of a transitional model. There the old and the new values still will coexist, with predominance of centralizations of powers, with dominating role of executive power*», in https://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/916/257.

[121] Per l'affermazione del legalismo autocratico in Russia in prospettiva comparata cfr. KIM LANE SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 2, March 2018, pp. 545-582.

[122] Si fa presente che, in ragione di tutto quello che è stato precedentemente affermato, tali aggravi paiono rivestire solo carattere formale e non sostanziale.

[123] Cfr. M. GANINO, *Prime impressioni su alcuni punti del progetto della legge di emendamento della Costituzione della Russia "Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione del potere pubblico", approvato in prima lettura dalla Duma di Stato, 13 febbraio 2020,* in http://nad.unimi.it/?s=ganino

[124] Così ad esempio A. Dubowy: «*Als wahrscheinlich drängt sich die folgende Lesart dieser Verfassungsreform auf: Mit der Erweiterung präsidialer Kompetenzen, dem Ausbau des präsidialen Einflusses über den Föderationsrat und der Einführung eines zusätzlichen Vetorechts gegenüber parlamentarischen Gesorttungtzesinitiativen reagiert der Kreml auf die Protestwellen der Jahre 2018/2019, behält die Kontrolle über den Machtübergang 2024 und bereitet sich – vorsorglich – auf eine nicht zu Kooperationen bereite, »präsidentenunfreundliche« Staatsduma vor*», A. DUBOWY, in *Russland-Analysen*, n. 381, p. 9, in https://www.laender-analysen.de/russland-analysen/381/RusslandAnalysen381.pdf

[125] A. CHERVIATSOVA, *Imitating Democracy: Putin's Constitutional Initiatives,* in *VerfBlog,* 2020/3/12, p. 4, in https://verfassungsblog.de/imitating-democracy a tale proposito sottolinea che: «The Constitution of the Russian Federation does not foresee participation of the Constitutional Court and Russia's citizens in the constitutional reform

Sotto quest'ultimo profilo Putin - sullo sfondo della contrapposizione tra occidentalisti e slavofili - sembra dunque guardare più ad oriente che ad occidente subendo l'influenza dei presidenti dell'Asia centrale che hanno già portato a termine processi di revisione *ad hoc* delle rispettive Costituzioni e/o indetto corrispondenti *referendum*[126] al fine di rimanere alla guida del Paese[127].

Nonostante «*die zunehmende Betonung der Distanz Russlands gegenüber Einflüssen aus dem Ausland, vor allem aus Europa*»[128] Putin si è però voluto ancora rivolgere al Consiglio d'Europa chiedendo l'emanazione di una *Opinion* della Commissione di Venezia in merito all'emendamento che stabilisce che gli accordi e i trattati internazionali, come pure le decisioni degli organi internazionali possono essere applicate solo nella misura in cui non comportano limitazioni ai diritti e alle libertà delle persone e dei cittadini e non sono in contrasto con la Costituzione (art. 79 Cost. FR)[129].

Infine anche la Russia rientra tra quei Paesi in cui Covid-19 ha "sospeso" l'esercizio della democrazia diretta (qui probabilmente intesa in senso

---

if Chapters 3-8 are concerned. Their involvement in the constitutional process reflects the Kremlin's main fears that the constitutional initiatives could be challenged as illegal or illegitimate. In this sense, the function of the Constitutional Court is to remove all doubts about the constitutionality of the constitutional reform as a whole and each amendment particularly, while the all-Russia's vote is called to demonstrate people's loyalty to the president and his proposals».

[126] Per un esame di tali aspetti si veda Č. PIŠTAN, *Tra democrazia e autoritarismo, Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, Bologna, Bononia University Press, 2015.

[127] G. SASSE, *Russland: Verfassungsreform ist Absicherung und Risiko zugleich,* in *ZOiS Spotlight*, 10/2020, in https://www.zois-berlin.de/publikationen/zois-spotlight/russland-verfassungsreform-ist-absicherung-und-risiko-zugleich/

[128] O. LUCHTERHAND, *Vladimir Putin schafft Klarheit: Präsident Russlands de facto auf Lebenszeit*, Teil 2, cit., p. 18.

[129] La Commissione si è già pronunciata con l'Opinion «On the draft Amendment to the Constitution of the Russian Federation (as proposed by the President of the Russian Federation on 15 January 2020) according to which, international agreements and treaties, as well as decisions by international bodies may apply only to the extent that they do not entail restrictions on the rights and freedoms of people and citizens, and do not contradict the Constitution». Tuttavia il sito della Commissione di Venezia registra solo il titolo e il numero dell'Opinion n. 981/2020 in quanto il testo non è stato ancora reso pubblico, in https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=981&year=all.
Contemporaneamente al Consiglio d'Europa è stata altresì rivolta una Petizione aperta dei cittadini della Russia con i quali questi ultimi hanno chiesto di investire la Commissione di Venezia di esaminare e di emanare una corrispondente *Opinion* sulla conformità di tutti gli emendamenti approvati e della loro procedura di adozione agli *standard* del Consiglio d'Europa.

plebiscitario) in quanto il 25 marzo 2020[130] la votazione panrussa relativa all'approvazione delle modifiche della Costituzione - già indetta il 17 marzo dal Presidente della FR per il 22 aprile 2020[131] - è stata rinviata a data da destinarsi. Il diffondersi della pandemia ha peraltro già "condizionato" anche la disciplina elettorale. Il 1° giugno 2020[132] il Presidente della FR ha infatti fissato la nuova data del 1° luglio 2020 per lo svolgimento della votazione panrussa, ma la Commissione elettorale centrale della FR ha immediatamente provveduto a novellare la relativa procedura[133] prevedendo, tra altre modifiche, la possibilità del ricorso al voto elettronico a distanza (ma solo se richiesto dai governatori dei soggetti della FR e

[130] L'editto del 25 marzo 2020 «Sull'aggiornamento della data della votazione panrussa relativa alla questione dell'adozione di modifiche alla Costituzione della FR» prevede infatti che: «Allo scopo di evitare l'insorgenza di rischi per la salute dei cittadini della FR in connessione con la situazione epidemiologica sfavorevole decreto di: 1. Inserire delle modifiche nell'Editto del Presidente della FR del 17 marzo 2020 n. 188 «Sull'indizione della votazione panrussa relativa al quesito di approvazione delle modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione della FR» redigendo l'art. 1 come segue: «1. Stabilire che la data della votazione panrussa relativa al quesito di adozione di modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione della FR, previste dall'art. 1 della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» verrà stabilito con un editto a parte del Presidente della FR; 2. Il presente editto entra in vigore il giorno della sua pubblicazione», in http://kremlin.ru/acts/news/63066.

[131] L'editto del 17 marzo 2020 n. 188 «Sulla indizione della votazione panrussa relativa alla questione dell'adozione di modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione della Federazione di Russia» stabilisce che: «In conformità con i commi 2 e 3 dell'art. 2 della legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico» decreto di: 1. Indire per il 22 aprile 2020 la votazione panrussa relativa al quesito dell'adozione di modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione della FR previste dall'art. 1 della Legge della FR di emendamento alla Costituzione della FR «Sul perfezionamento della disciplina di singole questioni di organizzazione e di funzionamento del potere pubblico»; 2. Sottoporre alla votazione panrussa il seguente quesito: «Adottate le modifiche alla Costituzione della FR?»; 3) Il presente editto entra in vigore il giorno della sua promulgazione», in http://kremlin.ru/acts/news/63003. A proposito del contenuto di tale decreto non si può inoltre non notare che i cittadini vengono chiamati ad approvare le modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione invece che emendamenti (*popravka)* alla stessa.

[132] Editto del 1 giugno 2020 «Sulla fissazione della votazione panrussa relativa alla questione dell'adozione di modifiche (*izmenenie*) alla Costituzione della Federazione di Russia», in http://kremlin.ru/acts/news/63443.

[133] Il Regolamento sulla votazione panrussa relativa all'adozione delle modifiche alla Costituzione della FR del 20 marzo con le integrazioni del 2 giugno 2020, in http://www.cikrf.ru/activity/docs/postanovleniya/46339/.

con l'assenso della stessa Commissione)[134], il diritto di recarsi in orari prestabiliti al seggio dal 25 al 30 giugno 2020 allo scopo di evitare affollamenti e l'eventualità di allestire, qualora la situazione epidemiologica lo richiedesse, dei seggi all'esterno degli edifici in cui sono si trovano i locali adibiti alla votazione. In aggiunta nel regolamento emendato si stabilisce che: «gli osservatori, i rappresentanti dei mezzi di comunicazione di massa - nel caso in cui durante la votazione panrussa fosse necessario adottare delle misure ulteriori dirette a garantire il benessere sanitario epidemiologico della popolazione nell'esercizio delle loro attribuzioni - dovranno tenere in considerazione le raccomandazioni del Servizio federale per la sorveglianza relativa alla tutela dei diritti dei consumatori e per il benessere delle persone concordate con la Commissione elettorale centrale».

A questo punto saranno le modalità di gestione della pandemia e le sue conseguenze a determinare un ulteriore rafforzamento o meno nella direzione dell'autoritarismo e del gradimento nei confronti di Putin anche se per il momento si conferma la tendenza della Russia a restare nella famiglia giuridica ad egemonia politica[135] distinguendosi come «un modello autoctono»[136].

[134] La Commissione elettorale centrale, sulla base delle richieste inoltrate dai governatori dei soggetti della FR, ha riconosciuto la possibilità di prevedere il voto elettronico a distanza solo nella città di livello federale di Mosca e nella regione di Nižegorod, in http://www.cikrf.ru/news/cec/46366/.

[135] Si fa qui riferimento alla classificazione delle famiglie giuridiche delineata da U. MATTEI, P. G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 52-79.

[136] M. GANINO, *Appunti e spunti per una ricerca di diritto costituzionale su Paesi "altri"*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano, Giuffrè, p. 834. Nel recente report di *Nation in Transit 2020* la Russia viene ancora definita una «*Consolidated Authoritarian Regime*» https://freedomhouse.org/country/russia/nations-transit/2020.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*

ISABELLA MARIA LO PRESTI**

Nota a Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, ordinanza 12 dicembre 2019, R.G. 59264/2019, e Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, 23 febbraio 2020. R.G. 64894/2019.

Disponibili agli indirizzi: https://media2-col.corriereobjects.it/pdf/2019/politica/sentenzacpifb.pdf e https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2345/ordinanza-rg-648942019-forza-nuova-art700.pdf

Sommario

1. Introduzione. – 2. CasaPound e l'accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c. – 2.1. Un ulteriore intervento giudiziario nella vicenda CasaPound vs. Facebook. – 2.2. Un esito diverso per Forza Nuova. – 3. Sul ruolo di Facebook riguardo ai partiti, e viceversa. – 4. Spunti di riflessione conclusivi.

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione

I. M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Lavoro realizzato nell'ambito del progetto "*Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y en un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios*" (DER2017-85659-C5-4-R, Feder/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades- Agencia Estatal de Investigación).

** Docente a contratto di Diritto Pubblico Comparato nell'Università degli Studi di Palermo e Miembro dell'Aula de Investigación Novel della Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Indirizzo mail: isabellamaria.lopresti@unipa.it.

1. Introduzione

Il presente contributo muove dall'analisi di due recenti ordinanze cautelari del Tribunale di Roma inerenti alla richiesta di riattivazione dei profili di CasaPound e Forza Nuova, in seguito alle misure sanzionatorie adottate da Facebook. Nonostante le controversie giudiziarie oggetto di analisi condividano lo stesso *petitum*, l'esito è antitetico. Mentre nel giudizio che ha coinvolto CasaPound il giudice cautelare[1] ha dichiarato l'illegittimità dell'intervento del *social network*, in quanto contrario alla libertà di espressione e al principio pluralista riconosciuto dal nostro ordinamento, nella vicenda che ha interessato Forza Nuova[2] il Tribunale di Roma ha respinto il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. e confermato le misure adottate. Entrambe le ordinanze condividono un medesimo profilo: il superamento di una valutazione strettamente contrattuale del rapporto oggetto delle controversie esaminate, in ragione dell'evoluzione del ruolo che nel nostro tempo Facebook ha assunto come strumento a disposizione dei partiti politici "per concorrere a determinare la politica nazionale". Deve precisarsi che in relazione a CasaPound, dal punto di vista strettamente giuridico, non è corretto qualificare tale ricorrente come partito politico in ragione del recente cambio di *status* in quello di "associazione di promozione sociale"[3]. Tuttavia, ai fini del presente contributo si adotterà la definizione che il decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, coordinato con la legge 21 febbraio 2014, n. 13 fornisce di "partiti politici" intesi come "partiti, movimenti e gruppi politici organizzati" che abbiano presentato candidati sotto il proprio simbolo alle elezioni politiche, amministrative o europee, ovvero, che dichiarino di far riferimento ad un gruppo parlamentare regolarmente costituito in entrambe le Camere[4]. La partecipazione alle ultime tornate elettorali

[1] Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, ordinanza 12 dicembre 2019, R.G. 59264/2019.

[2] Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, 23 febbraio 2020. R.G. 64894/2019.

[3] Sulla distinzione tra partiti politici e associazioni o movimenti che perseguono e svolgono attività politica si vedano S. CURRERI, G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, in *Federalismi* n. 23/2018, pag. 5, che affermano: "se da un lato i primi tendono ad animare il regime politico a livello generale, a conquistare il potere e mantenerlo attraverso la partecipazione alle elezioni e ad influire sulle decisioni politiche, a voler condurre la responsabilità nella gestione della cosa pubblica; i secondi esauriscono invece la loro funzione in un dato momento o a seguito del conseguimento di singoli o specifici obiettivi prefissati, come ad es. l'approvazione di un determinato progetto di legge ovvero la partecipazione a determinate consultazioni elettorali".

[4] Cfr. art. 18 decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 13. La suddetta normativa ha previsto l'istituzione di un registro *ad hoc* per l'iscrizione dei partiti politici che intendano accedere al nuovo regime di finanziamento

di carattere europeo e amministrativo fa sì che si possa continuare ad estendere a CasaPound lo *status* di partito politico, nonostante il menzionato cambiamento di natura giuridica.

Fatta tale premessa, le vicende giudiziarie richiamate offrono lo spunto per sviluppare alcune considerazioni in merito al rapporto dei partiti politici con Facebook, e viceversa, alla luce dell'attuale quadro giurisprudenziale e normativo in materia.

2. CasaPound e l'accoglimento del ricorso *ex* art. 700 c.p.c.

La prima vicenda processuale oggetto di analisi trae origine dal ricorso d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. presentato da CasaPound Italia e dal dirigente nazionale della stessa, Davide di Stefano, nei confronti di Facebook Ireland Limited. I ricorrenti chiedevano l'immediata riattivazione delle pagine corrispondenti al suddetto partito politico e al profilo personale del suo dirigente, disattivate per volontà dello stesso *social network*[5], in quanto valutate come contrarie alle condizioni d'uso della suddetta piattaforma. Di fatto, con l'iscrizione al servizio offerto da Facebook gli utenti accettano e si impegnano a rispettare il regolamento che disciplina i termini di utilizzo di tale piattaforma. Costituiscono parte integrante di tali condizioni gli "standard della comunità", elaborati al fine di garantire il rispetto di valori quali l'autenticità dei contenuti pubblicati, la sicurezza e la *privacy* degli stessi utenti, nonché la "dignità altrui"[6]. Il medesimo documento individua le possibili conseguenze derivanti dalla violazione delle suddette regole pattizie che potranno consistere nella rimozione dei contenuti che si ritengono contrari agli standard, ovvero, nei casi più gravi, nella sospensione o disattivazione dell'*account* interessato[7]. Nel caso di specie, l'intervento di Facebook veniva giustificato dalla valutazione di alcuni contenuti pubblicati nella pagina di CasaPound come casi di "incitamento all'odio e alla violenza" verso talune minoranze, non consentiti dal regolamento. In base a tale fonte, infatti, risulta qualificato come *hate speech* ogni "attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali

della politica; a tal proposito, nessuno dei due soggetti analizzati risulta attualmente iscritto né vi è traccia di una precedente iscrizione.

[5] Il 9 settembre 2019 Facebook procedeva alla disattivazione della pagina di CasaPound e di altri soggetti legati all'associazione stessa.

[6] Estratto dall'introduzione agli Standard della Comunità, consultabile al seguente link https://www.facebook.com/communitystandards/.

[7] Le misure sanzionatore dipenderanno anche dall'eventuale recidiva del titolare del profilo in quanto "nel caso della prima violazione, potremmo solo avvertire la persona, ma se continua a violare le nostre normative, potremmo limitare la sua capacità di pubblicare su Facebook o disabilitare il suo profilo". Estratto dall'introduzione agli Standard della Comunità.

razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi"[8]. È, altresì, specificato che per "attacco" si intenderà qualsiasi "discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione"[9].

Nell'ordinanza oggetto di analisi il giudice cautelare comincia verificando la sussistenza dei requisiti richiesti per l'adozione della misura cautelare, ossia, il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*[10]. Relativamente al primo presupposto, secondo il Tribunale di Roma le misure adottate da Facebook risulterebbero in contrasto con l'articolo 49 della Costituzione in quanto la disattivazione della pagina di CasaPound coinciderebbe con l'esclusione di tale soggetto dal dibattito pubblico e politico nazionale. Si riconosce, infatti, al *social network* in questione una funzione strumentale all'esercizio del pluralismo politico, anche in virtù dell'utilizzo che le altre formazioni politiche ne fanno; conseguentemente, "il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento"[11]. Nell'ordinanza si individua un ulteriore passaggio determinante per l'inquadramento della relazione tra Facebook e i partiti politici, nella parte in cui si afferma che con la registrazione alla piattaforma da parte di questi ultimi si istaura un rapporto non assimilabile a quello "tra due soggetti privati qualsiasi"[12]; circostanza che determina in capo al gestore del servizio di *social networking* il dovere di "attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente"[13]. L'argomentazione in questione, estendibile anche ad altre piattaforme virtuali similari, sembrerebbe, dunque, aprire la strada a una possibile qualificazione della natura giuridica dei servizi svolti dai *social network* come attività di interesse pubblico, questione che, come si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi, continua ad essere centrale nel dibattito attuale.

[8] Punto 13, Standard della Comunità.

[9] *Ibidem*.

[10] Alla luce della pacifica interpretazione che la giurisprudenza fornisce di tali elementi, è necessario che il diritto di cui si chiede tutela, nelle more di un giudizio ordinario, sia verosimile e che sussista pericolo di pregiudizio concreto alla luce degli elementi probatori indicati nel ricorso introduttivo. Si veda in tal senso Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in Arch. Civ., 2004, 339; Trib. Milano, ord. 9 febbraio 2005, in Guida al dir., 2005, fasc. 36, 81.

[11] Ordinanza pag. 4.

[12] *Ibidem*.

[13] *Ibidem*.

Secondo l'ordinanza del Tribunale di Roma la valutazione che ha condotto Facebook alla disattivazione dei profili dei ricorrenti si risolverebbe in un indebito giudizio di merito sulla democraticità del programma politico e dei fini dell'organizzazione politica ricorrente. Tale giudizio viene contestato dal Giudicante non tanto per la sua legittimità, quanto per l'esito a cui ha condotto, in quanto contrario all'inquadramento di CasaPound nel nostro ordinamento come partito politico legittimamente[14] attivo dal 2009. Inoltre, a sostegno delle misure sanzionatorie adottate da Facebook erano stati addotti alcuni episodi riguardanti esponenti del partito politico in questione che, tuttavia, non erano stati in alcun modo resi pubblici attraverso la menzionata piattaforma. In base all'ordinanza, tali eventi non possono in alcun modo giustificare l'interdizione della "libera espressione del pensiero politico su una piattaforma così rilevante come quella di Facebook"[15], in quanto tra le forme di responsabilità oggettiva previste dal nostro ordinamento non ricorre il caso dei partiti politici per le condotte illecite dei propri aderenti.

Per ciò che concerne, invece, il requisito del *periculum in mora*, come si apprende dall'ordinanza in esame le misure adottate da Facebook, proprio in ragione della speciale rilevanza del servizio offerto quale mezzo di attuazione del pluralismo politico, avrebbero determinato un "pregiudizio non suscettibile di riparazione per equivalente (o non integralmente riparabile) specie in termini di danno all'immagine". Sulla base di tali considerazioni il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso *ex* art. 700 c.p.c., disponendo l'immediata riattivazione della pagina di CasaPound Italia e del profilo personale del dirigente coinvolto.

[14] Sulla legittimità delle azioni e del programma politico di CasaPound si veda A. LAURO, *Il giudice amministrativo e la disposizione finale della Costituzione: osservazioni a partire dall'ordinanza del TAR Brescia sul ricorso di Casapound*, in *Federalismi* n. 4/2019, pag. 10. Il contributo citato prende le mosse dall'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, dell'8 febbraio 2018, con la quale veniva respinto il ricorso presentato da CasaPound avverso l'ordinanza del comune di Brescia che prevedeva per la concessione di spazi pubblici elettorali la sottoscrizione di una dichiarazione di adesione ai principi costituzionali e ripudio di ideologie neonaziste o neofasciste. Secondo il TAR "la richiesta di dichiarare di ripudiare l'ideologia fascista non può essere qualificata come lesiva della libertà di pensiero e di associazione, dal momento che se tale libertà si spingesse fino a fare propri principi riconducibili all'ideologia fascista sarebbe automaticamente e palesemente in contrasto con l'obbligo e l'impegno al rispetto della Costituzione italiana e che, dunque, l'aver subordinato l'accesso agli spazi pubblici all'avversata dichiarazione, seppur in parte ridondante, non possa comunque essere considerata contraria alla legge e, dunque, espressione di un eccesso di potere". Per completezza si segnala che l'ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza del 17 maggio 2018 n. 2177.

