Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Fascicolo n. 1/2021

© 2012-2021 Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna | Anno X - Fascicolo 1/2021
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*** (Direttori **Marta Cartabia** e **Andrea Pugiotto**); dal 2012 pubblica ***Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*** (Coordinatore **Emanuele Rossi**), Rivista telematica mensile (**ISSN 2281-2113**).

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

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

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

INDICE SOMMARIO

FULCO LANCHESTER, Ricordo di un "partigiano" della Costituzione p. VIII

MARTA PICCHI, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita. (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale) p. 1

ANTONIO GUSMAI, Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020 p. 10

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, EMANUELE ROSSI, *Adelante con juicio*: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020. Presentazione p. 64

CECILIA CORSI, Il decreto legge 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo p. 67

EMANUELE ROSSI, Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020 p. 74

FILIPPO VENTURI, La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 p. 87

ANTONELLA BUZZI, FRANCESCO CONTE, L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese" p. 111

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020 p. 120

CHIARA SCISSA, La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi p. 136

LUCA MINNITI, Prime note sull'immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020 p. 148

FRANCESCO BIAGI, JUSTIN O. FROSINI, JASON MAZZONE (a cura di), *Comparative Constitutional History. Volume 1: Principles, Developments*, *Challenges*, Brill, Leiden, 2020, pp. 1-285 p. 162

CHIARA VENTURINI, Le Sezioni Unite sulle immunità degli Stati (sent. n. 20442 del 2020): un'evoluzione soltanto apparente p. 169

EMILIO DOLCINI, FABIO FIORENTIN, DAVIDE GALLIANI, RAFFAELLO MAGI, ANDREA PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-336 p. 183

MICHELA MANETTI, Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione p. 194

ROBERTO CARBONE, Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia p. 201

CARLO MAGNANI, Recensione ad Alfredo D'Attorre, *L'Europa e il ritorno del "politico". Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-257 p. 221

MARCO CUTRONE, Il "fattore tempo" nel procedimento euronazionale di approvazione della legge di bilancio p. 227

ANDREA CONZUTTI, Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva p. 251

GIUSEPPE MONACO, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020 p. 270

GIOVANNI BOGGERO, L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo "banco di prova" per il rapporto tra Stato e Regioni p. 291

GIAN LUCA CONTI, La Repubblica come enigma finanziario (il principio di coordinamento fra risorse e funzioni nelle sentenze della Corte costituzionale 76 e 155/2020) p. 303

QUIRINO CAMERLENGO, Recensione a Tanja Cerruti, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli (Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Torino), 2020, pp. XI-483 p. 329

GUIDO RIVOSECCHI, La Corte garante del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse: il caso dei canoni idrici di esclusiva spettanza regionale p. 336

DANIELA BIFULCO, Recensione a Lino Panzeri, *L'unicità della Corte di cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 1-160 p. 361

ELENA VIVALDI, ANDREA BLASINI, Verso il "Codice per la persona con disabilità". Introduzione p. 367

EMANUELE ROSSI, Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge p. 370

FABIO PACINI, Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa p. 384

ALESSANDRO CANDIDO, Appunti sull'art. 1, co. 3, lett. f) del "Disegno di legge recante delega al governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità". La definizione di disabilità p. 400

DOMENICO SABIA, ANNALISA CECCHETTI, La definizione della condizione di disabilità e la riforma del sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità p. 410

MARIA BEZZE, ELENA INNOCENTI, Il disegno di legge delega in materia di disabilità: osservazioni sulla "disciplina dei benefici" p. 427

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, Stranieri e disabilità: i requisiti di accesso a benefici, interventi e servizi per il Codice in materia di disabilità p. 455

ANDREA BLASINI, L'"Amministrazione per la disabilità" p. 468

PAOLO ADDIS, Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale p. 478

GIUSEPPE ARCONZO, Disabilità e diritto all'istruzione p. 506

DELIA FERRI, L'inserimento nel mondo del lavoro e la tutela dei livelli occupazionali della persona con disabilità p. 517

ANGELO DAVIDE MARRA, I diritti dell'accessibilità e della mobilità della persona con disabilità p. 540

ELENA VIVALDI, L'assistenza alle persone con disabilità (grave) prive del sostegno familiare p. 563

CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI, Nota a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 2020: legittimo il raffreddamento della perequazione per le pensioni più elevate ed illegittima la durata quinquennale del contributo di solidarietà p. 576

FRANCO SICURO, Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica p. 593

LUANA LEO, GIANLUIGI IEMBO, Recensione a Riccardo Scorza, Enrico Cuccodoro, Alessandro Cannavale (a cura di), *Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli (Quaderni Salentini), 2021, pp. 1-197 p. 662

ALESSANDRO FRICANO, Cento anni dalla Carta del Carnaro: nuove suggestioni costituzionali p. 666

ADELE PALMA, Il diritto-dovere alla salute, Tab Edizioni, Roma, 2021, pp. 1-132 p. 677

BEATRICE SBORO, Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali p. 680

INDICE TEMATICO

Editoriale: LANCHESTER (p. VIII)