[15] Ordinanza pag. 5.

2.1 Un ulteriore intervento giudiziario nella vicenda CasaPound vs. Facebook

Un'ulteriore conferma delle conclusioni cui è giunto il giudice cautelare nell'ordinanza esaminata nel precedente paragrafo è costituita dal recente provvedimento[16] emesso dal Tribunale di Roma a fronte della presentazione da parte di Facebook del reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. Il nucleo centrale della difesa del reclamante consiste nella contestazione del riconoscimento in capo al *social network* interessato di peculiari obblighi di servizio pubblico, in virtù dei quali, come si ricorderà, è stata esclusa la natura strettamente privata del rapporto tra Facebook e gli utenti che possono qualificarsi come partiti politici *latu sensu*. Contrariamente a tale lettura, secondo la difesa articolata nel suddetto reclamo, Facebook opera come una "società privata operante a scopo di profitto", tutelata nel nostro ordinamento dal riconoscimento della libertà di impresa di cui all'art. 41 della Costituzione. Conseguentemente, sarebbe ingiustificata l'attribuzione al gestore del servizio di obblighi aggiuntivi e speciali rispetto a quelli stabiliti nelle condizioni d'uso rimesse all'autonomia privata delle parti ed accettate al momento dell'iscrizione dagli utenti, indipendentemente dal loro *status*.

Avverso tale difesa, il collegio giudicante articola una complessa lettura della natura giuridica del rapporto fra Facebook e, nello specifico, CasaPound: se da una parte, infatti, tale relazione viene inquadrata come un contratto di diritto civile "per adesione", atipico, "nel quale il gestore fornisce gratuitamente un servizio di condivisione di documenti e di comunicazione e che prevede a carico dell'utente l'impegno a rispettare determinate condizioni di utilizzo – con la conseguenza che la legittimità dell'esercizio del potere di recesso del fornitore del servizio deve essere valutata in primo luogo sulla base delle regole negoziali dallo stesso dettate"[17], dall'altra, si sottolinea che anche per i rapporti contrattuali di diritto privato rilevano una serie di limiti esterni, individuabili nelle clausole ordinamentali dell'ordine pubblico, del buon costume, della buona fede nonché del divieto di abuso del diritto. Più in generale, secondo il collegio è precluso all'autonomia privata stabilire condizioni contrattuali che si sostanzino nella limitazione di diritti costituzionalmente garantiti, come avvenuto nel caso trattato: di fatto, le misure adottate da Facebook in virtù dell'applicazione delle regole contrattuali sulla pubblicazione dei contenuti contrari agli "standard della comunità" avrebbero determinato un'illegittima compromissione della libertà di associazione e di manifestazione del pensiero. Per cui, diversamente dall'ordinanza oggetto del reclamo in esame, il parametro rispetto al quale viene valutata la condotta di Facebook non è integrato dall'articolo 49 della Costituzione, bensì dalle libertà riconosciute dagli articoli 18 e 21 del testo costituzionale: viene meno,

[16] Ordinanza Tribunale di Roma num. 80961/19, XVII sez. civile, del 29 aprile 2020,

[17] Punto 7 dell'ordinanza.

dunque, la rilevanza dello *status* dell'utente come soggetto politico, in quanto si argomenta che eventuali limiti alla libertà di pensiero opererebbero "nel medesimo modo per le organizzazioni dichiaratamente politiche e per qualunque altro utente che, occasionalmente o meno, utilizzi il servizio Facebook per esprimere opinioni politiche o diffondere informazioni o documenti di interesse politico"[18]. Un'argomentazione in parte contraria alla consolidata lettura giurisprudenziale, sia interna che sovranazionale, concorde nel rintracciare per i partiti politici limiti specifici alle libertà anteriormente richiamate, in ragione del ruolo da quest'ultimi svolto. A tal proposito, è sufficiente richiamare le pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani[19] che hanno influito in maniera determinante sulla delineazione della portata del secondo comma dell'articolo 11 della CEDU, in base al quale la libertà di associazione "non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Inoltre, secondo un'impostazione sistematica, il riconoscimento dei partiti politici trova nel nostro ordinamento costituzionale uno spazio concettuale proprio e indipendente dall'articolo 18 della Costituzione; diversamente, l'articolo 49 cost. si ridurrebbe a una "pleonastica ripetizione"[20] della libertà di associazione. Tra le disposizioni richiamate esiste, dunque, un rapporto *genus- species*[21], confermato dalla scelta dei costituenti di collocarle in due distinti titoli, afferenti ai rapporti civili e politici.

Infine, il collegio esamina la valutazione effettuata da Facebook che ha condotto alla qualificazione di CasaPound come associazione illegittima, concludendo per la sua arbitrarietà in quanto "il giudizio di valore sui riferimenti storici ed ideali richiamati da ciascun attore del dibattito politico, come quello sulla coerenza con tali riferimenti dei principi affermati nel tempo presente, rimane così affidato al libero confronto delle idee"[22]. A ciò si affianca, da una parte, la riconferma della

[18] Punto 11 dell'ordinanza.

[19] Tra queste, basti con il ricordare la sentenza relativa al caso *Refah Partisi et autres c. Turquie,* del 31 luglio 2001, nonché il caso *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, del 6 novembre 2009.

[20] S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?*, in *Nomos, Le attualità nel Diritto*, 2/2017, pag.1.

[21] La sussistenza di un rapporto *genus- species* tra l'art. 18 e l'art. 49 Cost. è affermata da U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 491; un'esaustiva ricostruzione delle posizioni emerse in dottrina sulla natura giuridica dei partiti politici e la copertura costituzionale che essi ricevono nel nostro ordinamento è realizzata da E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 ottobre 2017.

[22] Punto 24 dell'ordinanza.

considerazione già espressa dal giudice cautelare monocratico in base alla quale la presenza di CasaPound nel panorama politico italiano da diversi anni sarebbe elemento idoneo a confermare la conformità della stessa all'ordinamento giuridico; dall'altra, l'avviso che tale valutazione incontra comunque il limite del circoscritto oggetto del giudizio in esame, per cui esular da tale procedimento il riconoscimento all'associazione politica coinvolta di una "patente" di liceità[23].

Il collegio rigetta il reclamo, ritenendo che "l'esclusione di CasaPound dalla piattaforma si deve dunque ritenere ingiustificata sotto tutti i profili richiamati da Facebook Ireland".

2.2 Un esito diverso per Forza Nuova

Identica vicenda ma esito opposto per il caso che ha coinvolto Forza Nuova. Oggetto di analisi è l'ordinanza emessa lo scorso 23 febbraio 2020 dal Tribunale di Roma, Sezione per i diritti della persona e immigrazione[24]. Il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. veniva presentato avverso la disattivazione da parte di Facebook della pagina relativa al citato partito politico e dei profili personali appartenenti a militanti dell'organizzazione di estrema destra, in quanto amministratori di numerose pagine riconducibili ad associazioni di supporto. Anche in tal caso la misura sanzionatoria veniva adottata in applicazione degli "standard della comunità", nella parte in cui si prevede la rimozione dei contenuti che si sostanziano in un incitamento all'odio e alla violenza. Tanto da un punto di vista processuale che sostanziale, le due vicende appaiono analoghe; tuttavia, l'ordinanza che respinge il ricorso dei rappresentanti di Forza Nuova presenta alcuni elementi di specificità alla luce dei quali può spiegarsi il diverso esito processuale[25]. In primis, rispetto al precedente ricorso analizzato, rileva la specifica qualificazione, confermata dal Giudicante, del partito politico interessato come "organizzazione d'odio" sulla base del regolamento adottato da Facebook. In secondo luogo, le condotte lamentate vengono considerate potenzialmente inquadrabili nella fattispecie penale della "apologia del fascismo": a tal proposito è bene sottolineare che, trattandosi di un procedimento cautelare ed esulando dal *petitum* di tale giudizio, non si giunge sino alla piena sussunzione delle condotte nella fattispecie penale di cui *supra* ma sembra che si voglia indicare un chiaro cammino per il giudice ordinario in un eventuale procedimento a cognizione piena. Infine, in maniera speculare alla conclusione cui era giunta la Sezione Impresa del Tribunale di Roma,

[23] Punto 25 dell'ordinanza.

[24] Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, 23 febbraio 2020. R.G. 64894/2019.

[25] L'ordinanza in questione risulta più estesa e articolata della precedente, circostanza che si deve a un'ampia disamina del quadro normativo delle fonti nazionali e internazionali in materia di *hate speech*.

nell'ordinanza esaminata le condotte dei militanti vengono prese in considerazione indipendentemente dalla pubblicazione dei contenuti incriminati sulla pagina del partito politico di affiliazione ma nell'ottica di una relazione di continuità.

Relativamente al primo elemento di peculiarità, nella vicenda che ha interessato Forza Nuova emerge la qualificazione di tale soggetto politico come "organizzazione d'odio": in base a quanto previsto dagli standard di Facebook sarà considerata tale "qualsiasi associazione di almeno tre persone organizzata con un nome, un segno o simbolo e che porta avanti un'ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità"[26]. Il suddetto giudizio viene ritenuto fondato dal Tribunale di Roma che, sulla base dei numerosi esempi di contenuti pubblicati sul profilo della organizzazione politica ricorrente, afferma che essi sono "sufficienti a delineare l'identità politica del gruppo quale si ricava dalla sua concreta attività politica e valgono a rafforzare la qualifica di *organizzazione d'odio* la cui propaganda è vietata su Facebook in base alle condizioni contrattuali ed a tutta la normativa citata"[27]. Nell'ordinanza si argomenta, infatti, che il contenuto delle pagine oscurate risulta in aperto contrasto con i valori fondamentali sanciti in numerosi documenti di carattere internazionale[28] ed europeo[29], accomunati dal divieto di ogni discriminazione, limite invalicabile alla libertà di espressione. Più specificamente, il giudice cautelare richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di *hate speech*, in base alla quale sarebbero indicativi di condotte incitanti alla violenza o all'odio razziale alcuni fattori specifici, come il modo in cui la comunicazione viene effettuata, il linguaggio usato, il contesto in cui è inserita, il numero di persone a cui è rivolta, nonché la posizione che ricopre l'autore della dichiarazione[30]. Tra i precedenti giurisprudenziali richiamati

[26] Punto 2 degli Standard della Community.

[27] Punto 3.1. dell'ordinanza, pag. 31.

[28] Le fonti richiamate dal giudice cautelare sono numerose e di diversa natura: tra queste, l'articolo 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che garantisce la tutela da ogni discriminazione; la Convenzione di New York 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, ratificata dall'Italia con la legge del 13 ottobre 1975 n. 654; il Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966.

[29] Come si legge nell'ordinanza in esame, tra i valori fondamentali dell'ordinamento europeo, sanciti dall'articolo 2 del TUE, ricorre la dignità umana che costituisce il fondamento giuridico del divieto di discriminazione sancito dall'articolo 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

[30] Per una disamina dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si veda R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, pagg. 511-558, nel quale l'Autore

nell'ordinanza assume particolare rilievo il caso *Féret versus* Belgio[31] nel quale la Corte di Strasburgo ha avuto occasione di sottolineare l'incidenza che il ruolo del ricorrente, dirigente del partito politico belga *Front National-Nationaal Front*, ha avuto nella vicenda oggetto di giudizio: la condanna per la distribuzione durante la campagna elettorale di diversi tipi di volantini con contenuti xenofobi e discriminatori non è stata considerata contraria alla libertà di espressione consacrata dall'articolo 10 della CEDU, ed in particolare alla libertà di propaganda politica, in quanto attività idonea a esercitare una forte influenza in termini di diffusione di sentimenti di paura e odio nei confronti degli stranieri, proprio in ragione della forza elettorale del partito che l'aveva posta in essere[32]. Il Tribunale di Roma, seguendo l'indirizzo giurisprudenziale richiamato, evidenzia altresì la stretta connessione tra l'offensività delle condotte di *hate speech* e l'uso della Rete come veicolo di diffusione di tali contenuti. La configurazione stessa delle piattaforme *on-line*, e ancor di più dei *social network*, come arene virtuali aumenterebbe la portata lesiva di tali contenuti in ragione della velocità di diffusione dei messaggi, dell'elevato numero di destinatari, nonché della "capacità del contenuto offensivo di sopravvivere per un lungo arco di tempo oltre la sua immissione, anche in parti del web diverse da quelle della sede in cui era stato originariamente inserito[33].

Il secondo elemento di differenziazione dell'ordinanza in esame rispetto al caso che ha coinvolto CasaPound riguarda la possibile rilevanza penale delle condotte addebitate a Forza Nuova. Il giudice cautelare opera un raffronto tra le fattispecie previste dalla legge Scelba n. 645 del 1952, in particolare il reato di apologia del fascismo[34], e le condotte sanzionate dalla legge Mancino, tra cui quella di

---

sottolinea il passaggio nell'ultimo ventennio da un atteggiamento di sostanziale esonero delle piattaforme *on line* dalla responsabilità per i contenuti pubblicati dagli utenti, sulla scorta del modello statunitense, al ridimensionamento di tale regime di irresponsabilità da parte della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

[31] Sentenza Féret contro il Belgio del 16 luglio 2009 (ricorso n. 15615/07).

[32] Come si legge nel pr. 75 della sentenza "l*a qualité de parlementaire du requérant ne saurait être considérée comme une circonstance atténuant sa responsabilité. A cet égard, la Cour rappelle qu'il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance* (Erbakan c. Turquie, no 59405/00, 6 juillet 2006, § 64). *Elle estime que les politiciens devraient être particulièrement attentifs à la défense de la démocratie et de ses principes, car leur objectif ultime est la prise même du pouvoir*".

[33] Punto 1.3 dell'ordinanza, pag.7.

[34] Per una dettagliata ricostruzione degli interventi normativi in materia di partiti politici illeciti si veda S. CURRERI, G. STEGHER, *I partiti politici…op. cit.*, pag. 5. Circa l'attuale portata della XII disposizione finale della Costituzione cfr. G. E. VIGEVANI,

"esibizionismo razzista"[35] che punisce "chiunque, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori od ostenta emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni razziste"[36]. Tra le due leggi, come asserito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità[37], sussiste un rapporto di specialità, per cui dovrà aversi riguardo alla "idoneità o meno delle condotte a creare il concreto pericolo di ricostituzione del partito fascista"[38]; solamente in tale ultima ipotesi troverà applicazione la legge Scelba, mentre nei casi in cui la condotta abbia una valenza meramente individuale si tratterà di esibizionismo razzista. Alla luce di tali considerazioni, il giudice cautelare sembra delineare un preciso inquadramento degli episodi riportati nell'ordinanza nell'ambito della fattispecie di apologia del fascismo, senza tuttavia spingersi sino alla enunciazione esplicita di tale condanna che esulerebbe dall'ambito del giudizio cautelare incoato. Viene, infatti, sottolineato che se la propaganda di tesi razziste nei confronti di intere comunità per l'appartenenza a un certo gruppo etnico "è effettuata attraverso i mass media od il web, quindi con elevata diffusività, si è in presenza di una condotta di per sé pericolosa per l'assetto democratico"[39]. D'altronde, come specificato dalla giurisprudenza di legittimità[40], la repressione penale delle condotte finalizzate alla ricostituzione di un'associazione vietata "deve essere estesa ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista" e, dunque, ben può includersi l'uso di una piattaforma di *social networking* come mezzo per perseguire le finalità antidemocratiche[41].

Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia, in *MediaLaws, Rivista di Diritto dei Media*, n. 1/2019, pp. 25 e ss.

[35] Art. 2, comma 1, Legge Mancino.

[36] Sono considerate "organizzazioni razziste" secondo la definizione prevista dal nostro codice penale quelle "associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" (articolo 604 bis, comma 2).

[37] Cfr. Sent. Corte costituzionale, dep. 26 gennaio 1957, n. 1; sent. Corte costituzionale, dep. 6 dicembre 1958, n. 74 e Corte cost., dep. 27 febbraio 1973, n. 15. Cfr. Sent. Corte di Cassazione, sez. I, 14 dicembre 2017, n. 8108; sent. Corte di Cassazione, sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038.

[38] Punto 1.4.1. dell'ordinanza, pag. 11.

[39] Punto 1.4.1. dell'ordinanza, pag. 11.

[40] Sent. Consiglio di Stato, sez. V, del 6 marzo 2013, n. 1354.

[41] A tal proposito, l'articolo 1 della legge Scelba utilizza una formula alquanto elastica per individuare le modalità con le quali può manifestarsi il perseguimento di finalità antidemocratiche proprie del partito fascista: ciò potrà avvenire "esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica, o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista".

Infine, relativamente alle condotte dei militanti che hanno determinato l'oscuramento dei rispettivi profili, queste vengono in considerazione in un'ottica diversa rispetto a quanto affermato nell'ordinanza emessa nei confronti di CasaPound. I ricorrenti nel caso in esame avrebbero "creato e amministrato decine di pagine finalizzate alla propaganda ed al proselitismo in favore di Forza Nuova"[42], pubblicando a loro volta contenuti contrari alle clausole contrattuali stabilite da Facebook. Le condotte dei militanti si porrebbero, quindi, in un rapporto di continuità con le violazioni ascritte al partito politico ricorrente.

Le citate argomentazioni consentono al Giudicante di riconoscere in capo a Facebook non solo un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti pubblicati dagli utenti ma anche un dovere giuridico di intervento in ragione, tra l'altro, del peculiare ruolo svolto da tale piattaforma che pur essendo a stretto rigore un soggetto privato "svolge un'attività di indubbio rilievo sociale"[43]. Tale passaggio argomentativo lascerebbe intendere che Facebook, così come ogni altro *social network*, sia legittimato ad effettuare una prima valutazione di merito non solo del singolo contenuto pubblicato ma anche della democraticità dei soggetti politici di volta in volta coinvolti. A tal proposito, nella stessa sentenza *Féret versus* Belgio richiamata nell'ordinanza si evidenziava già l'estrema prudenza necessaria a condurre il bilanciamento tra la libertà di diffusione delle opinioni politiche e i beni giuridici coinvolti in tale operazione, al fine di evitare che le esigenze di tutela finiscano per avvallare "strumenti di controllo e di censura che mortificano le basi stesse della democrazia"[44].

3. Sul ruolo di Facebook riguardo ai partiti, e viceversa

Come precedentemente anticipato, con il presente contributo non ci si propone di affrontare l'annosa questione dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero nello specifico ambito della Rete; il profilo di cui si discorre è delimitato all'uso dei *social network* come mezzo di partecipazione politica dei partiti e alla conseguente relazione che si istaura tra le parti coinvolte. Le vicende analizzate si pongono, infatti, in relazione di stretta prossimità con una questione di speciale rilevanza, ossia, il rapporto tra l'esercizio delle libertà politiche e i *social network*; rapporto che ha assunto i caratteri della funzionalità dei secondi rispetto ai primi. Da tempo, infatti, è in uso il termine *e-participation*[45] per indicare genericamente l'insieme dei

[42] Punto 3 dell'ordinanza, pag. 16.

[43] Punto 2 delle conclusioni dell'ordinanza, pag. 14.

[44] A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Giuffré, Milano, 2012, pag. 281.

[45] Si tratta di una categoria onnicomprensiva che include distinte modalità partecipative: forme di partecipazione diretta informatizzata, la cui la sua dimensione ordinaria è il voto elettronico nelle varianti dell'*e-voting* presidiato e non presidiato; forme

canali partecipativi che lo spazio digitale offre agli utenti-elettori. Nell'era dei *social network* la partecipazione elettronica si arricchisce di nuovi contenuti e nuovi soggetti attivi. In tal senso, il pluralismo politico, valore che identifica la nostra forma di Stato ed elemento fondante del nostro sistema costituzionale, è ormai strettamente connesso alla presenza attiva dei partiti politici nelle piattaforme di *social networking*, divenute "condizione per la loro esistenza sociale"[46], prima ancora che semplici strumenti di contatto con l'elettorato[47]. Sul punto, è stato osservato come la relazione tra i partiti politici e i *social network* possa essere analizzata da una triplice prospettiva che coincide con i tre profili di cui si compone il disposto dell'articolo 49 della Costituzione[48]: in primo luogo, rispetto alla dimensione associativa, gli strumenti offerti dalla Rete hanno da tempo influito- modificandole- sulle modalità di affiliazione, consentendo il tesseramento *on-line* e aprendo nuove prospettive di partecipazione ai processi decisionali interni ai partiti politici; a ciò si aggiunga l'utilizzo di strumenti come Facebook per facilitare l'interazione tra il partito politico e i militanti ma anche per perseguire una finalità "informativa"[49] sui valori, l'ideologia e i programmi del partito stesso. In secondo luogo, nuova rilevanza assume il riferimento al "metodo democratico" nell'ambito dei social network, questione strettamente connessa al problema del controllo sui contenuti pubblicati non solo dal partito politico, ma anche dagli utenti nella pagina del partito. E infine, la terza dimensione della relazione tra i social network

di partecipazione rappresentativa informatizzata e partecipazione deliberativa non moderata. L'implementazione dei canali virtuali di coinvolgimento attivo dell'elettore si basa sulla volontà di superare le distanze fisiche e territoriali tra questi e gli intermediari politici, applicando l'ideale deliberativo a beneficio del pluralismo politico; cfr. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Edizioni ETS, Pisa, 2017.

[46] M. PARITO, *L'uso dei social media nella costruzione della sfera pubblica europea*, in *Humanities*, n. 1, 2012, pag. 100.

[47] È scomparsa la militanza, conseguenza della dissoluzione delle strutture di partito che, grazie ad una fitta diffusione territoriale, consentivano di sviluppare una relazione diretta con l'elettorato. L'attuale figura del partito-leader non necessita di altro che dei social media per sviluppare "un rapporto immediato- nel duplice senso di istantaneo e privo di mediazioni- con milioni di cittadini che agiscono come individualità, ma interconnessi in ambienti digitali", in M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, 2019, Editori Laterza, Bari, pag. 80. Le considerazioni svolte devono leggersi in combinato disposto con il fenomeno, ormai noto, della volatilità elettorale. La funzione delle campagne elettorali non è più quella di "compattare" schieramenti già delineati ma di catalizzare il voto di fette di elettorato, per cui, il messaggio politico veicolato attraverso i *social network* consente di far breccia nell'elettore prima ancora che si sia formato una propria opinione.

[48] Cfr. G. GRASSO, *Social network, partiti politici e lotta per il potere*, in *MediaLaws, Rivista di Diritto dei Media*, n. 1/2020, pp. 211 e ss.

[49] *Ibidem*, pag. 213.

e i partiti riguarda la delineazione da parte dei primi di un nuovo foro di competizione politica. Tali considerazioni preliminari conducono all'individuazione della problematica inerente al protagonismo assunto dalle principali *internet platforms* in merito al controllo dei contenuti pubblicati dagli utenti, che, come rilevato in dottrina, ha segnato il passaggio da una semplice mediazione a un'attività di "censura *de facto*"[50].

Il crescente interventismo[51] in tal senso è stato giustificato dall'amplificarsi del fenomeno che vede tali canali come strumenti largamente utilizzati per la diffusione di messaggi d'odio o discriminanti[52], individuati con la categoria di derivazione statunitense dello *hate speech*. Facebook risulta essere tra i primi *social network* che hanno adottato una puntuale regolamentazione delle condotte discriminatorie, attraverso l'individuazione di standard di democraticità dei contenuti pubblicati dagli utenti[53]. L'intervento spontaneo delle piattaforme di *social networking* è stato oggetto di un primo inquadramento giuridico a livello europeo grazie all'adozione del Codice di condotta "per lottare contro le forme

[50] M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, pag. 36 e ss. l'Autore distingue tra una censura *de facto*, operata spontaneamente dalle piattaforme digitali, e una censura *de iure* che a sua volta si articola in funzionale quando segue un intervento giudiziale, ovvero, sostanziale, che rimette alle IP le valutazioni in merito alla liceità di contenuto che potrà essere rimosso o meno.

[51] Un inasprimento dell'azione di sorveglianza si è registrato in occasione dell'acuirsi dell'emergenza terroristica internazionale: le misure adottate a livello europeo da diversi Paesi hanno, infatti, introdotto nuove fattispecie di reato o circostanze aggravanti basate sull'utilizzo della Rete come elemento qualificante; allo stesso tempo, sono stati previsti specifici obblighi a carico degli intermediari virtuali, autorizzati di fatto a procedere alla rimozione dei contenuti di istigazione al terrorismo. Non sempre gli interventi normativi hanno previsto un coinvolgimento dei *social network*, non tenendo conto della loro potenzialità come efficaci strumenti veicolari di messaggi e contenuti terroristici; emblematica la disciplina emergenziale francese durante lo stato di crisi dichiarato da Hollande dopo l'attacco terroristico alla sede del periodico *Charlie Hebdo* (si veda decreto n. 2015-125 del 5 febbraio 2015).

[52] È stato, infatti osservato che "i nuovi attori della libertà di espressione, i social network, nati come luogo di socializzazione, dibattito, condivisione di informazioni, sono divenuti il mezzo privilegiato per la trasmissione del pensiero odioso", in F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'*hate speech*: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e Diritto*, 1-2/2017, pag. 42;

[53] La propensione verso l'adozione di condizioni d'uso, che fissino dei parametri di conformità ai principi cardine di un ordinamento democratico, risulta una scelta strategica per le *Internet Platform*, in linea con fenomeni di simile portata, come per il fenomeno noto come "*green washing*", che consentono alle aziende di "ripulire" la propria reputazione dalla responsabilità per condotte contrarie a determinati valori o per la complicità in esse.

illegali di incitamento all'odio online" della Commissione europea[54]. Le regole di condotta previste da tale regolamentazione si articolano in azioni destinate a promuovere una collaborazione trasversale, sia tra le stesse aziende informatiche, che tra queste e le organizzazioni della società civile[55]; inoltre, si individuano specifiche misure di intervento rispetto a contenuti che integrino un'ipotesi di *hate speech*. Relativamente a tale ultimo profilo, si dispone che le aziende informatiche esamineranno in meno di ventiquattro ore le segnalazioni "valide", ossia, sufficientemente precise e adeguatamente fondate e laddove l'esito di tale verifica confermerà l'illiceità del contenuto si procederà alla sua rimozione o alla disattivazione dell'accesso dell'utente alla piattaforma. Trattandosi di uno strumento di *soft law*, il Codice di condotta in esame non vincola giuridicamente le parti sottoscrittrici, anche se è stata sottolineata la capacità di tali previsioni di generare un effetto di "*collateral censorship*"[56] che spingerebbe gli intermediari ad attenersi alle prescrizioni sottoscritte nel timore che possano essere introdotte a livello statale o sovranazionale misure più stringenti.

Se il Codice della Commissione europea ha, dunque, previsto quella che può qualificarsi come un'aspettativa di intervento dei gestori delle piattaforme di *social networking*, in giurisprudenza è stato riconosciuto a loro carico un obbligo di attivazione anche in assenza di uno specifico ordine dell'autorità giudiziaria. In tal senso, il Tribunale di Napoli ha affermato che sarebbe "irrazionale dover attendere un ordine dell'autorità il quale potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono stati irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione"[57]. L'attivazione rispetto alla segnalazione da parte di altri utenti di un determinato messaggio rimane comunque un'azione *ex post*, essendo pacifico che non sussiste un obbligo di ricerca attiva di contenuti illeciti: solo dal momento in cui il *provider* sia messo al corrente o acquisti conoscenza di un simile contenuto, allora sarà tenuto ad intervenire. Tale giurisprudenza è stata recentemente confermata dalla Corte di Cassazione[58] che, in primo luogo, ha individuato una serie di "indici di interferenza" la cui sussistenza dovrà essere valutata dal giudice

[54] Le prescrizioni del codice vennero in un primo momento sottoscritte da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube; dal 2018 si impegnano a rispettare il codice anche Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion e ultimo in ordine di tempo Jeuxvideo.com.

[55] A tal proposito si legge che "Le aziende informatiche intensificano la collaborazione con le organizzazioni della società civile per fornire formazione sulle migliori pratiche per lottare contro la retorica dell'odio e i pregiudizi e aumentano la portata del loro approccio proattivo nei confronti delle organizzazioni della società civile per aiutarle a realizzare campagne efficaci di lotta contro i discorsi di incitamento all'odio".

[56] Cfr. F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network…op. cit.*, pag. 65.

[57] Tribunale di Napoli Nord, sez. II civ., ordinanza 3 novembre 2016, relativa al procedimento n.9799/2016 promosso da Facebook Ireland Ltd. c. Teresa Giglio.

[58] Cassazione civile, sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708.

del merito al fine di verificare se le attività di *hosting* svolte da un intermediario virtuale possano considerarsi condotte attive e, dunque, essere sottratte al "regime privilegiato" di responsabilità limitata: a titolo esemplificato il Giudice di legittimità annovera tra tali indici "le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione". In secondo luogo, si avalla la tesi già richiamata secondo cui l'obbligo per il prestatore del servizio di rimuovere i contenuti illeciti sorgerebbe dal momento in cui ne acquisti conoscenza mediante segnalazione dal titolare stesso del diritto leso o *aliunde*.

Dal riconoscimento di tale obbligo di attivazione consegue l'individuazione di un possibile profilo di responsabilità dei *social network* rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti. Il fulcro della questione risiede nella qualificazione dell'attività svolta da tali soggetti. Come proposto da parte della dottrina, si potrebbe optare per l'assimilazione di tale attività a quella editoriale, in considerazione della natura di alcune operazioni svolte dagli stessi. Di fatto, "i social network provider non si limitano a svolgere un'attività di *hosting* neutrale, ma intervengono direttamente nell'organizzazione, nella gestione e talvolta anche nell'editing dei contenuti, al fine di aumentare i ricavi derivanti dalla raccolta pubblicitaria"[59]. Di tal modo si applicherebbe anche ai *social network* la disciplina prevista per le attività editoriali relative alla stampa non periodica, che riconosce la responsabilità colposa dell'editore che "omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati"[60].

Contraria a tale lettura, la posizione espressa dal giudice di legittimità che ha negato l'assimilabilità alla stampa dei *social network*, e nello specifico di Facebook, sulla base dell'assunto per cui la loro attività è distinta dalla veicolazione di informazione specializzata[61]. Come specificato dalle Sezioni Unite penali n. 31022/2015, l'esclusione dell'estensione della disciplina sulla stampa alle piattaforme virtuali di *social networking* non dipende dal dato letterale della normativa, che sicuramente deve superarsi in favore di un'interpretazione evolutiva, quanto piuttosto dalla necessità di distinguere "l'area dell'informazione

[59] M. R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei social network provider, per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, 2017, n. 1-2, pag. 71. Nello stesso senso cfr. G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, 2017, n. 1-2, pp. 203-236.

[60] Articolo 57 codice penale.

[61] Sezioni Unite penali, 29 gennaio 2015, n. 31022, pr. 18.

di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo". Facebook svolgerebbe, pertanto, un'attività "di rete sociale"[62], strumentale alla libertà di manifestazione del pensiero *ex* articolo 21 della Costituzione e distinta dalla funzione svolta dalla stampa[63]. Seguendo tale impostazione, la giurisprudenza ha altresì precisato che il citato *social network* costituisce uno spazio pubblico e virtuale di interazione sociale[64] che non può, dunque, considerarsi come un ambiente privato. Conseguentemente, le condotte illecite poste in essere attraverso Facebook esprimerebbero un'offesa ancor più incisiva, in quanto capaci di coinvolgere un numero indeterminato di persone; nel caso della fattispecie dei reati di opinione, i *social network* consentirebbero, quindi, di "raggiungere una vasta platea di soggetti, ampliando – e aggravando - in tal modo la capacità diffusiva del messaggio lesivo"[65]. Tuttavia, accettando che il rapporto tra i *social network* e gli utenti non sia assimilabile a quello tra due soggetti privati, dovrà tenersi in conto il rischio di produrre "uno snaturamento" dello status giuridico delle *internet platforms* "alle quali viene imposta l'osservanza di principi e obblighi che tradizionalmente il nostro ordinamento non riserva a soggetti privati, con ricadute in termini di tutela di altri valori e interessi costituzionalmente rilevanti"[66].

Nonostante le indicazioni espresse dalla giurisprudenza di legittimità, rimangono numerosi i profili di indeterminatezza circa la portata delle azioni che potrebbero essere intraprese dalle piattaforme di *social networking*. In primo luogo, se l'obbligo di attivazione sorge nel momento in cui vi sia una richiesta da parte del soggetto leso di rimuovere un dato contenuto, rimane ancora da verificare quale sia il ruolo e la responsabilità degli *hosting providers* in assenza di un soggetto direttamente interessato alla loro rimozione. Si pensi ai casi oggetto delle ordinanze

[62] Pr. 18.3, sent. n. 31022/2015.

[63] Pr. 18.5, sent. n. 31022/2015. In base a tale conclusione si stabilisce che la non saranno applicabili a Facebook le garanzie costituzionali previste per la tutela della libertà di stampa.

[64] Cassazione Penale, Sez. I, num. 24431, 2015.

[65] Cassazione Penale, Sez. I, num. 50, 2017. Nello stesso senso sent. Corte EDU (GC), *Delfi AS c. Estonia*, ricorso n. 64569/09, sentenza del 16 giugno 2015, secondo cui il dovere di attivazione degli *Internet Service Providers* è ancora più stringente nel caso in cui i contenuti illeciti si sostanzino in messaggi discriminatori di incitamento all'odio. Per una lettura critica del caso Delfi si veda R. NIGRO, *La responsabilità degli Internet service providers e la Convenzione europea dei diritti umani: il caso Delfi AS*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, pp. 681-689.

[66] P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?: note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 2/2020, pag. 441.

interessate: i commenti pubblicati sui profili oscurati hanno una portata generica e manca una vittima individualmente identificata. Inoltre, un interrogativo fondamentale per la tematica di cui si discorre è il seguente: che tipo di valutazioni possono essere effettuate dall'intermediario? tale elemento continua ad essere rimesso alla discrezionalità del Giudicante: nel caso che ha coinvolto Forza Nuova il giudice cautelare sembrerebbe, infatti, legittimare l'esercizio da parte di Facebook di pratiche che si sostanziano nella valutazione, ed eventuale sanzione, non solo dei singoli contenuti pubblicati dagli utenti ma dello stesso carattere democratico del programma e dei fini del soggetto politico interessato. Speculare è la conclusione cui si perviene nel giudizio su CasaPound: in tal caso si esclude che il *social network* in questione possa spingersi sino a qualificare l'organizzazione politica coinvolta come contraria alla Costituzione, "valutazione di merito che (gli) è senz'altro preclusa"[67].

4. Spunti di riflessione conclusivi

Le due ordinanze esaminate hanno consentito di individuare una questione di speciale attualità che, come sottolineato, risulta ancora ad uno stadio embrionario di sviluppo. Posto che è stato riconosciuto in capo alle piattaforme di *social networking* un dovere di intervento volto alla rimozione dei contenuti qualificabili come casi di *hate speech*, non è ancora chiaro fino a che punto possa estendersi la valutazione di tali messaggi. Le vicende giudiziarie oggetto di analisi, inoltre, evidenziano un ulteriore profilo della tematica in quanto nella specifica ipotesi in cui destinatario delle misure sanzionatorie sia un partito politico, l'ampiezza del giudizio rimesso a Facebook- e ad ogni altro *social network*- può generare il rischio che tale intermediario si ritrovi "auto-insignito di una funzione di garanzia costituzionale"[68]. L'analisi della giurisprudenza richiamata ha consentito di individuare alcuni elementi di fondo sulla natura dell'attività svolta dalle piattaforme come Facebook, che continua ad essere ricondotta ad un ambito privatistico[69]. Tuttavia, appare evidente la necessità di integrare tale lettura con delle considerazioni specifiche per l'ipotesi in cui l'utente che genera e diffonde contenuti attraverso tali canali di discussione sia un partito politico.

[67] Ordinanza Tribunale di Roma, sez. Impresa, R.G. 59264/2019, pag. 5.

[68] Si veda sul punto A. VENANZONI, *Pluralismo politico e valore di spazio di dibattito pubblico della piattaforma social Facebook: la vicenda CasaPound (Tribunale Civile di Roma, sezione specializzata in materia d'Impresa, ord. 12 dicembre 2019)*, in *Diritto di Internet,* 12 dicembre 2019, pag. 2.

[69] Circa la natura privatistica della comunicazione svolta attraverso le piattaforme di social networking si veda P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws, Rivista di Diritto dei Media*, n. 1/2020.

Continuare a rimettere la questione della sindacabilità dei contenuti antidemocratici all'applicazione delle determinazioni contrattuali predisposte dai *social network* non arresterà la tendenza già rilevata in dottrina alla crescente "privatizzazione della censura, che si esplica tramite l'esternalizzazione delle funzioni di garanzia e di controllo dallo Stato a colossi privati"[70]. Un passo in avanti verso tale direzione è stato, infatti, già compiuto con l'istituzione dell'*Independent Oversight Board* di Facebook. Trattasi di un organismo collegiale[71], articolato secondo una struttura che ricorda quella di un'autorità giudiziaria[72], incaricato di svolgere una serie di attività[73] connesse all'esame dei contenuti pubblicati dagli utenti, utilizzando quale parametro di valutazione gli *standard* della *community*. L'*Independent Oversight Board* si occuperà fra l'altro di ricevere i reclami degli utenti che contestino l'applicazione di misure sanzionatorie da parte di Facebook, ovvero, su istanza di quest'ultimo, si pronuncerà nei casi in cui sia necessaria una sua decisione "urgente" in ragione delle possibili conseguenze dannose discendenti dalla pubblicazione di un determinato contenuto[74]. L'intervento volto a istituire "una sorta di giurisdizione parallela"[75] non appare supportato da idonee garanzie di indipendenza, né risulta chiaro come si articolerà il dialogo con le autorità giudiziarie statali.

Risolutiva potrebbe essere, dunque, l'adozione di una normativa- quadro nazionale che eviterebbe il ricorso allo schema analogico che, oltre ad incontrare i limiti già riscontrati dalla giurisprudenza di legittimità richiamata, rischia di ritardare ulteriormente la trattazione di una materia che ormai, per contenuti ed estensione, gode di una propria autonomia. Non mancano, infatti, a livello comparato gli esempi di interventi statali che disciplinano in maniera organica

---

[70] P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI…op.cit.*, pag. 434.

[71] L'*Indipendent Oversight Board,* attivo dall'inizio del 2020, ha lavorato in un primo momento in composizione ridotta, con appena 11 membri in organico. Attualmente si compone di 40 membri, selezionati dall'azienda ma retribuiti da un trust.

[72] Cfr. P. BIANCHI, *Pieszczek e l'Indipendent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020, pag. 6, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICEliber.html.

[73] Sul punto si veda la Charter che ne disciplina l'organizzazione, consultabile al seguente link: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf.

[74] A tal proposito è stato sottolineato come tale procedura di urgenza possa essere attivata proprio per le vicende nelle quali sia coinvolto un soggetto politico, aventi ad oggetto la pubblicazione di contenuti discriminanti; cfr. P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi*, num. 11/2020, pag. 279.

[75] P. BIANCHI, *op. cit*., pag. 6.

l'obbligo dei *social network* di provvedere alla rimozione di contenuti illegali[76]. In tale direzione si muovono le proposte di legge presentate durante l'attuale legislatura, finalizzate ad apprestare una normativa più compiuta alle condotte di *hate speech* commesse a mezzo delle piattaforme di *social networking*. Tra le iniziative legislative in materia, quella presentata dall'on. Boldrini, recante "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto dell'istigazione all'odio e alla discriminazione (*hate speech*)"[77], prevede un duplice intervento: da una parte, si propone l'integrazione delle fattispecie previste dagli articoli 604 *bis* e *ter* del codice penale con le condotte commesse attraverso "la rete internet, i social network o altre piattaforme telematiche"[78]; dall'altra, si interviene anche attraverso la previsione di misure di sorveglianza generalizzata, disponendo che "chiunque venga a conoscenza di contenuti finalizzati a diffondere, propagandare o fomentare l'odio, la discriminazione e la violenza può segnalarli all'autorità giudiziaria, all'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, ai Centri territoriali antidiscriminazione o agli enti attivi nel contrasto alle discriminazioni"[79]. Allo stesso tempo, in capo ai gestori delle piattaforme digitali viene posto un obbligo di "immediata segnalazione in presenza di contenuti illeciti" a fronte del quale è prevista, in caso di inerzia, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria"[80]. In tal modo si introdurrebbe una forma di responsabilità giuridica solidale degli *Internet providers*.

---

[76] Tra i Paesi che sono intervenuti in materia, la Germania con la *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, n. 536/17, 30 giugno 2017 ha dettato una stringente disciplina degli obblighi previsti per gli intermediari informatici, riconoscendo per tali soggetti l'operatività di una responsabilità giuridica per il caso di omesso controllo sui contenuti illeciti pubblicati dagli utenti.

[77] Atto Senato n. 634, consultabile alla pagina web http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/50155.htm. Ad oggi il disegno di legge, assegnato il 1 agosto 2018 alle commissioni riunite 1ª (Affari Costituzionali) e 2ª (Giustizia) in sede redigente, non è ancora stato sottoposto all'esame del Senato.

[78] Art. 2 d.d.l. n. 634.

[79] Art. 3, comma 1.

[80] Art. 3, comma 2. Gli strumenti proposti dal progetto di legge in esame si pongono in linea con quanto proposto nel rapporto finale della Commissione parlamentare "sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio" istituita il 10 maggio 2016, successivamente intitolata alla memoria della deputata britannica Jo Cox, che sottolinea la necessità che si riconosca una responsabilità giuridica solidale delle piattaforme di *social networking* per i contenuti inquadrabili come *hate speech* alla luce della stretta e comprovata relazione tra "parole" e "crimini" d'odio, sintetizzata nella figura di una "piramide d'odio"; cfr. Relazione finale, approvata il 6 luglio 2017 e consultabile sul sito della camera dei Deputati al seguente link https://www.camera.it/leg17/1313.