Obiettivo Principi, diritti e doveri: MANETTI (p. 194)

Sezione monografica *"Adelante con juicio". Asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020*: BIONDI DAL MONTE-ROSSI (p. 64), CORSI (p. 67), ROSSI (p. 74), VENTURI (p. 87), BUZZI-CONTE (p. 111), BIONDI DAL MONTE (p. 120), SCISSA (p. 136), MINNITI (p. 148)

Sezione monografica *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Analisi, prospettive, proposte*: VIVALDI-BLASINI (p. 367), ROSSI (p. 370), PACINI (p. 384), CANDIDO (p. 400), SABIA-CECCHETTI (p. 410), BEZZE-INNOCENTI (p. 427), BIONDI DAL MONTE (p. 455), BLASINI (p. 468), ADDIS (p. 478), ARCONZO (p. 506), FERRI (p. 517), MARRA (p. 540), VIVALDI (p. 563)

Obiettivo Istituzioni: GUSMAI (p. 10), CUTRONE (p. 227), SICURO (p. 593), FRICANO (p. 666)

Obiettivo Corti costituzionali e giurisdizioni: PICCHI (p. 1), VENTURINI (p. 169), CARBONE (p. 201), CONZUTTI (p. 251), MONACO (p. 270), CONTI (p. 303), RIVOSECCHI (p. 336), FORTE-PIERONI (p. 576), SBORO (p. 680)

Obiettivo Fonti del diritto: BOGGERO (p. 291)

Novità editoriali: BIAGI-MAZZONE-FROSINI (p. 162), DOLCINI-FIORENTIN-GALLIANI-MAGI-PUGIOTTO (p. 183), MAGNANI (p. 221), CAMERLENGO (p. 329), BIFULCO (p. 361), LEO-IEMBO (p. 662), PALMA (p. 677)

INDICE DEGLI AUTORI

Paolo Addis, p. 478
Giuseppe Arconzo, p. 506
Maria Bezze, p. 427
Francesco Biagi, p. 162
Daniela Bifuclo, p. 361
Francesca Biondi Dal Monte, pp. 64, 120, 455
Andrea Blasini, pp. 367, 468
Giovanni Boggero, p. 291
Antonella Buzzi, p. 111
Quirino Camerlengo, p. 329
Alessandro Candido, p. 400
Roberto Carbone, p. 201
Annalisa Cecchetti, p. 410
Francesco Conte, p. 111
Gian Luca Conti, p. 303
Andrea Conzutti, p. 251
Cecilia Corsi, p. 67
Marco Cutrone, p. 227
Emilio Dolcini, p. 183
Delia Ferri, p. 517
Fabio Fiorentin, p. 183
Clemente Forte, p. 576
Alessandro Fricano, p. 666
Justin O. Frosini, p. 162
Davide Galliani, p. 183
Atonio Gusmai, p. 10
Gianluigi Iembo, p. 662
Elena Innocenti, p. 410
Fulco Lanchester, p. VIII
Raffaello Magi, p. 183
Carlo Magnani, p. 221
Michela Manetti, p. 194
Angelo Davide Marra, p. 540
Jason Mazzone, p. 162
Luca Minniti, p. 148
Giuseppe Monaco, p. 270
Luana Leo, p. 662
Fabio Pacini, p. 384
Adele Palma, p. 677
Marta Picchi, p. 1
Marco Pieroni, p. 576
Andrea Pugiotto, p. 183
Guido Rivosecchi, p. 336
Emanuele Rossi, pp. 64, 74, 370
Domenico Sabia, p. 410
Beatrice Sboro, p. 680
Chiara Scissa, p. 136
Franco Sicuro, p. 593
Filippo Venturi, p. 87
Chiara Venturini, p. 169
Elena Vivaldi, pp. 367, 563

Ricordo di un "partigiano" della Costituzione

FULCO LANCHESTER*

1. La scomparsa di Gianni Ferrara (1929-2021) nella notte fra il 20 e il 21 febbraio lascia un vuoto rilevante non solo nel mondo della giuspubblicistica italiana, ma anche in quello politico e sociale. Nel momento del commiato ringrazio la Direzione di *Quaderni costituzionali* per avermi invitato a rammentare gli elementi essenziali del suo contributo scientifico e politico. Lo farò ricordandolo nel contesto di una vicenda politico-costituzionale che ci vede tutti coinvolti e responsabili.