Più recente è la presentazione del progetto di legge "Misure per il contrasto del fenomeno dell'istigazione all'odio sul web"[81], dal quale traspare l'influenza esercitata dal legislatore tedesco[82]. Il testo in questione prevede la novella del codice penale attraverso l'introduzione del delitto di" istigazione all'odio sul web"[83] che permetterebbe di configurare una fattispecie penale autonoma per quelle condotte che, essendo poste in essere attraverso la Rete, possiedono una capacità lesiva più estesa, sia in ragione dell'ampia diffusione dei contenuti di incitazione all'odio tra una platea indistinta di destinatari, sia per la loro capacità di permanenza e conseguente reperibilità. Inoltre, nell'ipotesi in cui il gestore di un sito internet riceva la segnalazione di un contenuto illecito il suddetto disegno di legge prevede a suo carico un obbligo di attivazione che comporterà una prima valutazione in merito alla illiceità del contenuto stesso; in caso di esito positivo il gestore dovrà attivarsi entro dodici ore per avvisare la polizia postale[84]. Spetterà ad un organismo indipendente confermare o meno il giudizio sul contenuto segnalato. Anche in questa proposta, inoltre, si prevedono sanzioni amministrative a carico dei gestori delle piattaforme *on line* in caso di inerzia. La previsione dell'istituzione e del conseguente intervento di un organismo imparziale si pone in linea con quanto già auspicato in dottrina da Pitruzzella che propone di introdurre "istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana"[85].

Infine, le considerazioni cui si è giunti assumono una rilevanza maggiore allorquando sia coinvolto un partito o un'organizzazione politica. In una prospettiva *de iure condendo*, tale *status* dovrebbe assumere una propria

[81] Atto Senato n. 1455. Il disegno di legge risulta assegnato alle commissioni riunite 1ª (Affari Costituzionali) e 2ª (Giustizia) in sede redigente il 18 novembre 2019.

[82] Tra gli obblighi previsti a carico dei soggetti individuati dalla normativa con l'etichetta "gestori informatici" ricorre quello di provvedere alla pubblicazione di un resoconto- sulla scorta del report previsto della legge tedesca n. 536/17 (si veda nota 77)- che indichi le misure adottate per prevenire la diffusione dei contenuti illeciti, il numero delle segnalazioni ricevute e quelle che hanno determinato la rimozione o il blocco del contenuto illecito, nonché il lasso di tempo intercorso tra la segnalazione e l'intervento del gestore.

[83] L'articolo 4 del disegno di legge prevede l'introduzione di una nuova fattispecie penale all'articolo 604-quater del codice penale.

[84] Contestualmente si prevede che il gestore della piattaforma internet possa, nel caso in cui dalla verifica effettuata risulti che il contenuto della segnalazione sia illecito, rimuoverlo o bloccarlo (art. 5.4 Atto Senato n. 1455).

[85] G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws, Rivista di Diritto dei Media*, n. 1/2018, pag. 26.

autonomia[86], sia in ragione dell'offensività delle condotte discriminatorie poste in essere dai soggetti politici, sia, specularmente, degli effetti limitativi che le azioni sanzionatorie adottate dai *social network* producono sulla libertà di propaganda politica[87]. Rispetto al primo profilo, la condivisione di contenuti discriminatori ad opera di un partito politico attraverso una piattaforma digitale possiede una maggiore portata lesiva in ragione dell'amplificazione della diffusione di tale messaggio generata da una molteplicità di fattori: l'elevato numero di utenti che interagiscono con le pagine istituzionali create e gestite dai partiti politici; la possibilità di condivisione illimitata del contenuto discriminatorio da parte di tali utenti; l'assenza di un momento propriamente deliberativo della discussione politica[88]. Inoltre, si condivide l'allarme lanciato a proposito di una "*normalization*

[86] La proposta di adottare un regime giuridico dei partiti politici che preveda forme di intervento giurisdizionale *ad hoc* in ragione dello *status* di tali soggetti è avanzata da più voci in dottrina; sul punto si veda N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Gruppo di Pisa, La Rivista*, fasc. num. 3, 2019, pag. 31, secondo cui è ormai evidente "l'ineludibile necessità di affidare al legislatore la individuazione di un punto di equilibrio tra autonomia partitica (art. 49 Cost.) ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). La ricerca di questo punto di equilibrio ripropone inevitabilmente il dibattito sull'attuazione della Costituzione e più specificatamente sull'approvazione di una legge per i partiti politici. In questa logica sembra necessaria la disciplina di un rito processuale speciale, quale elemento costitutivo indefettibile della stessa legge per i partiti". In tal senso si veda anche G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Rivista di Diritti Comparati*, num. 3, 2019; l'Autore mette in luce un cambio di tendenza verso la giustiziabilità di questioni attinenti all'organizzazione interna dei partiti politici, che per lungo tempo nel nostro ordinamento ha stentato ad affermarsi in ragione della loro collocazione nella categoria civilista delle associazioni non riconosciute.

[87] Non può negarsi che le considerazioni svolte presentino una certa connessione con l'annosa questione della introduzione dei limiti alla libertà politica a fronte della tutela dei valori fondanti dell'ordinamento democratico, che in alcuni ordinamenti hanno giustificato l'adozione di procedure di dissoluzione giudiziale dei partiti politici genericamente individuati come "antisistema". Le considerazioni svolte in quell'ambito hanno più volte evidenziato il rischio che tali strumenti di difesa finiscano "per spingere verso l'eversione gruppi almeno relativamente integrati dalle dinamiche parlamentari", come sostenuto in B. PEZZINI, *Attualità della resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (coord.), *I giuristi e la Resistenza: Una biografia intellettuale del Paese*, in *Scritti di Diritto Pubblico*, 2016, pag. 234.

[88] Avverte delle problematiche legate all'assenza della componente deliberativa nella politica cd. digitale M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013, pag. 120.

of fascist-like language and ideas"[89] generata dalla costante condivisione di contenuti razzisti e filofascisti attraverso i social network da parte di movimenti o partiti politici particolarmente attivi on-line, indipendentemente dalla loro limitata forza elettorale.

Circa, invece, l'incidenza dell'applicazione di misure limitative dell'uso dei canali di comunicazione digitali sulle libertà inerenti alla partecipazione politica, in assenza di un intervento del legislatore, tale materia continuerà a rimanere onere dell'autorità giudiziaria, a discapito, come visto, dell'uniformità del diritto applicabile a tale ambito[90].

[89] A. JR. GOLIA, R. BEHRING, *Private (Transnational) Power without Authority: Online fascist propaganda and political participation in CasaPound v. Facebook*, in *VerfBlog*, 2020/2/18, https://verfassungsblog.de/private-transnational-powerwithout-authority/, DOI: https://doi.org/10.17176/20200218-164225-0.

[90] In virtù del ruolo che i *social network* rivestono nel concreto esercizio della competizione politica, appare condivisibile la proposta di proceduralizzare l'applicazione delle misure sanzionatorie in modo da garantire ai partiti politici interessati un effettivo diritto di difesa; Cfr. P. ZICCHITTU, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in *MediaLaws, Rivista di Diritto dei Media*, Anticipazioni, 2020, pag. 14.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

A proposito del caso Bonafede: sull'esperienza della sfiducia individuale nel nostro sistema parlamentare

GIACOMO GALAZZO*

Parole chiave: governo; parlamento; ministro; sfiducia; coalizione

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
G. GALAZZO, *A proposito del caso Bonafede: sull'esperienza della sfiducia individuale nel nostro sistema parlamentare*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico e Cultore della materia di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia e Avvocato del Foro di Pavia. Indirizzo mail: giacomo.galazzo@gmail.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Le mozioni di sfiducia nei confronti del Ministro Bonafede, respinte dal Senato, offrono l'occasione di riflettere sull'istituto della sfiducia individuale, che gode ormai di piena cittadinanza nel nostro sistema parlamentare.

La prassi, riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale del 1996, ha nel tempo consentito di superare le perplessità che furono avanzate da Livio Paladin sull'ammissibilità di una simile iniziativa: successivamente al parere della Giunta per il Regolamento del Senato del 1984 e all'introduzione di una specifica disposizione nel Regolamento della Camera nel 1986 questa è stata intrapresa con una certa regolarità e da ultimo persino abitualmente. Tra il 1990 e la conclusione della XVII legislatura (dati OpenPolis) sono state avanzate 58 mozioni di sfiducia individuale, addirittura 26 delle quali sono concentrate nel mandato parlamentare che ha preceduto quello in corso. Una sola è stata approvata, nel 1995 a carico del Ministro Mancuso. L'istituto si è dunque sviluppato in uno spazio che il tessuto normativo costituzionale ha lasciato aperto, ma non ha avuto un significativo ritorno in termini di successo parlamentare.

Il confronto tra l'unico caso di approvazione di una mozione di sfiducia individuale e quello appena verificatosi al Senato offre l'occasione di un nuovo approfondimento, manifestando quello che pare un oggettivo punto problematico dell'istituto. Per quanto la disciplina sulla forma di governo sia stata certamente concepita come una trama aperta, infatti, sembra molto difficile ipotizzare che al successo di una simile iniziativa delle opposizioni possa non conseguire la fine dell'esperienza politica dell'intero esecutivo. Da ciò deriva logicamente un interrogativo sull'autonomia dell'istituto dalla mozione di sfiducia di cui all'art. 94 Cost. e sulla sua peculiare funzione nel nostro sistema parlamentare.

L'art. 94, comma 1, Cost. riferisce il rapporto di fiducia all'intero esecutivo. Al comma seguente, poi, è disposto che tale rapporto si instauri con l'approvazione di una mozione motivata, che esprime la validazione da parte della maggioranza parlamentare del programma di governo che il Presidente del Consiglio presenta ai sensi dell'art. 94, comma 3, Cost. Precondizione del successo di questo passaggio in un sistema multipartitico è la stipulazione di un accordo di coalizione tra forze parlamentari diverse, che si riflette sia nella composizione dell'esecutivo, sia sulle scelte programmatiche di cui esso sceglie di farsi portatore. Nella fase che precede l'instaurazione del rapporto fiduciario si assiste dunque ad un complesso processo nel quale le particolari istanze che i partiti politici della coalizione ritengono di rappresentare si compongono in un assetto unitario. È in questo senso che sembra spiegarsi il mandato che l'art. 95 Cost. assegna al Presidente del Consiglio a mantenere l'unità dell'indirizzo politico: egli è chiamato a coordinare l'attività dei Ministri affinché l'unione che si è consolidata con l'espressione della fiducia parlamentare non si disgreghi in seguito. Tale dinamica può essere particolarmente evidente nel caso di coalizioni post-elettorali che sono costruite con un evidente sforzo di avvicinamento di istanze programmatiche in partenza anche molto

lontane, tanto che nella prassi più recente si è assistito al singolare utilizzo di categorie del diritto privato (il "contratto di governo") al fine di rappresentare la necessità che ne sia garantita la coesione. Ancora, la stessa lettura sistematica degli artt. 92 e 94 Cost. suggerisce l'idea che il Presidente della Repubblica eserciti i suoi poteri di nomina solo e soltanto allorquando verifichi l'esistenza di un accordo programmatico tra le forze politiche espressive dei gruppi parlamentari che possa credibilmente reggere alla prova della votazione fiduciaria: a questo accertamento, in effetti, sembra specificamente preordinata l'effettuazione delle consultazioni, siano esse post-elettorali o conseguenti a una crisi in corso di legislatura.

È alla luce di queste considerazioni che può forse essere riletta la vicenda che nel 1995 vide il Senato approvare la mozione di sfiducia al Ministro Mancuso, esercizio dal quale è possibile ricavare indicazioni che ancora oggi sono utili per la lettura dell'istituto in commento. È necessario, a questo proposito, rammentare quanto la Corte costituzionale statuì nel giudizio per conflitto di attribuzioni che il Ministro promosse a seguito di quella vicenda: «*Il vizio di fondo che inficia il ragionamento del ricorrente sta non certo nella convinzione che l'attività di governo debba ispirarsi al criterio della collegialità, quale mezzo necessario per assicurarne l'unitarietà dell'indirizzo, quanto piuttosto nella tesi che il principio della collegialità debba astringere tutti i componenti del Governo ad una comune sorte nella simultanea permanenza in carica ovvero nella cessazione dalla medesima, senza considerare che la collegialità stessa è metodo dell'azione dell'esecutivo che può essere infranto proprio dal comportamento dissonante del singolo, e che il recupero dell'unitarietà di indirizzo può essere favorito proprio dal ricorso, quando una delle Camere lo ritenga opportuno, all'istituto della sfiducia individuale*».

Da questo importante passaggio della sentenza n. 7/1996 della Consulta risalta con evidenza l'assoluta peculiarità di quella situazione: la mozione di sfiducia al Ministro Mancuso, infatti, provenne dalla maggioranza. Il testo della mozione mirava a denunciare «*l'insanabile contrasto tra lo stesso Ministro e il Presidente del Consiglio*», «*constatato il rifiuto del Ministro di dare le dimissioni dalla carica, nonostante il contrasto con il Presidente del Consiglio*» e «*visto l'art. 94 della Costituzione*». La mozione di sfiducia individuale, dunque, venne utilizzata non come strumento per mettere in discussione l'unità dell'indirizzo politico dell'esecutivo, ma come estremo espediente per ricostituirlo a fronte di una azione divergente del Ministro della Giustizia: a questo sembra preordinato, in particolare, l'esplicito riferimento del testo all'art. 94 Cost.. In questa ottica, dunque, pare che la mozione di sfiducia individuale sia stata utilizzata come una sorta di contrappeso di ultima istanza alla ben nota problematica dell'assenza, nel testo costituzionale, di un esplicito potere di revoca dei Ministri in capo al Presidente del Consiglio. Indicativo, a questo proposito, è l'atteggiamento che il Governo manifestò nella seduta del 19 ottobre 1995 nella quale fu discussa la mozione (Senato della Repubblica, XII legislatura, seduta antimeridiana del 19

ottobre 1995, resoconto stenografico consultabile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica, al seguente link: http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/140678.pdf). In quella occasione, infatti, il Ministro per le Riforme istituzionali Motzo intervenne a nome del Governo per sottolineare che «*la specificità delle competenze del Ministro in area ispettiva e disciplinare non fa venir meno né il principio di unità d'indirizzo politico del Governo, che spetta al Presidente del Consiglio mantenere (...)*», contestò al collega la violazione dell'obbligo di concordare le sue dichiarazioni con il Presidente del Consiglio di cui all'art. 5 della legge n. 400/1988 e rifiutò di "soccorrerlo", rimettendosi al voto dell'Aula.

In alcun modo il caso Mancuso sembra comparabile con i più recenti impieghi della sfiducia individuale. Utilizzando come campo di osservazione l'episodio più recente, dalla lettura delle mozioni presentate avverso l'operato del Ministro Bonafede può notarsi che l'istituto viene adoperato in senso completamente diverso ed anzi opposto: le mozioni svolgono una radicale critica dell'operato del Ministro che proviene non dall'interno del rapporto fiduciario, ma dall'esterno di quella relazione e ad opera dei suoi oppositori. Essi non mirano a ricostituire un'unità politica bensì, legittimamente, a colpirla. I testi sono al proposito inequivocabili: nella prima mozione si sostiene che il Ministro «*si è il Ministro si è rivelato altresì inadempiente sugli impegni di riforma assunti*» (Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Atto n. 1-00235, Sen. Bonino e altri, consultabile sul sito istituzionale del Senato al seguente link: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1152601); nell'altra il Ministro viene criticato per una vicenda generata da alcuni provvedimenti della magistratura di sorveglianza (Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Atto n. 1-00230, Sen. Romeo e altri, consultabile sul sito istituzionale del Senato al seguente link: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1151565), che peraltro l'esecutivo aveva ritenuto di regolare pochi giorni prima della discussione delle mozioni con un decreto legge (il numero 29/2020) redatto alla doppia firma del Ministro e del Presidente del Consiglio dei Ministri. Non si vede, nemmeno in via logica, come tali considerazioni possano riguardare la posizione singolare del Ministro interessato e non ripercuotersi sulla politica generale del Governo che ai sensi dell'art. 95 Cost. e dell'art. 2, comma 1, legge n. 400/1988 è determinata dall'intero Consiglio dei Ministri e che dunque è pienamente partecipata da tutte le forze politiche che compongono la maggioranza. In nessun modo le politiche di un singolo Ministero possono ritenersi "altre" dalla politica generale del Governo: esse stanno piuttosto nel rapporto di una parte con il tutto. L'approvazione di un atto di censura che ad esse perviene dalle forze di opposizione non potrebbe dunque che significare la dissociazione di parte dei componenti della maggioranza dall'indirizzo fino a quel momento

perseguito, con la conseguente rottura dell'accordo politico che regge l'esecutivo. Diversamente opinando bisognerebbe accedere a una ricostruzione della nostra forma di governo nel senso di quello che è stato autorevolmente definito come "ministerialismo", lettura per la quale l'indirizzo politico del governo sarebbe suscettibile di una organizzazione parcellizzata per singoli Ministeri. Ciò parrebbe in aperta contraddizione con la ragione ispiratrice, opposta, della legge n. 400/1988.

La mozione di sfiducia individuale, dunque, sembra poter mantenere una sua autonomia concettuale solo quale strumento emergenziale, per così dire di ultima istanza, di manutenzione della tenuta dell'indirizzo di governo dal suo interno. Sul punto appare in effetti condivisibile l'opinione, avanzata in dottrina proprio a margine del caso Bonafede, per la quale ben più adeguata allo scopo sarebbe l'introduzione di un espresso potere in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri di proporre al Presidente della Repubblica la revoca del Ministro dissenziente, in parallelo al potere di proporne la nomina e previa la necessaria concertazione con le forze politiche della coalizione di governo. Se utilizzato dall'esterno del circuito fiduciario, invece, l'istituto risulta invece del tutto sovrapponibile alla mozione di sfiducia di cui all'art. 94 Cost., della quale forse non a caso ha condiviso la scarsa fortuna. A testimonianza dell'attualità e della vitalità del dibattito va però considerata una diversa opinione, per la quale la sfiducia individuale può invece costituire un utile strumento per le opposizioni, volto non tanto ad ottenere il risultato della caduta del Governo quanto ad incunearsi nelle frizioni interne alla maggioranza, rivolgendo ad essa una pressione mediatica capace in ipotesi di indurre l'esecutivo a modificare alcune linee di azione e così di permettere alle minoranze di portare un rilevante contributo allo svolgimento delle politiche pubbliche.

INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE

L. PALADIN, voce *Governo Italiano*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XIX, Milano 1970, 675 ss.

S. TRAVERSA, *Mozione di sfiducia ad un singolo Ministro*, in *Bollettino d'informazioni costituzionali e parlamentari*, 1990, n. 1, 111 ss., online su www.camera.it.

D. D'OTTAVIO, *Gli effetti della mozione di sfiducia individuale*, in *Il Parlamento della Repubblica : organi, procedure, apparati / Camera dei deputati. - Roma: Camera dei deputati. Ufficio pubblicazioni e informazione parlamentare*, 1998, 631 ss., online su www.camera.it-

L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo. Relazione al Convegno su "Lo Stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea", organizzato*

dall'Accademia Nazionale dei Lincei e svolto a Roma il 14 e 15 luglio 2003, online su www.astrid-online.it.
A. AMBROSI, *Art. 94*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 848 ss.
A. AMBROSI, *Art. 95*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 863 ss.
A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008, 9 ss.
M. SICLARI, *La sfiducia individuale negli scritti di Giustino D'Orazio*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2017, 226 ss.
G. M. SALERNO, *Il conferimento dell'incarico tra regolarità, regole e principi costituzionali*, 14 febbraio 2019, online su www.federalismi.it.
M. C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli assetti delle forme di governo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, online su www.rivistaaic.it.
S. CECCANTI, *Perché sostituire la mozione di sfiducia individuale col potere di proporre la revoca. A proposito del caso Bonafede / 1*, 21 maggio 2020, online su www.rivistailmulino.it.
N. LUPO, *L'utilità delle mozioni di sfiducia al singolo Ministro. A proposito del caso Bonafede / 2*, 22 maggio 2020, online su www.rivistailmulino.it.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Francesco Biagi, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 1-254[*]

Indice disponibile
all'indirizzo: https://www.cambridge.org/core/books/european-constitutional-courts-and-transitions-to-democracy/9B11FC0F7F7F239741FF517C07EEF71B#fndtn-information

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
Recensione a Francesco Biagi, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 1-254, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Ricercatore t.d. in Diritto Pubblico Comparato nell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: francesco.biagi4@unibo.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Transitions to democracy on the one hand, and constitutional justice, on the other, are topics that, each in its specific domain, have been the subject of numerous in-depth studies. This book brings together these two fields of research by examining the role of constitutional justice – and more specifically of constitutional courts – in the processes of democratic transition that took place in Europe in the twentieth century. In particular, the volume focuses on three countries: Italy, Spain and the Czech Republic. These countries provide extremely interesting case studies since their constitutional courts belong to the *three generations of European constitutional courts*, whose creation is inextricably linked to the three waves of democratic transition that took place in Europe in the twentieth century. The first generation consists of the German and Italian Constitutional Courts, set up in the 1950s following the defeat of the Nazi and Fascist regimes; the second generation, consisting of the Spanish and Portuguese Courts, came into existence after the fall of the authoritarian regimes of Franco and Salazar in the 1970s; finally, the third generation consists of the constitutional courts of the Central and Eastern European countries, that were established after the collapse of the Communist regime. Therefore, unlike other comparative studies that have focused on just one generation of constitutional courts (such as the one consisting of the courts of Central and Eastern Europe), this study carries out a *diachronic* comparison, providing an analysis of the role of these courts in three distinct historical phases. The main aim of this book is to examine whether and how the constitutional courts of these three generations managed to ensure through their judgments an initial full implementation of the constitutional provisions, thus contributing – together with other actors and factors – to the positive outcome of the democratization processes. In other words, the intention is to better understand, from the perspective of constitutional courts, the relationship between transitions to democracy and constitutionalism.

Chapter One sets the stage for the subsequent chapters by defining and discussing some key terms and situating the thesis of the book within the existing academic literature. It begins by putting forward a critique of one of the most established notions (especially among constitutional law scholars) of democratic transition, a notion mainly based on formal elements (the approval of the constitution), while arguing in favour of the concept of *substantive* transition, which encompasses elements of "law in action". Indeed, the analysis of transitions in Europe has highlighted the fact that the entry into force of a new democratic constitution, while representing the most significant element of change and discontinuity between the old and the new legal order, is not in itself sufficient to determine the effective transformation from an authoritarian to a democratic system. Thus, rather than a *formal* transition, it seems necessary to opt for a *substantive* interpretation of transition, which refers to the period in which the fundamental principles

characterizing the new system are actually enforced. According to this interpretation, the conclusion of the constituent process strictly speaking does not mark the end of the transition (and the beginning of the consolidation), but, on the contrary, marks the beginning of the *second phase of the transition*, in which the principles laid down in the constitution are effectively implemented. The outcome of the transition largely depends on this second phase, also in light of the role played by the constitutional courts.

The second part of this chapter provides a brief overview of the origins of constitutional justice in Europe, from the *Staatsgerichtsbarkeit* to the setting up of the first constitutional courts in Czechoslovakia, Austria and Spain. The analysis then turns to the reasons leading the European constitutional framers – in the period after the Second World War – to set up constitutional courts, highlighting the fact that the establishment of these bodies is closely linked to the processes of transition to democracy.

Chapter Two analyses the role played by the Italian Constitutional Court. This Court belongs to the first generation of constitutional courts, and as a result its configuration and role at the time when it was established were largely experimental, if not a leap in the dark. The constitutional judges, especially during the initial phase (from 1956 until the end of the 1960s) focused on the elimination of the Fascist legislation that continued to severely constrain civil, political, religious and social liberties. In this way the Court made a break with the past, as it contributed to putting an end to the continuity between Fascism and post-Fascism, at least from a legislative point of view. Indeed, with the striking down of Fascist legislation and the upholding of constitutional rights and freedoms the country experienced a transition from an "uncertain" democracy (that was the case in Italy in 1956) to a "mature" democracy. The role of the *Corte costituzionale* also needs to be assessed in light of the fact that in most cases it was required to take decisions in conflict with the prevailing conservative stance of the government, the parliamentary majority, and the superior courts. The difficult context in which it was operating helps to explain its excessively cautious orientation in certain rulings (for example in the field of public order).

Chapter Three deals with the Spanish Constitutional Court. In this second generation of constitutional courts there are fewer unknown factors and more instances of courts in other countries to draw inspiration from, including the Italian Constitutional Court. All this contributed to the establishment and consolidation of constitutional justice. In the period from 1980 to the early 1990s, the Spanish Court dealt with four main issues, concerning the normative value of the constitutional provisions, the pre-constitutional legislation, fundamental rights

and the territorial organization of the State. From the very beginning the *Tribunal constitucional* upheld the normative value of all the provisions of the 1978 Constitution, and played an important role in determining whether the pre-constitutional laws were in conflict with the provisions of the Constitution laying down fundamental rights and freedoms. Moreover, it succeeded in setting up an effective system of protection of fundamental rights, as well as ensuring a rational functioning of the State of Autonomies. The territorial question represented one of the most complex issues to be addressed, and the outcome of the transition to democracy was largely dependent on this matter. The Spanish case thus highlights how the transition from an authoritarian regime to a democratic form of government may also require a new territorial distribution of powers: in fact, from a highly centralized State under Francisco Franco, Spain became a strongly decentralized country, a *State of Autonomies*.

Chapter Four examines the role of the Constitutional Court of the Czech Republic, which in the first decade of its operation (from 1993 to the beginning of the new millennium) dealt mainly with the protection of fundamental rights, as well as with cases concerning transitional justice. With reference to this matter, the Court was called on to rule on particularly divisive issues concerning the country's past, such as the law on the illegitimacy of the Communist regime, the laws on the restitution of property, as well as the "lustration laws," which were aimed at preventing individuals involved with the Communist regime, or considered to be in favour of a return to Communism, from occupying higher positions in the State apparatus for a certain period of time. Compared to the previous generations, a distinguishing feature of this third generation of courts is the interplay between the democratic transition, constitutional justice, and accession to the Council of Europe and the European Union.

Chapter Five brings things together with an analysis of the key lessons drawn from the discussion in the preceding chapters. In particular, it makes a comparison among the three generations of courts *by topic*, rather than country by country. The decision to make a comparison of this kind only in the last part of the book is due to the fact that it appeared necessary (in each of the preceding chapters) to show how the historical, political, institutional and social context differed profoundly from country to country, above all considering that the transitions under examination are embedded in three markedly different historical periods. This last chapter carries out an analysis of the various types of intervention of the constitutional judges, the reasons for the success of the centralized system of constitutional review, as well as the various factors influencing the activity of the courts. The analysis of the three generations shows that thanks to the actions carried out during the transition processes, the constitutional courts have managed

to achieve full legitimation in their respective constitutional systems and within the dynamics of their respective forms of government. Although their action was not immune to criticism, the constitutional courts emerged as key players of the substantive transitions, reducing the high degree of uncertainty which characterizes the outcome of every transition process, and heading off the risk of ending up in a situation of constitutions without constitutionalism.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Illegittimità dei meccanismi di estinzione fittizia di debito con debito: la sterilizzazione delle anticipazioni di liquidità come meccanismo costituzionalmente necessario*

FLAVIO GUELLA**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 4 del 28 gennaio 2020.
Disponibile all'indirizzo: http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0004s-20.html

Sommario

1. L'incostituzionalità di un'interpretazione autentica che consente di migliorare fittiziamente il risultato di amministrazione. – 2. L'anticipazione di liquidità nel quadro del regime di divieto per gli enti territoriali di procedere ad indebitamento per spese correnti. – 3. La difesa dell'utilizzazione peculiare delle anticipazioni di liquidità in quanto operazioni funzionali al supporto delle amministrazioni deficitarie. – 4. La difesa dell'utilizzazione peculiare delle anticipazioni di liquidità da parte degli enti locali in forza di pretese differenze rispetto alla disciplina dedicata alle Regioni. – 5. La decisione della Corte costituzionale nel senso della illegittimità, non solo per violazione della c.d. regola aurea ma anche per lesione dell'equilibrio di bilancio. – 6. Il carattere dinamico della gestione del bilancio e le conseguenze sulla portata retroattiva, ma modulata, della sentenza di accoglimento.

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione

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*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in *Le Regioni*

** Ricercatore t.d. in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Trento. Indirizzo mail: flavio.guella@unitn.it.

1. L'incostituzionalità di un'interpretazione autentica che consente di migliorare fittiziamente il risultato di amministrazione

Con la sentenza n. 4 del 28 gennaio 2020 la Corte costituzionale ha deciso per l'accoglimento in una questione di legittimità sollevata mediante giudizio in via incidentale dalla Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione[1]. Le Sezioni Riunite erano state investite di un ricorso del Comune di Napoli contro una delibera della Sezione regionale di controllo della Campania la quale – a fronte di un testo di cui in prima battuta era sembrata possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata[2] – aveva accertato il difetto di copertura di alcune partite di spesa, assumendo misure interdittive[3]. La decisione della Sezione regionale[4] aveva infatti riscontrato la presenza di un rilevante disavanzo di bilancio; disavanzo non emerso grazie alla scorretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità nelle scritture dell'ente[5].

La questione di legittimità costituzionale verteva quindi su disposizioni – l'art. 2, co. 6, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78 e, di interpretazione autentica della disposizione di base in materia, l'art. 1, co.814, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione 2018) – riguardanti le anticipazioni di liquidità, ovvero di quelle anticipazioni agli enti territoriali operate mediante apposito fondo e finalizzate ad assicurare la liquidità necessaria per i pagamenti di debiti certi, liquidi ed esigibili, in modo da evitare i ritardi nell'adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni. La problematicità di tali norme risiedeva nel fatto che con le stesse il legislatore aveva permesso l'utilizzo della quota accantonata nel risultato di amministrazione, a seguito dell'acquisizione delle erogazioni (ai fini

[1] Cfr. l'ordinanza n. 5/2019 delle Sezioni Riunite, ai sensi dell'art. 11, co. 6, lett. e), del Codice di Giustizia contabile. La sentenza annotata ribadisce anche la distinzione tra le funzioni della Sezione delle Autonomie (uniformazione dell'attività consultiva quando nelle Sezioni regionali di controllo si crea un contrasto sulle modalità applicative delle tecniche contabili) e delle Sezioni riunite in speciale composizione (sindacato giurisdizionale sui controlli di legittimità-regolarità che le Sezioni regionali della Corte dei conti esercitano sugli enti territoriali, esplicato con giurisdizione di merito in unico grado e in via esclusiva).

[2] Cfr. Sezione regionale di controllo della Campania, delibera n. 107 del 10 settembre 2018.

[3] La Sezione regionale dichiarava contestualmente il blocco della spesa non obbligatoria del Comune di Napoli. Con la sentenza n. 5/2019 le Sezioni riunite accoglievano la richiesta cautelare di sospensione degli effetti del blocco della spesa.

[4] Resa *ex* art. 148-*bis* TUEL.

[5] Per un primo commento cfr. M. VALERO, *Il* suum cuique tribuere *("a ciascuno il suo") nelle relazioni tra Stato ed autonomie*, in *Diritto & conti – Bilancio, comunità, persona*, 2020, febbraio.

dell'accantonamento al fondo crediti di dubbia esigibilità nel risultato di amministrazione). In sostanza, quella contestata era una norma che permetteva di migliorare il risultato di amministrazione di quegli enti che in passato avevano utilizzato le anticipazioni: miglioramento che era reso possibile grazie all'artifizio contabile dell'assorbimento del fondo delle anticipazioni di liquidità – che avrebbe invece dovuto rimanere in evidenza, in quanto necessario per riequilibrare l'effetto di espansione della spesa provocato dall'anticipazione – in misura corrispondente al fondo crediti di dubbia esigibilità.

Le questioni di costituzionalità sono state accolte dalla Consulta a fronte di un'interpretazione autentica che cristallizzava, di tali norme, proprio quella soluzione ermeneutica che permette l'utilizzazione contabile delle anticipazioni appena descritta, giudicata invece come costituzionalmente vietata. La Corte ha infatti affermato che le anticipazioni di liquidità sono utilizzabili dagli enti locali in senso costituzionalmente conforme solo per pagare passività pregresse iscritte in bilancio, in quanto sono prestiti di carattere eccezionale finalizzati unicamente a rafforzare la cassa quando l'ente non riesce a pagare le passività accumulate negli esercizi precedenti[6]. Si è quindi affermato un divieto costituzionale di utilizzazione delle anticipazioni di liquidità al fine di modificare il risultato di amministrazione; modifica fittizia del risultato che permetterebbe anche di assicurare nuove forme di copertura della spesa (ulteriore). In particolare, l'illegittimità dell'impiego delle anticipazioni per rimuovere situazioni di deficit strutturale deriva da un lato dalla regola aurea dell'art. 119, co. 6, che vieta agli enti territoriali di finanziare spesa corrente mediante indebitamento, dall'altro dall'esigenza di garantire l'equilibrio di bilancio dell'art. 81, posto che l'espansione fittizia della copertura di spesa senza consolidamento in patrimonio produce saldi in realtà negativi.

Il meccanismo delle anticipazioni di liquidità doveva infatti propriamente operare tramite "mutui" (o meglio prestiti) ad anticipo della futura riscossione di residui di dubbia esigibilità, e proprio per questo – prima ancora che incostituzionale – risulta illogico svalutare due volte le medesime poste. La sentenza annotata in definitiva precisa quindi che il fondo anticipazioni di liquidità deve necessariamente conservare la sua funzione di c.d. neutralizzazione, per evitare che in bilancio compaiano coperture in realtà inesistenti, i mutui finalizzati ad evitare i ritardi nei pagamenti della PA non potendo finanziare il pagamento di debiti pregressi di dubbia copertura senza violare l'art. 119, co. 6, e l'art. 81.

[6] Cfr. il punto 4.1 del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

2. L'anticipazione di liquidità nel quadro del regime di divieto per gli enti territoriali di procedere ad indebitamento per spese correnti

L'anticipazione di liquidità è un'anticipazione a debito per il pagamento di obbligazioni già scadute (quindi debito per estinguere altro debito)[7]. L'obiettivo è quello di accelerare i pagamenti degli enti territoriali, attraverso la concessione di anticipazioni finalizzate al pagamento di debiti già maturati – certi, liquidi ed esigibili – relativi a somministrazioni, forniture, appalti e obbligazioni per prestazioni professionali. È quindi un prestito all'ente con cui l'ente paga tempestivamente suoi debiti, per poi riassorbire successivamente gli importi così ricevuti.

Il fondo anticipazioni di liquidità è un fondo che ha una funzione – come detto – di "neutralizzazione" dell'apparenza di disponibilità[8] creata da tali operazioni di ristrutturazione del debito; ciò al fine di scongiurare quelle operazioni finanziarie in cui l'ente crea margini per coperture di nuova spesa all'interno di un risultato di amministrazione che in realtà è caratterizzato semplicemente da debito utilizzato per coprire altro debito, quindi non spendibile senza violare il divieto per gli enti territoriali di indebitarsi per spese non di investimento (art. 119, co. 6 Cost.), oltre che l'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.).

L'impossibilità di utilizzazione delle anticipazioni di liquidità per trasformare il fondo anticipazioni di liquidità in fondo crediti di dubbia esigibilità era peraltro insita in specifici precedenti della Corte costituzionale, proprio perché ciò elimina la sterilizzazione del fondo di liquidità migliorando in modo fittizio il risultato di amministrazione (provocando un indebito incremento della capacità di spesa dell'ente territoriale)[9]. La disposizione contestata in Corte costituzionale – come fatta oggetto della citata interpretazione autentica – consentiva invece di occultare il fondo anticipazioni di liquidità rispetto al risultato, riproducendo nel risultato di amministrazione proprio quel difetto di prospettiva contabile che il fondo anticipazioni di liquidità ha l'obiettivo, come suo compito specifico, di correggere.

Per contestualizzare il significato della sentenza n. 4 del 2020 si deve quindi muovere dal divieto di indebitamento degli enti territoriali, se non per spese di investimento. Il dato pre-giuridico che sta alla base della relativa disposizione

[7] Sulle anticipazioni di liquidità cfr. V. GIANNOTTI, *La corretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità. Le criticità*, in *La Finanza locale*, fasc. 4, 2015, pp. 31 ss.

[8] Sul tema si rinvia alla Sezione Regionale di controllo – Campania, n. 110/2018/PARI, All. A, § 3.2.

[9] Cfr. Corte cost. n. 181 del 2015, su cui si rinvia a A. BRANCASI, *La Corte costituzionale torna sulla nozione di anticipazioni di cassa e sulle modalità della loro contabilizzazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4, 2015, pp. 1380 ss. e I. RIVERA, *Gli equilibri di finanza pubblica e i vincoli all'indebitamento nei giudizi incidentali rimessi dalla Corte dei conti in sede di controllo*, in *GiustAmm.it*, fasc. 6, 2016, pp. 16 ss.

costituzionale risiede nella circostanza per cui solo se la spesa è in conto capitale l'ente non si impoverisce, mantenendo l'equilibrio in quanto contrae un debito che è sostenibile: non si trasla ingiustamente una spesa su generazioni future, perché anche le generazioni future fruiranno di quell'investimento[10]. L'effetto economico dell'operazione su indebitamento in conto capitale è l'acquisizione di un bene con utilità pluriennale: la valuta è pluriennale, ma anche il valore lo è.

Di questo resta traccia contabile perché nello stato patrimoniale dell'ente – guardando alla contabilità economico-patrimoniale – la spesa di investimento non fa variare il patrimonio netto: la ricchezza reale dell'ente è invariata in quanto il debito contratto, sul piano passivo, è bilanciato su quello attivo dalla immobilizzazione della valuta ottenuta a debito e trasformata in un'utilità durevole. E un buon investimento genera ricchezza, utilità, anche di lungo periodo.

Impiegare invece l'indebitamento per spesa corrente, violando il dettato costituzionale, non sarebbe un'operazione neutra per la contabilità economico-patrimoniale: il patrimonio netto dell'ente diminuirebbe, e per questo la regola aurea dell'art. 119, co. 6, vieta in assoluto tali operazioni. Destinare risorse da indebitamento a spesa corrente, infatti, non converte la cassa in alcun bene durevole, portando a diminuzione dell'attivo in assenza di un bilanciamento del debito in patrimonio. Indebitarsi per spese non di investimento farà sì che la risorsa messa a cassa (ma poi da restituire) non si trasformi in nulla di durevole, e quindi si avrà solo una apparente momentanea disponibilità di risorse che sarà consumata in spesa che non lascerà traccia in patrimonio.

Questo, oltre ad essere esplicitamente vietato dalla Costituzione (per gli enti territoriali)[11], presenta anche delle ripercussioni negative sugli equilibri di bilancio qualora la spesa non di investimento consista in pagamento di debiti pregressi. Ipotesi che è alla base della questione qui annotata. Il fondo anticipazioni di liquidità è necessario proprio perché l'indebitamento per spesa non di investimento da un lato è solo apparentemente neutro, e – d'altro lato – addirittura può produrre un incremento contingente del risultato di amministrazione (tramite il quale l'ente potrebbe essere tentato di dare copertura fittizia ad ulteriori spese, per mezzo di riserve applicate agli esercizi futuri).

Agendo sul risultato di amministrazione – rilevante quale saldo tra risorse finanziarie disponibili (crediti, in particolare in forma residui attivi, e cassa) e debiti (passività attuali o potenziali, e oneri futuri attualizzati) – il meccanismo normativo

[10] Sull'efficacia intergenerazionale dell'indebitamento si rinvia a G. PARRAVICINI, *L'onere del debito pubblico e le generazioni*, in *Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze*, fasc. 3, pt. 1, 1998, pp. 337 ss.

[11] Sul divieto di indebitamento *ex* art. 119 cfr. per maggiori riferimenti G. LA TORRE, *La sanzione per la violazione del divieto costituzionale di indebitamento per finanziare spese correnti*, in *L'Amministrazione italiana*, fasc. 7-8, 2010, pp. 945 ss.

descritto consentiva di espandere la spesa in violazione degli equilibri di bilancio[12]. Detto in altri termini, se si procede ad indebitarsi per pagare debiti pregressi il risultato di amministrazione nell'immediato paradossalmente aumenta, perché nell'ottica finanziaria – che caratterizza la contabilità pubblica – la prospettiva di esercizio registra un miglioramento. Per questo se il risultato di amministrazione è negativo, il suo risanamento con mutuo non è possibile, in quanto tecnicamente (ma anche a livello di buon senso) non è possibile estinguere un debito con un debito: intervenire per coprire un disavanzo non è mai spesa di investimento, che dà risultati durevoli, innanzitutto in quanto il disavanzo è un contenitore indifferenziato di spesa.

Coprire debito con nuovo debito è invece un'operazione di ristrutturazione del bilancio, in cui la cassa è impiegata per l'adempimento di obbligazioni già scadute, in sostanza rinnovate per un più lungo termine. Finanziariamente vi sarà un contingente aumento di disponibilità, anticipata però rispetto a spese che si ripresenteranno. Quindi non sono ammessi i mutui a stralcio del disavanzo, che finanzierebbero una spesa corrente, e ciò non solo per la regola aurea ma anche per ragioni di rigore nell'equilibrio di bilancio: tali prestiti non creano vera copertura finanziaria e, quindi, non è costituzionalmente violato il solo divieto di indebitamento per spese non in conto capitale, ma anche il principio dell'equilibrio strutturale (dato che sovrastimando il risultato di amministrazione si verrebbero a influenzare negativamente anche gli esercizi futuri[13]).

3. La difesa dell'utilizzazione peculiare delle anticipazioni di liquidità in quanto operazioni funzionali al supporto delle amministrazioni deficitarie

Per la difesa del Comune di Napoli[14] la riduzione del disavanzo ottenuta non sterilizzando queste anticipazioni sarebbe però conseguenza delle modalità di costruzione del fondo per i crediti di dubbia esigibilità[15], che il legislatore – nel legittimo esercizio della propria discrezionalità politica – avrebbe nel tempo mutato, individuando diverse basi di calcolo per la determinazione dell'ammontare dell'accantonamento su tale fondo.

---

[12] Cfr. C. SIMEONE, *Il risultato di amministrazione. L'evoluzione della disciplina nella riforma contabile del d.lgs. n. 118 del 2011*, in *La Finanza locale*, fasc. 5-6, 2013, pp. 54 ss.

[13] Si crea infatti una artificiosa riduzione delle poste non impegnabili, che dovrebbero invece portare ad economie finalizzate ad un graduale ripristino dell'equilibrio leso da gravi disavanzi preesistenti.

[14] Cfr. il punto 2 del ritenuto in fatto di Corte cost. n. 4 del 2020.

[15] Cfr. V. GIANNOTTI, *Il passaggio dal Fondo Svalutazione Crediti al Fondo Crediti di Dubbia Esigibilità nel nuovo bilancio armonizzato*, in *La Finanza locale*, fasc. 5-6, 2014, pp. 56 ss.

Il legislatore avrebbe consapevolmente non sterilizzato queste anticipazioni in un'ottica di supporto alle amministrazioni in difficoltà: gli enti locali che hanno accesso all'anticipazione sarebbero infatti quelli che versano in difficoltà economica (i ritardi nei pagamenti da parte della PA dipendendo – si potrebbe ritenere – dalla difficoltà nelle riscossioni connessa allo stato generale di sofferenza dell'economia locale). Il legislatore avrebbe quindi consapevolmente permesso un miglioramento del risultato di amministrazione per perseguire finalità indirettamente perequative, e questo rientrerebbe negli spazi della discrezionalità politica non sindacabili dalla Corte[16].

In realtà la Corte costituzionale fa notare come la capacità di escutere i debitori non dipenda solo dalla situazione degli operatori economici sul territorio, ma anche – se non soprattutto – dall'efficienza amministrativa dell'ente locale e dei propri uffici preposti alla riscossione. La Corte costituzionale sottolinea quindi come esista una netta diversità tra – in primo luogo – contabilizzazione in cassa dell'anticipazione di liquidità (quando è somministrata) e, d'altra parte, inserimento in posta di bilancio dell'onere di restituzione della quota capitale e interessi del prestito acceso, oltre che – in secondo luogo – tra tale operazione e l'accantonamento di risorse nel fondo crediti di dubbia esigibilità. Rafforzare la cassa incamerando l'anticipazione è funzionale alle ipotesi eccezionali e tipizzate[17] di pagamento tempestivo di obbligazioni preesistenti (per evitare appunto i ritardi nei pagamenti da parte della PA); tale rafforzamento della cassa non può invece essere impiegato per finalità ulteriori, che portano a nuove spese.

In questi termini la Corte costituzionale fa notare che «l'onere conseguente alla restituzione della quota annuale di capitale e interessi è intrinseca conseguenza dell'assunzione di un prestito; l'accantonamento nel fondo crediti di dubbia esigibilità ha come fine il non far ricadere negativamente sull'equilibrio strutturale del bilancio la scarsa capacità di realizzare le entrate»[18]. Ciò significa che l'utilizzazione delle anticipazioni di liquidità in sostituzione dell'accantonamento conseguente all'esistenza di crediti di dubbia esigibilità deve essere vietato perché consentire tale prassi legittimerebbe l'ente ad effettuazione spese nuove; e ciò con una vera e propria eterogenesi dei fini (specifici e tipizzati) propri di un'operazione di anticipazione che, invece, voleva ridurre (da subito) la passività eccessiva di un

[16] Sulla definizione di perequazione, come operazione diversa e non realizzabile mediante contabilizzazione (essendo bensì frutto di reale trasferimento di ricchezza), sia consentito rinviare a F. GUELLA, *L'evoluzione delle logiche perequative nella finanza regionale italiana: redistribuzione delle risorse o delle competenze?*, in *Le Regioni*, fasc. 2, 2016, pp. 225 ss.

[17] Come previste dal d.l. n. 35 del 2013.

[18] Cfr. il punto 4.2.1 del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

ente che non riesce a far fronte tempestivamente neppure ad un volume di spesa minore (al momento della anticipazione).

Sterilizzare l'anticipazione nella contabilità è quindi un adempimento di carattere prudenziale costituzionalmente necessario, proprio per evitare che l'amministrazione sia tentata di fare nuova spesa con una copertura puramente fittizia (finendo per aggravare il deficit strutturale preesistente, mentre l'operazione di anticipazione voleva semplicemente rendere più celere l'adempimento delle obbligazioni che contribuiscono a costituire lo stock di deficit già contabilizzato).

Per la Corte il tema del ritardo negli adempimenti legati alle lentezze nella riscossione delle entrate non ha nulla a che fare con la perequazione: la capacità di riscossione – ove inferiore alla media nazionale – evidenzia semplicemente un problema «organizzativo», mentre l'insufficienza strutturale del gettito fiscale ad assicurare i servizi essenziali deve essere affrontata con strumenti orientati al reale trasferimento di ricchezza (e non alla mera anticipazione di liquidità). Strumenti che il legislatore nazionale è costituzionalmente tenuto ad adottare, in forme idonee a garantire il finanziamento integrale delle funzioni[19]. E su questo profilo – sebbene sia diverso da quello oggetto della sentenza – la Corte introduce un esplicito monito, evidenziando che è «in ordine al deficit strutturale imputabile alle caratteristiche socio-economiche della collettività e del territorio, e non alle patologie organizzative, che deve essere rivolto l'intervento diretto dello Stato»[20].

La finalità dell'anticipazione di liquidità – tuttavia – non è perequativa, e l'anticipazione di liquidità ha quindi il solo scopo di sostenere l'economia evitando i ritardi nei pagamenti della PA. Ciò anche in coerenza con le radici europee di tale intervento, posto che il programma di anticipazione di liquidità è frutto dell'indicazione del Consiglio europeo circa la necessità di utilizzare spazi di "flessibilità" per azioni di sostegno alla crescita e all'occupazione, purché tali operazioni siano realizzate rispettando la necessaria stabilità finanziaria[21]: in attuazione di questa indicazione, in termini di flessibilizzazione, la Commissione europea[22] aveva specificamente sottolineato – per l'Italia – la necessità di risolvere la questione dei pagamenti arretrati della pubblica amministrazione, con una flessibilità che però – appunto – non ledesse la stabilità finanziaria[23].

[19] Per il tema sia consentito fare rinvio a F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

[20] Cfr. il punto 6 del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

[21] Consiglio europeo del 14 marzo 2013, in seguito agli orientamenti espressi nel giugno e dicembre 2012.

[22] Dichiarazione della Commissione europea del 18 marzo 2013.

[23] Su questa matrice europea dello strumento cfr. già Corte cost. n. 181 del 2015.

4. La difesa dell'utilizzazione peculiare delle anticipazioni di liquidità da parte degli enti locali in forza di pretese differenze rispetto alla disciplina dedicata alle Regioni

Non risulta accettabile neppure un'ulteriore difesa della normativa specificamente applicabile al Comune di Napoli, con la quale si sostiene che l'anticipazione di liquidità di cui fruiscono gli enti locali sarebbe strutturabile in modo funzionalmente diversificato rispetto a quella operante per le Regioni. In realtà, la disciplina base delle anticipazioni di liquidità – disposizioni interpretative a parte – è comunque contenuta nel d.l. n. 35 del 2013, il quale non opera distinzioni radicali nel relativo meccanismo (ad eccezione ovviamente della diversità di modalità di provvista finanziaria) tra Regioni ed enti locali. La finalità delle anticipazioni, infatti, è in entrambi i casi la medesima, orientata all'accelerazione dei pagamenti della PA (quindi con limitazione a tipologie di debiti specificamente individuate e con logica consequenziale applicazione dei meccanismi di sterilizzazione contabile descritti).

Più nel dettaglio si era affermato che la normativa delle anticipazioni di liquidità dedicata agli enti locali sarebbe stata specificata nel senso favorevole al Comune di Napoli dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, nell'esercizio della sua funzione "regolativa" (o meglio, interpretativa)[24]. Al contrario, per le Regioni i riferimenti sarebbero contenuti esclusivamente nell'apposita normativa statale[25]. In realtà, la normativa rilevante rimane comunque quella del d.l. n. 35 del 2013, le ulteriori previsioni limitandosi a far emergere profili di dettaglio in tema di allocazione delle anticipazioni, senza incidere sulla *ratio* dell'istituto (che rimane quella fissata dalla fonte primaria); infatti, la sentenza annotata evidenzia come una delibera di orientamento della Corte dei conti non possa risultare certamente idonea a differenziare il regime normativo di Regioni ed enti locali, e ciò sia perché tali delibere non sono "fonte" idonea a porre una disciplina regolamentare, sia perché – in concreto – la specifica delibera di orientamento in materia non ha sostenuto la tesi dedotta in difesa[26].

[24] Cfr. art. 6, co. 4, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174.

[25] Cfr. art. 1, co. 692, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

[26] Corte cost. n. 39 del 2014 dove si afferma che l'art. 6, co. 4, del d.l. n. 174 del 2012, nell'attribuire la possibilità di adottare una "delibera di orientamento" per il controllo degli enti locali, non affida alcun potere normativo sul controllo degli enti locali alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, ma riconosce una mera funzione nomofilattica. Questa funzione di uniformazione delle prassi di espressione contabile non vincola l'esercizio del potere giurisdizionale sulle delibere di controllo delle Sezioni Regionali attribuito alle Sezioni Riunite della Corte dei conti in speciale composizione in sede di "giurisdizione esclusiva" (art. 11, co. 7, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174). La sentenza annotata accerta inoltre che nella fattispecie in esame la pronuncia della Corte dei conti,

Peraltro, posta l'incostituzionalità dell'interpretazione della disposizione legislativa contestata, risulta ininfluente la difesa che pretende di dare copertura a quella soluzione normativa sulla base di una "non-fonte" di grado certamente inferiore. Già in precedenza si era affermato che il d.l. n. 35 del 2013 presenta una *ratio* unitaria e un'unica struttura normativa, sebbene le sue disposizioni siano poi specificamente dedicate – per i diversi dettagli contabili – a Regioni ed enti locali[27]: l'unitarietà del meccanismo sarebbe infatti nondimeno connessa al fatto che si tratta di disposizioni espressamente volte ad assicurare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento[28]. Quindi, a svuotare la difesa che poggia sulle pronunce di orientamento della Sezione delle Autonomie, va segnalato che già in passato la Corte costituzionale aveva affermato – rispetto alle anticipazioni – come «se alcune aporie semantiche possono suscitare qualche perplessità circa la tecnica legislativa impiegata, non v'è dubbio che utilizzare detti profili di ambiguità per qualificare il finanziamento in esame come vero e proprio mutuo, anziché mera anticipazione di liquidità, porterebbe inevitabilmente a concludere che anche le norme interposte sarebbero contrarie a Costituzione, in quanto palesemente in contrasto con la prescrizione dell'art. 119, co. 6, Cost.»[29].

La Corte già nel 2015 affermava quindi che il meccanismo normativo dell'anticipazione di liquidità doveva risultare influente sulla sola gestione di cassa, pena la sua incostituzionalità. E prima del consolidamento di diverso orientamento ermeneutico si faceva notare che quando una disposizione si presta a più interpretazioni e solo una risulta conforme al parametro costituzionale, al testo legislativo va – come di consueto – attribuito il significato compatibile con la Costituzione[30]. Inoltre, analoga pronuncia ha ulteriormente toccato – nel 2019 –

Sezione delle autonomie, 17 dicembre 2015, n. 33, non affermava quanto sostenuto dal Comune di Napoli, ma era invece del tutto coerente, sia pure limitatamente al profilo contabile di espressione dei conti dell'ente locale, con l'interpretazione costante delle modalità di sterilizzazione dell'anticipazione di liquidità previste dal d.l. n. 35 del 2013 sia per le Regioni, sia per gli enti locali.

[27] In particolare, la normativa in questione (d.l. n. 35 del 2013) ha introdotto una disciplina di carattere speciale e temporanea, derogatoria del patto di stabilità interno e di altre disposizioni in materia di finanza pubblica, per il pagamento dei debiti scaduti delle amministrazioni pubbliche: misure dirette a consentire il pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni di debiti scaduti, con modalità differenti per gli enti locali (art. 1), le Regioni e le Province autonome (art. 2), gli enti del Servizio sanitario nazionale per il tramite delle Regioni (art. 3) e le amministrazioni statali (art. 5).

[28] Cfr. art. 6, co. 1, del d.l. n. 35 del 2013.

[29] Cfr. il punto 4.3.2 del considerato in diritto di Corte cost. n. 181 del 2015.

[30] Un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle norme statali porta dunque a concludere che le anticipazioni di liquidità altro non costituiscono che anticipazioni di cassa di più lunga durata temporale rispetto a quelle ordinarie. La loro

fattispecie inerenti agli enti locali, non lasciando quindi dubbio sull'assenza di distinguibilità (sul piano delle finalità e della struttura sostanziale del meccanismo) tra la disciplina delle anticipazioni di liquidità assegnate alle Regioni e quelle proprie degli enti locali[31].

I regimi normativi di Regioni ed enti locali, anche ove differenziati nel dettaglio, vanno quindi interpretati nello stesso modo. Entrambe le anticipazioni sono destinate all'esclusivo pagamento di passività già iscritte in bilancio[32], senza che possano essere destinate alla copertura giuridica nuove ed ulteriori spese[33].

5. La decisione della Corte costituzionale nel senso della illegittimità, non solo per violazione della c.d. regola aurea ma anche per lesione dell'equilibrio di bilancio

Escluse tali difese, la sentenza annotata accoglie le questioni sia in riferimento all'art. 119, co. 6, sia in riferimento all'art. 81 (oltre che all'art. 97). Regola aurea ed obbligo di equilibrio di bilancio (e corretta copertura) operano infatti – in questa fattispecie – in strettissima interdipendenza: l'anomala utilizzazione delle anticipazioni di liquidità, finalizzata a far emergere un fittizio avanzo di amministrazione, lede quindi l'equilibrio del bilancio proprio in quanto genera un ulteriore indebitamento non solo non coperto, ma pure finalizzato a spesa corrente.

Più nello specifico, la sentenza afferma che l'art. 119, co. 6, Cost. risulta violato perché «le anticipazioni di liquidità costituiscono una forma straordinaria di indebitamento a lungo termine e – in quanto tali – sono utilizzabili in senso costituzionalmente conforme solo per pagare passività pregresse iscritte in bilancio»[34]. L'anticipazione si presenta infatti non come mutuo genericamente utilizzabile ma come prestito di carattere eccezionale, finalizzabile esclusivamente a rafforzare la cassa dell'ente territoriale in ritardo con l'adempimento delle

ratio, quale si ricava dalla genesi del decreto-legge e dai suoi lavori preparatori, è quella di riallineare nel tempo la cassa degli enti strutturalmente deficitari con la competenza; così ancora la sentenza n. 181 del 2015.

[31] Cfr. Corte cost. n. 18 del 2019.

[32] Compresi i debiti fuori bilancio, i quali, prima di essere eventualmente onorati, devono avere ingresso nel bilancio stesso attraverso le tipizzate fattispecie del riconoscimento (art. 194 TUEL)

[33] Cfr. Corte cost. n. 227 del 2019 e n. 274 del 2017: nei bilanci pubblici, le espressioni numeriche devono essere corredate da una stima attendibile, assicurata dalla coerenza con i presupposti economici e giuridici della loro quantificazione, sicché nel concetto di copertura giuridica operano in modo sinergico l'individuazione dei mezzi finanziari e della ragione giuridica sottesa al loro impiego.

[34] Cfr. il punto 4.1. del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

proprie obbligazioni passive. L'eccezionalità delle anticipazioni di liquidità deriva quindi da almeno un triplice ordine di ragioni: dall'essere collegate ad una sofferenza di cassa pregressa, dal presentarsi come compromesso tra i valori della stabilità della finanza pubblica e dell'affidamento dei creditori privati della PA, nonché – infine – dal presentarsi con un carattere necessariamente contingente (in quanto l'anticipazione non potrà essere replicata serialmente nel tempo, ed è quindi non idonea a risanare bilanci strutturalmente in perdita)[35].

D'altro lato, la stessa sentenza afferma che è stato violato anche l'art. 81. Se la *ratio* dell'anticipazione di liquidità «è quella di riallineare nel tempo la cassa degli enti strutturalmente deficitari con la competenza, attraverso un'utilizzazione limitata al pagamento delle passività pregresse unita a contestuali risparmi nei bilanci futuri, proporzionati alle quote di debito inerenti alla restituzione della anticipazione stessa così da rientrare dai disavanzi gradualmente ed in modo temporalmente e finanziariamente proporzionato alla restituzione dell'anticipazione»[36], allora al di fuori di tale «utilizzazione limitata» l'impegno delle anticipazioni risulta in contrasto anche con l'equilibrio di bilancio. L'utilizzo improprio delle anticipazioni, per quanto descritto in precedenza, influenza infatti inevitabilmente gli equilibri strutturali, posto che il mancato accantonamento delle risorse secondo l'ordinario criterio dei crediti di dubbia esigibilità consente di reimpiegare le risorse – puramente nominali – su nuovi spazi di spesa in realtà non coperti (e corrispondenti al mancato accantonamento). In questo modo si incrementa di fatto – senza che ciò appaia dalle scritture contabili – il disavanzo di amministrazione, posto che contabilmente si è invece appunto generato un avanzo fittizio.

Entrando nel dettaglio, l'accantonamento al fondo crediti di dubbia esigibilità è il meccanismo utilizzato per sterilizzare l'anticipazione, ed esso è infatti normalmente definito come un ammontare di risorse che non può generare impegno, posto che la sua funzione è invece quella di produrre un'economia di bilancio che confluisce nel risultato di amministrazione come quota accantonata[37]. Detto in altri termini, questo fondo «rende inerte, cioè inutilizzabile, una quota delle risorse risultanti da parte entrata, in misura proporzionale all'andamento

[35] La sentenza annotata afferma che solo un investimento efficace può compensare in positivo l'onere debitorio sotteso alla sua realizzazione: destinazioni diverse dall'investimento «finiscono inevitabilmente per depauperare il patrimonio dell'ente pubblico che ricorre al credito» (Corte cost. n. 188 del 2014), e ciò deve essere precluso per interessi che non sono limitati alla mera cura della sana gestione finanziaria, ma si estendono agli interdipendenti profili di tutela della rappresentanza democratica e dell'equità intergenerazionale (Corte cost. n. 18 del 2019).

[36] Cfr. ancora Corte cost. n. 181 del 2015.

[37] Cfr. l'allegato 4/2, punto 3.3, al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118.

della riscossione che ha caratterizzato l'ente locale negli esercizi precedenti», cioè in via prudenziale – guardando alle sofferenze passate – riduce per il futuro ciò che è disponibile per fare nuova spesa. È quindi questo fondo lo strumento da impiegare correttamente per sterilizzare contabilmente le anticipazioni, così che proprio l'esonerare da ciò le anticipazioni di liquidità risulta incostituzionale nel duplice senso descritto in precedenza[38].

In materia la Corte costituzionale aveva già affermato che l'istituto del fondo crediti di dubbia esigibilità costituisce una necessaria integrazione legale al «principio della previa dimostrazione analitica dei crediti e delle somme da riscuotere, iscrivibili nelle partite dei residui attivi e computabili ai fini [del risultato di] amministrazione, [connotato dalla] stretta inerenza ai concetti di certezza e attendibilità che devono caratterizzare le risultanze della gestione economica e finanziaria»[39]. L'esigenza è quella di contrastare la tendenza a sovrastimare l'entità dei crediti, per poter operare maggiori spese (poi carenti di copertura); a tal fine le stime sovradimensionate verrebbero – mediante tale fondo – controbilanciate, e ciò appunto grazie ad un accantonamento determinato per mezzo di un coefficiente di riduzione proporzionato alla capacità di riscossione dimostrata dall'ente in passato, in un periodo significativo dell'andamento della relativa gestione e pregresso rispetto all'esercizio oggetto di rendiconto[40].

Permettere la sostituzione dell'apposito accantonamento con una doppia contabilizzazione dell'anticipazione – come farebbero la disposizione originaria e quella di interpretazione autentica censurata – rende inoperante proprio tale meccanismo prudenziale di stima: l'anticipazione è contabilizzata infatti una prima volta per determinare l'incremento del saldo di cassa di fine esercizio (come è fisiologico), ed una seconda volta per sostituire la somma nel fondo svalutazione crediti di dubbia esigibilità (in modo contabilmente patologico). Da ciò deriva la citata alterazione del risultato di amministrazione: l'anticipazione incrementa le poste attive del rendiconto ed entra a far parte del fondo di cassa, così che l'ente locale non solo non appare immediatamente tenuto ad un rientro dal deficit in realtà esistente, ma sembra al contrario avere nuovi spazi di spesa. Si pregiudica quindi l'equilibrio strutturale dell'ente, in quanto alla situazione deficitaria precedente si aggiunge quella derivante da eventuali nuove spese solo fittiziamente coperte, rinviando al futuro l'emersione del deficit (mentre la disciplina di

[38] Dato che se non viene applicata tale sterilizzazione, o svalutazione dei crediti non resi ulteriormente impegnabili, sarebbe consentita l'iscrizione in bilancio di entrate stimate anche a fronte di una incapacità di riscossione dei crediti.

[39] Cfr. Corte cost. n. 138 del 2013.

[40] Periodo fissato per gli enti locali dall'allegato n. 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011.

contabilità degli enti locali prescrive l'immediato rientro dal deficit prodotto, secondo specifiche procedure[41]).

6. Il carattere dinamico della gestione del bilancio e le conseguenze sulla portata retroattiva, ma modulata, della sentenza di accoglimento

La Corte costituzionale affronta in modo esplicito anche la questione degli effetti della sentenza di accoglimento sulle gestioni già chiuse; questione di rilevanza generale per quegli enti locali che, negli esercizi precedenti, hanno applicato alla definizione dei propri disavanzi le norme ora dichiarate incostituzionali. In quanto pronuncia di accoglimento, infatti, la sentenza n. 4 del 2020 produce un'immediata efficacia vincolante *erga omnes* per la definizione del nuovo disavanzo, e possiede anche una portata retroattiva imponendo l'adozione di misure correttive per riallineare il cumulo dei vari deficit alla disciplina che – in passato – sarebbe stata corretto applicare. Ciascun ente dovrà quindi rideterminare correttamente i propri disavanzi, anche provvedendo *ex novo* agli accantonamenti secondo le disposizioni che sarebbero state vigenti al tempo di ciascuno degli esercizi pregressi. Si tratta quindi di una retroattività della sentenza di accoglimento articolata e mutevole in dipendenza del singolo esercizio passato, in coerenza con il c.d. carattere dinamico del bilancio, negli ultimi anni ben sottolineato dalla Corte costituzionale.

In un passaggio significativo la Corte sottolinea come il meccanismo di retroattività che la stessa delinea abbia la finalità di attribuire «a ciascuno il suo»[42], in termini di responsabilità di gestione, in particolare affiancando all'impatto di breve periodo della pronuncia anche l'aggiornamento della situazione contabile (attualizzando gli effetti delle amministrazioni pregresse). La logica sottesa all'esigenza di ripristinare una struttura di bilancio che restituisca a ciascun ente i propri debiti e i propri spazi di spesa risponde quindi all'ottica per cui va preservato un «equilibrio individuale dei singoli enti», quale presupposto della sana gestione finanziaria e del corretto esercizio dell'autonomia[43]. Le disfunzioni prodottesi negli esercizi passati vanno rimosse, per avere il quadro effettivo dei bisogni (da perequare) e delle responsabilità gestorie (da eventualmente sanzionare), e tale rimozione va operata tenendo conto del carattere naturalmente pluriennale e mutevole delle gestioni, ripristinando per ogni esercizio ciò che spettava – in termini di spazi di spesa – applicando la corretta normativa. A fronte di una gestione di bilancio naturalmente articolata annualmente in modo dinamico

[41] Cfr. l'art. 188 TUEL.

[42] Cfr. il punto 5 del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

[43] Sottolinea il carattere centrale del passaggio in cui la Corte fonda la decisione sull'idea che vada attribuito "a ciascuno il suo" la già citata nota di M. VALERO, *Il* suum cuique tribuere *("a ciascuno il suo") nelle relazioni tra Stato ed autonomie*, in *Diritto & conti – Bilancio, comunità, persona*, 2020.

e concatenato, l'effetto retroattivo della sentenza di accoglimento consiste in un'attività di ripristino mirata e differenziata nel tempo.

L'affidamento dell'amministrazione locale non è quindi tutelato in quanto tale, ma è semplicemente considerato nella misura in cui la rimodulazione del bilancio deve tenere conto dei soli profili incisi dalla pregressa normativa dichiarata incostituzionale. L'ente ha infatti gestito partite di spesa superiori a quelle costituzionalmente consentite, e ciò – applicando retroattivamente il regime risultante dalla sentenza di accoglimento – conduce ad un peggioramento dei conti. L'affidamento indotto da disposizioni legislative comunque vigenti, anche se incostituzionali, e da provvedimenti della magistratura contabile che in Sezioni Riunite ha comunque provveduto a sospendere le misure interdittive pregresse, non è tutelabile in termini di mancata efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità. La Corte non reputa infatti che vi siano bilanciamenti di interessi del tipo di quelli che in altre occasioni hanno portato ad escludere la portata retroattiva delle pronunce di accoglimento[44], la logica citata – che valorizza l'esigenza di dare «a ciascuno il suo» – imponendo al contrario di riportare a fisiologia anche il passato sovradimensionamento della spesa.

La Corte costituzionale afferma quindi che il riconsiderare le gestioni passate non è problematico proprio in ragione della particolare dinamica temporale del diritto del bilancio, orientato ad un principio di equilibrio dinamico che sposta nel tempo la continua tensione verso un bilanciato contrappeso tra entrate e spese: tale assetto delle gestioni contabili fa sì che anche il riadeguare i conti al regime risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità presenti una graduazione "naturale" degli effetti temporali della sentenza sulla gestione del bilancio comunale e sulle situazioni giuridiche sottese.

Gli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità, in definitiva, operano su un oggetto – il bilancio – che è ciclico, e pertanto dinamico. In termini tecnici, per effetto dell'annullamento dell'art. 2, co. 6, del d.l. n. 78/2015 nella contabilità dell'ente andrà allora ripristinato il fondo anticipazioni di liquidità, nella forma in cui è stato istituito dal solo esercizio 2015[45]; si dovrà quindi procedere alla eliminazione del disavanzo originario al 2015, secondo le pertinenti regole di ripiano trentennale[46], nonché alla eliminazione dei disavanzi emergenti per difetto

[44] Cfr. Corte cost. n. 10 del 2015.

[45] Dal 1° gennaio 2015, col passaggio alla nuova contabilità armonizzata.

[46] Cfr. art. 3, co. 16, del d.lgs. n. 118/2011. La regola di ripiano è posta tenendo conto del carattere straordinario del disavanzo emergente dalla trasformazione nel nuovo risultato di amministrazione armonizzato (cfr. Sezione regionale di controllo – Campania n. 240/2017/PRSP).

di copertura di esercizio in esercizio secondo le regole di ripiano vigenti di anno in anno[47].

Detto in altri termini, data la naturale dinamica del bilancio, la non corretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità e l'extradeficit che ne consegue andrà risanato nei termini di legge, e la legge applicabile al risanamento sarà quella che sarebbe stata vigente ad ogni esercizio coinvolto. Non occorre quindi una nuova approvazione dei bilanci passati, che sebbene approvati sulla base di una normativa dichiarata incostituzionale rimangono validi con i saldi dagli stessi previsti, ma si richiede che venga ricostruito ad oggi un bilancio corretto ridefinendo le parti dei bilanci pregressi bisognose di correzione (non al fine di correggere le stesse, ma al fine di introdurre le opportune rettifiche nella contabilità attuale, ri-dando «a ciascuno il suo»).

Alle singole parti dei bilanci passati approvate secondo le regole contabili dichiarate incostituzionali saranno applicati i rimedi giuridici consentiti nel periodo di riferimento, senza emendare i bilanci pregressi ma ricalcolando invece il risultato di amministrazione da riportare nel bilancio nuovo secondo la disciplina costituzionalmente corretta[48], per poi riassorbire il deficit accertato. Il tutto deve quindi svolgersi in un'ottica di risanamento che si ripercuote gradualmente sugli esercizi futuri, posto che la sentenza afferma che «tenuto conto dell'accentuata mutevolezza del "tempo finanziario" che determina continue sopravvenienze di natura fattuale e normativa, è proprio il rispetto del principio dell'equilibrio dinamico ad assicurare la bilanciata congiunzione tra il principio di legalità costituzionale dei conti e l'esigenza di un graduale risanamento del deficit, coerente con l'esigenza di mantenere il livello essenziale delle prestazioni sociali durante l'intero periodo di risanamento»[49].

[47] Cfr. ancora l'art. 188 TUEL.

[48] Al punto 5 del considerato in diritto in particolare la Corte porta ad esempio le sole operazioni di riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi di cui all'art. 3, co. 16, del d.lgs. n. 118 del 2011, per le quali il disavanzo di amministrazione correttamente rideterminato al 1° gennaio 2015 attraverso il riaccertamento straordinario dei residui potrà essere ripianato mediante accantonamenti fino al limite dei trenta esercizi consentiti da detta norma mentre per i deficit ulteriormente maturati, in conformità al principio *tempus regit actum*, saranno applicate le norme vigenti nel corso dell'esercizio in cui tale ulteriore deficit è maturato.

[49] Cfr. ancora il punto 5 del considerato in diritto di Corte cost. n. 4 del 2020.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Su un recente libro sul rapporto tra populismo italiano e costituzionalismo

FERDINANDO LA PLACA*

Recensione a: G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini (a cura di) *Italian Populism and Constitutional Law*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 1-314.

Indice disponibile
all'indirizzo: https://www.palgrave.com/gp/book/9783030374006#aboutBook

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
F. LA PLACA, *Su un recente libro sul rapporto tra populismo italiano e costituzionalismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Palermo. Indirizzo mail: ferdinandolaplaca@gmail.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

Edito da Palgrave il volume "*Italian Populism and Constitutional Law*", a cura di G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, rappresenta un testo innovativo nel panorama scientifico del nostro paese. Gli Autori affrontano un tema di grande attualità e novità nel dibattito giuridico contemporaneo, ossia quello del complesso rapporto tra costituzionalismo e populismo. L'opera concentra la sua attenzione esclusivamente sul caso italiano, ma tale scelta non deve considerarsi né riduzionistica né casuale: tale decisione, infatti, non è riduzionistica perché giustificata dalla peculiarità del sistema costituzionale italiano, paradigmatico nel modo di concepire la costituzione; e non è casuale per la particolarità delle esperienze populiste che si sono sviluppate nel nostro paese. Per quanto concerne il primo aspetto, va appunto ricordato che la nostra Costituzione si pone nell'alveo di tutte quelle carte fondamentali, redatte nel secondo dopoguerra, che, al fine di tutelare il pluralismo, prevedono istituti giuridici che mettano le democrazie al riparo da derive autoritarie. Per quanto attiene al secondo, si fa notare come il panorama politico italiano non solo non sia nuovo ad esperienze di questo genere, dato che una forma embrionale di populismo può essere ravvisata addirittura nel *Fronte dell'Uomo Qualunque* già presente in Assemblea costituente, ma abbia rappresentato uno dei casi più emblematici del c.d. populismo di governo, dato che fino a poco meno di un anno fa il governo italiano era esclusivamente espressione di forze che si definiscono populiste. Tale ultima circostanza ha dunque permesso agli Autori di comprendere, dopo averne analizzato i risvolti teorici, come i populisti, una volta ottenuta la maggioranza in Parlamento, si siano in concreto confrontati con i principi presenti all'interno della nostra Costituzione.

L'approccio giuridico sviluppato dagli Autori si pone in contrasto con la diffusa interpretazione meramente oppositiva del rapporto tra populismo e costituzionalismo. Questi, lungi dal voler sostenere l'esistenza di un costituzionalismo populista, sottolineano, in maniera assai convincente, come i movimenti populisti adottino una contro-narrazione costituzionale caratterizzata per un atteggiamento mimetico e parassitario rispetto alle categorie proprie del costituzionalismo. Tali termini, traslati dalla zoologia e dalla botanica, permettono di cogliere appieno il comportamento di questi gruppi politici: l'aspetto mimetico indica il fatto che i populisti, adottando il linguaggio costituzionale, cerchino di porsi come conformi ai principi costituzionali (es. sovranità, maggioranza, popolo) in modo da dare una patente di legittimità alle loro scelte e proposte politiche; mentre, l'aspetto parassitario mostra come in realtà i concetti costituzionali vengano piegati per alterare le gerarchie valoriali previste nelle democrazie costituzionali. Facendo proprie le nozioni costituzionali, i populisti ne stravolgono il significato a loro beneficio, minando l'equilibrio ordinamentale e valoriale previsto dalle carte fondamentali. Tale ricostruzione trova pratico riscontro nella perenne esaltazione del popolo, della sovranità popolare e del principio di maggioranza, che se nelle democrazie costituzionali risultano essere principi

sempre limitati da specifiche disposizioni al fine di non addivenire a sistemi illiberali, questi vengono, invece, riletti dai populisti come valori che non devono trovare opposizione alcuna ad una piena realizzazione. La visione populista, allora, riduce la democrazia a mera regola di maggioranza, e, facendo coincidere il popolo con la maggioranza, ritiene tutti coloro che non vi appartengono soggetti estranei al popolo e dunque possibili nemici che ostacolano la concretizzazione immediata delle riforme populiste. Da qui, non solo la loro insofferenza verso le minoranze o le opposizioni, ree di rallentare i processi legislativi o di non condividere i valori del popolo, ma anche la loro intolleranza verso quegli organi indipendenti che si frappongono al pieno compimento della volontà popolare.

Partendo da queste premesse, e per tentare di delineare un quadro il più possibile esaustivo delle ricadute che il populismo ha avuto nel nostro ordinamento, gli Autori decidono di dividere il libro in due parti: in una prima trattano, sotto diversi profili, il tema delle conseguenze della presenza e della retorica populista sulle istituzioni repubblicane, mentre nella seconda parte analizzano le ripercussioni dell'approccio populista nell'elaborazione delle politiche pubbliche nel nostro paese.

Prima di passare all'analisi di tali questioni, i curatori danno spazio ad un saggio scritto dal sociologo Paul Blokker. In tale capitolo introduttivo lo studioso olandese, riprendendo le tesi dei francesi Mény e Surel, osserva come ogni democrazia si fondi non solo sull'elemento costituzionalistico, ma anche sull'elemento della partecipazione popolare: fra questi due elementi sussiste una tensione che trova però in ogni costituzione un preciso equilibrio. Quando il sistema sembra non funzionare, sorgono istanze che mirano a ribilanciare l'assetto precedentemente stabilito, e, in tal contesto, le istanze populiste propugnano riforme che possano dare maggior peso all'elemento popolare. Per l'Autore, il ricorso allo strumento delle modifiche costituzionali, a partire dal decennio finale del secolo scorso, è sintomo che il nostro sistema costituzionale già allora non venisse più percepito in equilibrio. Il sociologo analizza allora l'importanza del peso dell'elemento popolare nelle maggiori riforme proposte dai governi sia di centro-destra che di centro sinistra degli ultimi anni, osservando come, nonostante la bocciatura in entrambi i casi da parte del corpo elettorale, il tema delle riforme costituzionali sia a partire dagli anni Novanta al centro delle politiche di governo. Ciò che preoccupa l'Autore è che tutti i progetti da chiunque presentati abbiano contenuto, e tuttora presentino, dinamiche proprie della retorica populista (un'accentuazione della componente maggioritaria, una strumentalizzazione della Costituzione e un risentimento verso gli elementi propri del costituzionalismo liberale), la quale sembra aver solo aver accentuato l'instabilità del sistema. Non stupisce, quindi, che il sociologo appaia assai dubbioso, soprattutto in un contesto europeo in cui alcuni paesi ci hanno mostrato le conseguenze per le democrazie di

un abbandono dei principi del costituzionalismo liberale, circa l'idoneità di riforme che esaltino eccessivamente l'elemento popolare a riequilibrare il sistema per garantirne un migliore funzionamento.

Dopo questo saggio, la prima parte volume si apre con il contributo di Cristina Fasone, in cui l'Autrice, ripercorrendo brevemente il ruolo del Parlamento nella storia repubblicana, mostra come a partire dalla fine del secolo appena passato, si sia assistito ad una sempre maggiore marginalizzazione di tale istituzione, dovuta non solo all'abuso dello strumento del decreto-legge o del voto di fiducia, ma anche alla retorica populista, che, sin da quegli anni, ha caratterizzato in maniera più o meno accentuata gran parte delle nostre forze politiche. In particolare, la studiosa, concentrandosi sull'impatto che il populismo ha avuto sulle funzioni non legislative del Parlamento, osserva come la retorica populista, accentuatasi nelle ultime due legislature, abbia determinato tre fondamentali cambiamenti nel modo stesso di concepire il Parlamento. Innanzitutto, pone in evidenza come contrariamente allo spirito della Costituzione, la retorica anti-élite *in primis* del Movimento 5 Stelle, abbia ingenerato il falso convincimento che le prerogative dei parlamentari, come il divieto di mandato imperativo o le immunità, fossero da considerare privilegi da limitare o abolire, quando, in realtà, essi risultano essere strumenti posti a tutela dell'intero sistema rappresentativo. In secondo luogo, mette in luce come la richiesta di totale trasparenza nelle procedure parlamentari finalizzata a garantire una maggiore responsabilizzazione dei parlamentari davanti all'elettorato, si scontri con la funzione primaria del Parlamento quale luogo di ricerca della mediazione tra le varie istanze sociali, la quale ha talora bisogno di lunghe negoziazioni che devono necessariamente avvenire sottotraccia. Il terzo aspetto riguarda la spettacolarizzazione della politica, che ha portato ad una riscoperta di istituti di diritto parlamentare, come le commissioni di inchiesta o le interrogazioni parlamentari, concepiti come strumento di controllo del Parlamento sull'operato del Governo; tale riscoperta si è però tradotta in un uso improprio di questi strumenti, dato che sulle finalità originarie sembrano prevalere meri scopi propagandistici.

Il secondo capitolo della prima parte, ad opera di Giuseppe Martinico, esamina in un'ottica comparatistica il rapporto tra populismo e referendum. L'Autore pone in luce come la richiesta di più frequenti consultazioni popolari si sposi perfettamente con l'ottica populista di una democrazia immediata, che permetta di fare esprimere direttamente il popolo senza passare dalla mediazione dei suoi rappresentanti. In particolare, lo studioso passa in rassegna alcune delle esperienze recenti di referendum in Europa, mostrando come alcuni di essi siano stati utilizzati solo per avallare delle scelte dei leader di governo (come per il caso del referendum ungherese per l'introduzione delle quote obbligatorie di migranti), o abbiano previsto quesiti spesso non troppo chiari nel contenuto (come il

referendum greco riguardante l'accordo con i creditori o quello inglese sulla Brexit), senza aver preventivamente previsto un giusto e adeguato dibattito su ciò che si sarebbe votato. L'Autore mette comunque in chiaro che proprio per evitare che lo strumento di partecipazione popolare possa subire torsioni in senso plebiscitario, le costituzioni contemporanee cercano di prevedere limiti al loro utilizzo. Dopo aver analizzato le caratteristiche, alcune uniche, dei tipi di referendum previsti dal nostro ordinamento, lo studioso evidenzia come un ruolo di razionalizzazione nell'uso dei referendum in Italia sia stata svolto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Tale organo ha infatti negato la proposizione di quesiti non omogenei o chiari, o di referendum che potessero avere ad oggetto materie vietate dalla Costituzione, escludendo così impropri utilizzi dello strumento referendario ed evitando insanabili conflitti tra la volontà popolare espressa direttamente dal popolo e la volontà popolare espressa mediante i suoi rappresentanti.

A questo contributo segue quello di Pietro Faraguna, che si pone l'obiettivo di analizzare il tema del rapporto fra populismo e riforme costituzionali. Soffermando l'attenzione sui populismi di governo, egli pone bene in evidenza come all'interno della logica populista non sussista alcuna distinzione tra politica "ordinaria" e politica "costituzionale"; la visione propria del costituzionalismo liberale che intende la politica ordinaria come luogo di risoluzione del conflitto tra plurime istanze sociali e la costituzione come luogo di istituzionalizzazione del conflitto, ove vengono disciplinati quei limiti e quei principi posti a tutela del pluralismo stesso, non trova riscontro nel discorso populista. Ritenendosi unici rappresentanti del popolo unitariamente inteso, gli attori populisti si sentono pienamente legittimati a cambiare senza remora alcuna anche le regole del gioco e le norme poste a tutela delle minoranze, che nella loro ottica, in quanto estranee alla maggioranza e dunque al popolo, non sono meritevoli di alcuna tutela. Dal punto di vista pratico, poi, l'autore osserva come in realtà, più che emendare la costituzione, i populisti preferiscano sostituirla totalmente o "disinnescarla". Il primo caso si realizza quando, godendo di maggioranze amplissime, come accaduto in Ungheria o in alcuni paesi sudamericani, questi gruppi riescono a modificare unilateralmente la costituzione in modo da occupare le sedi di potere, limitare il peso delle opposizioni e degli altri organi di controllo, e piegare la norma suprema ai propri fini propagandistici (una costituzione, si potrebbe dire, ad immagine e somiglianza dei suoi governanti). Negli altri casi, quando è loro impedita una modifica unilaterale, essi preferiscono sabotare la Costituzione mediante l'adozione di atti che ne impediscono il corretto funzionamento, uno fra tutti la nomina di soggetti politicamente vicini nei più alti organi giudiziali. In seguito, l'Autore precisa quali possano essere gli strumenti posti a tutela del sistema costituzionale per prevenire la riuscita di modifiche di questo genere (come il bicameralismo, le procedure di revisione costituzionale o le clausole di eternità),

e, riflettendo approfonditamente sul caso italiano, osserva come le procedure previste per le riforme costituzionali si siano dimostrate limiti efficaci alle istanze di modifica della nostra carta fondamentale. Il caso italiano appare comunque paradossale se si considera che le richieste di modifiche per garantire una maggior stabilità di governo sono state proposte da maggioranze che certamente non possono essere considerate affini a logiche populiste.

Il quarto capitolo di questa prima parte, scritto da Fabio Pacini, tratta del tema del populismo e del processo legislativo. L'Autore mostra come la peculiarità della storia politica italiana abbia consentito di studiare il comportamento dei populisti rispetto al procedimento legislativo sia quando essi si sono trovati all'opposizione, sia quando hanno espresso la maggioranza di governo. In particolare, egli pone in luce come all'opposizione i populisti odierni, ma anche i movimenti antipolitici del passato, si siano contraddistinti per un frequente uso delle pratiche di ostruzionismo parlamentare, mentre, una volta al potere, come sottolinea lo studioso con un'accurata descrizione dell'attività parlamentare del primo governo Conte, essi abbiano spesso utilizzato sia decreti-legge che "maxi emendamenti" e, come già evidenziato dal saggio di Cristina Fasone, abbiano portato ad una sempre maggiore spettacolarizzazione della politica a discapito del corretto funzionamento dell'organo legislativo.

Il contributo di Giacomo Delledonne si chiede se e come l'esecutivo italiano sia stato influenzato dai movimenti populisti o, più in generale, dalla retorica populista. Premettendo che il discorso populista si basa su un'esaltazione dell'esecutivo e del primo ministro in generale, visto come incarnazione dell'identità e della volontà popolare, l'Autore mette in luce come il caso italiano sia stato in un'ottica populista abbastanza paradossale. Il governo giallo-verde a sola guida populista presentava in realtà un capo dell'esecutivo, esterno ai partiti di maggioranza, che appariva debole di fronte a due vice che ne dettavano l'agenda. Si potrebbe peraltro rilevare come tale struttura bicefala del governo si scontrasse con l'idea di un popolo inteso in senso unitario, dato che entrambe le forze di governo, più che amalgamarsi in una sola, rimanevano spesso distanti, palesando involontariamente un'impensabile (nell'ottica populista) compresenza all'interno della nozione di popolo di almeno due anime distinte. Ciò detto, il perseguimento di un potenziamento del ruolo del governo e della figura del Presidente del Consiglio non è comunque nuovo nel contesto italiano dato che, come puntualizza l'Autore, essa è un argomento ricorrente della politica italiana da almeno quarant'anni, come dimostrano sia l'adozione leggi elettorali con forti elementi maggioritari, che dovevano rinsaldare il legame tra cittadini e partiti, sia le spinte verso forme di governo presidenzialistiche.

La prima parte del volume si conclude con il contributo di Giovanni Boggero, il quale sostiene che un certo approccio populista ai limiti di bilancio sia stato condiviso anche dalla maggior parte dei governi italiani del passato prossimo e

remoto. L'Autore fa notare, considerato l'abuso nel ricorso allo strumento del debito pubblico, come un certo lassismo nelle politiche di bilancio abbia sempre caratterizzato la politica italiana a partire dagli anni Sessanta. L'imposizione dei vincoli di bilancio mediante le riforme avutesi nell'ultimo decennio non ha prodotto gli effetti sperati e anzi, nel momento in cui le riforme fiscali si presentavano come volute da soggetti apparentemente esterni, ciò non ha fatto altro che aumentare il malcontento verso tali soggetti e tali vincoli. La volontà di sforare questi vincoli è risultata costante subito dopo l'introduzione degli stessi, e, sebbene con approcci diversi, tutti i governi hanno richiesto una maggiore flessibilità e un ripensamento dei vincoli economici a livello europeo. Ciò però che li distingue dai populisti è che questi ultimi, vedendo nel bilancio dello Stato lo strumento attraverso cui realizzare le riforme necessarie per il bene del popolo, ritengono che esso non debba essere soggetto a limitazioni di sorta da parte di organismi interni o esterni, e sarebbero quindi pronti a far passare riforme fiscali anche in contrasto con i principi costituzionali. A tal proposito, l'Autore sostiene che qualora questo dovesse avvenire, l'unico rimedio rimarrebbe il vaglio della Corte costituzionale.

La seconda parte del volume, che sposta l'attenzione sulle politiche populiste, comincia con un contributo di Matteo Monti, nel quale lo studioso tratta il problema assai attuale dell'uso delle *fake news* da parte dei movimenti populisti, individuando quelli che possono essere gli strumenti e le risposte normative da adottare per farvi fronte. Partendo dall'analisi della disciplina legislativa imposta ai media tradizionali per garantire il pluralismo del sistema di informazione e la correttezza delle notizie, l'Autore mostra come la mancanza di una regolamentazione delle informazioni che circolano su internet abbia consentito la diffusione di notizie false che, non sottoposte ad alcun controllo, vengono diffuse dai populisti per sostenere il loro messaggio politico, ingenerando così una disinformazione che, considerato anche l'uso sempre maggiore di internet da parte del pubblico per poter reperire informazioni, incide necessariamente sulle scelte politiche dell'elettorato. Considerate le ricadute di tale vuoto normativo sui principi costituzionali relativi alla libertà di informazione e al rispetto del diritto di essere informati, l'Autore auspica, oltre ad un'educazione digitale, che consenta ai soggetti meno esperti di distinguere tra una notizia falsa e una vera, un intervento legislativo che preveda la possibilità, sulla falsa riga della disciplina prevista per i mezzi di informazione tradizionali, di richiedere una rettifica delle informazioni false. A un organismo indipendente sarebbe rimessa la valutazione circa la veridicità delle informazioni diffuse dai siti *web*, con la possibilità di disporne la de-indicizzazione qualora secondo il suo giudizio, comunque appellabile, si ritenga un sito come propagatore di *fake news*.

Segue il capitolo di Marco Bassini che concentra lo studio sul Movimento 5 Stelle e il suo modo di concepire la rappresentanza politica. Dopo aver analizzato le principali disposizioni e questioni costituzionali relative ai partiti, l'Autore pone l'attenzione sul Movimento 5 Stelle, constatando che questo, nato come reazione alla crisi dei partiti tradizionali, considerati distanti dalle esigenze e dalle necessità della popolazione, desidera superare il precedente modello rappresentativo. Ciò avviene attraverso l'instaurazione di una forma di democrazia digitale che consente ai cittadini di partecipare alle scelte politiche mediante votazioni fatte sulla piattaforma online, i cui risultati vincolano gli eletti, considerati come meri portavoce degli iscritti del blog, nelle votazioni in Parlamento. Ciò che l'Autore si chiede, considerata la legittimità del movimento all'interno del nostro sistema costituzionale, che tutela quasi senza limitazioni il pluralismo partitico, è se le istanze di democrazia diretta e partecipativa così come idealizzate dal movimento si pongano o meno in contrasto con il dettato costituzionale. Dall'analisi effettuata risulta che le soluzioni propugnate dal movimento non solo si pongono in contrasto con il divieto di mandato imperativo, ma risultano sul piano pratico insoddisfacenti, se si tiene conto della scarsa partecipazione degli iscritti alle votazioni che si tengono sulla piattaforma, del fatto che non tutti possono parteciparvi dato che non tutti dispongono di un accesso ad internet, e che non essendovi una trasparenza nelle procedura di voto sul blog non si può garantire la regolarità delle votazioni ivi avvenute. Mostrati i limiti di tale modello, l'Autore riconosce l'impossibilità di sostituire la democrazia rappresentativa con forme di democrazia diretta o partecipativa di sorta, e auspica riforme che possano rinforzarne gli istituti per permettere un riavvicinamento tra cittadini e partiti.

Scritto da Marta Tomasi, il terzo contributo di questa seconda parte tratta un tema estremamente interessante, ossia il rapporto tra populismo, scienza e democrazia. Sebbene un certo sentimento di scetticismo verso la scienza fosse già presente in Italia prima della comparsa dei movimenti populisti, la studiosa osserva come la logica populista basata sul "senso comune" e contraria ai pareri dell'*élite* di esperti, accompagnata dalla diffusione di notizie false e tendenziose sui media, sia riuscita a marginalizzare il ruolo degli scienziati e, contaminando il dibattito pubblico, a rendere più difficile l'adozione di misure che possano tutelare al meglio la salute dei cittadini. Concentrando l'attenzione sui vaccini e il "caso Stamina", l'Autrice mostra come la politica, autorizzando trattamenti privi di qualsiasi base scientifica o suggerendo alternative poco efficaci all'obbligo vaccinale, sia divenuta una cassa di risonanza per messaggi pseudoscientifici, contribuendo così a mettere in dubbio la solidità e la persuasività delle evidenze scientifiche. In una società democratica la libertà d'opinione in ambito scientifico, in cui i risultati certo non si decidono a maggioranza, può trovare uno spazio limitato, soprattutto se si considera come un'opinione totalmente priva di basi scientifiche possa compromettere, se trasposta in disposizioni normative, la salute e i diritti degli altri.

Per combattere l'atteggiamento populista che vede le conclusioni scientifiche come qualcosa di imposto dall'alto, la studiosa ritiene sia necessario non solo far percepire ai cittadini che la scienza e la democrazia condividono gli stessi principi, come il rispetto reciproco, l'apertura al dibattito, la libera circolazione delle informazioni e l'importanza delle prove e delle indagini, ma anche far sì che i risultati scientifici diventino più accessibili e comprensibili e siano messi a disposizione di tutti.

Il capitolo di Pasquale Annicchino prende in esame l'approccio populista al rapporto tra religione e Stato. L'Autore fa notare come il carattere anti-pluralista tipico dei movimenti populisti si ponga in contrasto con alcuni principi costituzionali tra cui anche quelli relativi alla libertà di religione o al correlato principio di laicità dello Stato. In particolare, ciò sarebbe riscontrabile nel testo del contratto di governo stipulato dalle forze di maggioranza che sostenevano il primo governo Conte, in cui, nel capitolo dedicato all'immigrazione, vi erano proposte di riforma, poi non realizzate, che, con l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni terroristiche, avrebbero gravemente inciso sulla vita della comunità islamica. L'esperienza politica giallo-verde non è fortunatamente riuscita a scalfire il rapporto fra Stato e religioni o le libertà di religione previste dalla Costituzione, ma ha sicuramente messo in luce come la religione, utilizzata per rimarcare l'identità dei movimenti populisti, sia stata elemento chiave nella loro narrazione.

Il quinto contributo della seconda parte, scritto da Simone Penasa, si interroga sulla "sostenibilità costituzionale" delle politiche populiste in tema di immigrazione. L'Autore individua tre livelli in cui la connessione tra populismo e immigrazione si realizza. Il primo è quello culturale, in cui lo straniero, in una narrazione populista basata su una forte identità etnica, viene avvertito come un nemico, un corpo estraneo che minaccia l'integrità culturale del popolo. Il secondo è quello del discorso politico, che, ingigantendo il fenomeno dei flussi migratori, altera la percezione che i cittadini hanno dello stesso, facendolo sembrare più grande e preoccupante di come sia in realtà. Il terzo livello è invece quello normativo: inculcata l'idea che il fenomeno rappresenti un'emergenza per il paese, misure straordinarie vengono considerate come necessarie anche se in deroga alle norme generali previste a tutela dei migranti. Lo studioso, delineati gli elementi di continuità tra la legislatura precedente e l'esperienza di governo giallo-verde, pone in luce come il primo governo Conte si sia caratterizzato per una concretizzazione della retorica populista securitaria e di criminalizzazione dei migranti in atti normativi spesso in contrasto con il principio di legalità o con i diritti fondamentali. Tali interventi legislativi, per l'Autore, non hanno comunque intaccato l'impianto costituzionale, che anzi è stato in grado di attivare quegli anticorpi tipici del nucleo essenziale del costituzionalismo, quali la separazione dei poteri, gli istituti contro-maggioritari, le limitazioni alla sovranità popolare e un ampio dibattito culturale e sociale.

Segue il contributo di Alessandro Sterpa, il quale si chiede se dinamiche populiste possano esistere anche a livello regionale. Sebbene la Corte costituzionale abbia a più riprese ribadito che esiste solo un popolo nazionalmente inteso, escludendo così, da un punto di vista puramente giuridico, che possa sussistere un concetto di popolo a livello regionale, ciò non ha comunque impedito il verificarsi di tentativi che miravano a conferire veste giuridica a un popolo regionale. Radicandosi dunque una concezione di popolo limitata ad un solo territorio regionale, vi è il rischio che si sviluppi un populismo regionale, che, per affermare la propria superiorità, potrebbe porsi in contrasto con i limiti e i principi propri dell'ordinamento costituzionale. A questo punto l'Autore si pone un'ulteriore domanda, ossia come distinguere i casi in cui l'esaltazione di un'idea di popolo limitata ad un dato territorio interno ad un'entità statale può essere considerata come manifestazione di un fenomeno populista o deve essere considerata, invece, quale espressione di una richiesta di far valere il principio di autodeterminazione. Riflettendo sul fatto che in entrambi i casi ci troviamo di fronte a manifestazioni della crisi dello Stato nazionale, per lo studioso, la differenza risiederebbe nel fatto che mentre i populisti, tendendo a sviluppare dei modelli politici di carattere autoritario, sono soliti negare il pluralismo e affermare la supremazia della volontà popolare sui limiti della costituzione, negli ultimi anni si è assistito a un tentativo di allineare alcune istanze secessioniste ai valori del costituzionalismo.

L'ultimo capitolo del volume, scritto da Nicola Selvaggi, si occupa del rapporto tra populismo e giustizia penale. L'Autore puntualizza come la giustizia penale, ritenuta in grado di rassicurare e difendere la collettività, sia utilizzata dai politici come un mero strumento per ottenere e manipolare il consenso popolare. In un'ottica populista, ossessionata dalla ricerca del colpevole, il diritto penale diventa l'arma privilegiata dal legislatore per colpire quei soggetti considerati i nemici del popolo, e, allo stesso tempo, per mostrare l'azione repressiva dello Stato nella sua massima manifestazione. L'abuso dello strumento penale, in particolare la tendenza ad introdurre nuove fattispecie incriminatrici e ad aumentare il massimo edittale con scopi, dati gli scarsi risultati concreti, meramente elettorali, volti più a colpire specifici soggetti (migranti, corrotti) che singole fattispecie, ha portato ad un allontanamento dai principi classici del diritto penale e costituzionale, come la proporzionalità della pena o la sua funzione rieducativa, alimentando così una sorta di estremismo penale.

Analizzati i capitoli, tutti egregiamente scritti e strutturati, non si può che plaudere allo sforzo, brillantemente riuscito, degli autori di esaminare, in maniera puntuale e approfondita, quello che è stato l'impatto del populismo sul nostro sistema costituzionale. La felice decisione di adottare un punto di vista costituzional-pubblicistico e di indagare il fenomeno populista anche nel suo rapporto con la

religione, la scienza, il diritto all'informazione e il diritto penale, impone questo volume come un *unicum* nel panorama scientifico italiano. Inoltre, la sapiente scelta di dare alle stampe un volume scritto totalmente in inglese consente che il testo possa essere apprezzato anche da parte di studiosi d'oltralpe, in modo che esso possa rappresentare sia una *summa* delle principali questioni costituzionali legate al fenomeno populista italiano, sia un utile punto di partenza per chi volesse approfondire tali tematiche o effettuare ulteriori riflessioni di carattere comparatistico.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

A. MANGIA, R. BIN (a cura di)*, *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fascicolo n. 1, 2020, "*Mutamenti costituzionali*", Milano, Franco Angeli edizioni, pp. 1-133.

Indice disponibile
all'indirizzo: https://www.francoangeli.it/riviste/sommario.aspx?anno=2020&idRivista=204&lingua=it

Data della pubblicazione sul sito: 26 giugno 2020

Suggerimento di citazione
Nota ad A. MANGIA, R. BIN (a cura di), Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fascicolo n. 1, 2020,* "Mutamenti costituzionali"*, Milano, Franco Angeli edizioni, pp. 1-133*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Alessandro Mangia è Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Indirizzo mail: alessandro.mangia@unicatt.it. Roberto Bin è Professore Emerito di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara. Indirizzo mail: roberto.bin@unife.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 2, 2020
ISSN 2281-2113

EDITORIALE

Lo spunto per questo fascicolo è venuto a seguito di un seminario organizzato, nel quadro delle *Letture di diritto Giorgio Berti*, all'Università Cattolica di Milano sul tema "Mutamento e interpretazione costituzionale". Della relazione di Sergio Bartole si trova già traccia in *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, Rivista AIC 1/2019 ed è stata, quella relazione, il punto di partenza di una riflessione comune che si è svolta successivamente, e i cui approdi individuali sono presentati di seguito.

Il tema del mutamento costituzionale non è sconosciuto alla dottrina giuridica italiana. È anzi un tema, quello della trasformazione degli ordinamenti costituzionali, su cui la dottrina giuridica italiana si è ampiamente intrattenuta fin da *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1908). Ma se in Santi Romano il cambiamento dell'edificio statale era presentato come la constatazione di un osservatore imparziale, è da dire che la questione del cambiamento è stata il vero tema su cui si è successivamente sviluppata la riflessione di Costantino Mortati, che del cambiamento già osservato da Romano è andato a cercare il motore, trovandolo prima nella funzione di governo (1931) e poi nella costituzione materiale (1940). Teoria dell'indirizzo politico e costituzione materiale, in altre parole, sono state le categorie con cui, nel tempo, la dottrina giuridica italiana ha gestito – o ha creduto di gestire – il problema del rapporto tra *fatto* e *diritto* con riferimento alla Costituzione.

Dei pregi e dei limiti della categoria della costituzione materiale è già stato scritto molto, e sulla funzione di indirizzo politico non si è scritto di meno, essendo stati dedicati al tema contributi che appartengono ormai ai classici del diritto costituzionale italiano. Sta di fatto che queste categorie sono tipiche del percorso seguito dalla scienza giuridica italiana nel '900: e sono talmente legate all'esperienza istituzionale italiana da essere praticamente intraducibili in altre lingue.

Altrove le cose stanno diversamente. Nella letteratura statunitense il tema delle modifiche di fatto della costituzione gode di una eco vastissima: spicca, in particolare, l'ambiziosissima ricerca di B. Ackerman, che muove dalla constatazione che il modo in cui gli Stati Uniti sono governati dista di molto dal disegno tracciato dai *framers*. '*Constitutional change*' è essenzialmente una categoria descrittiva, resa necessaria dalle particolarissime condizioni di quel Paese: duecento anni di applicazione della Costituzione, che ha attraversato tutti gli eventi storici e i mutamenti *di fatto* che la società americana ha conosciuto senza che il *testo* della Costituzione potesse, se non in rare occasioni, cambiare di

conseguenza per le ben note difficoltà procedurali. Le vicende degli ultimi emendamenti sono esemplari: il più recente (l'*Equal Rights Amendment*), che ha concluso in questi giorni il suo complicato iter formativo iniziato nel 1972, è persino dubbio che possa entrare in vigore.

In Germania "mutamento costituzionale" non è una formula descrittiva, ma una categoria giuridica individuata, elaborata ancora nell'età del positivismo da P. Laband e G. Jellinek per dare conto, nel sistema autosufficiente dello *Staatsrecht*, di tutti quei fenomeni che non potevano essere ricondotti allo schema persona-volontà-atto su cui era costruita la dogmatica positivista, importata in Italia con la recezione di Orlando. E, sia pure con molti dubbi e molte rielaborazioni, è una categoria che ancora oggi viene ampiamente utilizzata per dare conto di una quantità di fenomeni, non ultimo il problema del rapporto tra costituzioni nazionali e ordinamento dell'Unione. È chiaro che un tema del genere pone implicitamente il problema del ruolo delle teorie generali nell'interpretazione, ed è un fatto singolare, e non affatto "progettato", che le risposte date nel fascicolo da ciascun autore si richiamino, in un modo o nell'altro, alle linee del normativismo (Bartole, Bin), dell'istituzionismo (Cortese), del decisionismo (Mangia).

Questo però, anziché chiudere un problema, pone nuovi interrogativi, in ordine a quelli che dovrebbero essere gli strumenti di lavoro del giurista nel momento in cui si pone, con gli strumenti e la cultura di cui dovrebbe essere portatore, di fronte all'evoluzione della situazione di fatto in cui opera e che dovrebbe studiare: interrogativi che si riconducono, se si vuole sintetizzare, al ruolo della scienza giuridica nel momento in cui pretende di svolgere il suo compito – il suo *Beruf* – senza una dogmatica di riferimento. Per cui lo scopo di questo fascicolo non è certo quello di chiudere il dibattito sul tema. Già con il contributo di Betzu si apre uno spiraglio su uno dei temi che non possono non affacciarsi alla scena, quello dell'incidenza della rivoluzione tecnologica sulle categorie costituzionali. Ma poi vi è tutto lo sviluppo della c.d. costituzione economica, a cui i contributi di questo fascicolo fanno continuo riferimento, ma che sarà lo specifico oggetto di fascicoli futuri, già in programmazione. In questo fascicolo ciò che si voleva mettere a fuoco non erano tanto "i mutamenti" incorsi nella nostra Costituzione (o nella sua attuazione, o nella sua applicazione, o nella sua interpretazione?), ma una riflessione sulle "categorie". La domanda di fondo che lega i contributi proposti è basilare: di che cosa parliamo quando parliamo di "mutamenti costituzionali"?

Le risposte offerte, come potrà riscontare il paziente lettore, sono molto diverse. Era il risultato voluto. La nostra ambizione è solo di aprire un discorso che, coinvolgendo le strutture profonde della teoria costituzionale, è tanto affascinante quanto impossibile da esaurire.