2. Max Weber ci ha insegnato che la scienza non è asetticità di valori, ma dichiarazione esplicita degli stessi insieme a controllo ed affidabilità dei risultati ottenuti. Ferrara è stato sin dalla sua prima giovinezza una persona schierata in modo aperto e tenace per il superamento delle diseguaglianze. È stato, inoltre, un marxista dichiarato e coerente, ma anche un giurista raffinato che ha contributo a far evolvere il dibattito costituzionalistico oltre i limiti del metodo giuridico tradizionale (L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* Roma, Laterza, 1996, p. 71), aprendosi anche alle problematiche dell'internazionalizzazione e della globalizzazione.
Come è noto, la dottrina giuspubblicistica italiana è stata caratterizzata fino agli inizi degli anni Settanta dalla presenza dei cosiddetti *giovani giuspubblicisti degli anni Trenta*, che - sulla base del dibattito internazionale (ad es. quello tra Kelsen e Schmitt) - hanno contribuito al passaggio dalla teoria dello Stato alla teoria della Costituzione. In particolare, Mortati (1891-1985), Crisafulli (1910-1986), Chiarelli (1904-1978), Giannini (1915-2000), Lavagna (1914-1984) ed Esposito (1902-1964), nell'ambito del complesso rapporto continuità- rinnovamento delle scuole che avevano caratterizzato la giuspubblicistica italiana dall'Unità in poi, hanno contribuito ad innovare in modo profondo il contesto metodologico disciplinare italiano, mantenendo nello stesso un peso determinante fino – appunto - agli anni Settanta.
Tra i più eminenti successori di questa schiera di Maestri si è posto senza alcun dubbio Gianni Ferrara, uomo leale e combattivo che ha sempre evidenziato fedeltà ai valori della Costituzione repubblicana e al canone interpretativo marxiano volto al riconoscimento della fondamentalità del bisogno nel nesso tra economia, politica e diritto (si v. G. FERRARA, *Riflessioni sul diritto,* Napoli, La Scuola di Pitagora,

* Professore ordinario a riposo di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

2019). In questa prospettiva complessa egli ha perseguito il consapevole congiungersi dell'elemento realistico con quello tecnico-giuridico e la pulsione teleologica verso il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale.
Nato 1929 a Casal di Principe, luogo di origine dei nonni materni, e vissuto negli anni dell'infanzia nel paese della famiglia paterna (Orta di Atella, sempre in *Terra di lavoro*), Ferrara scelse subito il socialismo libertario e antistalinista. Come ha dichiarato lui stesso, "la politica per la mia generazione è stata dramma e sofferenza. Soprattutto sofferenza, perché rispetto a ciò che noi volevamo fare, agli obiettivi che ci eravamo posti, agli ideali che inseguivamo abbiamo perso" (v. www.ciroraia.it/gianni-ferrara/).
In questa prospettiva, che ricorda la famosa affermazione di Carl Schmitt *der Besiegte schreibt die Geschichte (lo sconfitto scrive la storia)*, Ferrara è stato un intellettuale, un docente ed un politico dichiaratamente e orgogliosamente "partigiano", desideroso di lottare sempre in modo deciso per l'affermazione dei valori di democrazia sostanziale. Nella sua iniziazione egli afferma di essere stato influenzato prima dalla lettura, nella biblioteca del padre, dell'opera di Massimo Gorkij *La Madre* (nella traduzione di Cesare Castelli) e del *Manifesto* di Marx ed Engels, poi dalla strage operata dai nazisti in ritirata proprio ad Orta di Atella il 30 settembre 1943, mentre a Napoli si concludeva la rivolta popolare delle *quattro giornate*.
Iscritto alla Federazione giovanile del PSIUP nel 1944 ed attivo nella campagna per il referendum del 2 giugno 1946, la sua scelta di campo venne corroborata dai docenti del Liceo "Umberto I" di Napoli (dove si era trasferito da quello di Aversa). In particolare, lì seguì le lezioni su Marx e la sinistra hegeliana di Vera Lombardi (1904-1995), che poi aderì al gruppo di Iniziativa socialista, corrente europeista e critica dello stalinismo (v. su questo D. CIRELLA, *Una socialista eretica: biografia di Vera Lombardi,* presentazione di G. D'AGOSTINO; saggio introduttivo di G. CHIANESE, Napoli, Istituto campano per la storia della Resistenza, Libreria Dante & Descartes, 2003). Incominciò in quel periodo il percorso di Ferrara nel dibattito acceso della sinistra socialista, con da un lato significative simpatie per Lelio Basso e, dall'altro, alterità per il morandismo allora dominante nel Psi, ma, soprattutto, attraverso la successiva solida amicizia con Francesco De Martino, che poi si svilupperà in ambito romano.

3. Iscritto alla Facoltà di Giurisprudenza di Napoli vi incontrò, alla scuola di Alfonso Tesauro (1900-1976), il giovanissimo Giuseppe Guarino (1922-2019), vincitore nel 1949 del primo concorso di Diritto costituzionale del dopoguerra con Pietro Virga (1920-2004) e Vincenzo Gueli (1914-1969). Lo stesso Guarino ha ricordato espressamente i suoi tre giovani allievi della Federico II: Giuseppe Cuomo (1929-2002); Giovanni Motzo (1930-2002) e Gianni Ferrara, in una

Facoltà caratterizzata dalla presenza di personalità differenti come Giuseppe Capograssi e Tesauro (v. *Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: in ricordo di Giuseppe Guarino*, a cura di F. LANCHESTER, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p. 20). Questo rapporto è confermato dalla presenza proprio di Guarino come commissario nei procedimenti concorsuali che portarono in cattedra Cuomo (Cagliari: 1958), Motzo (Messina: 1965), Ferrara (Sassari: 1967).

Trasferitosi a Roma a metà degli anni Cinquanta, nel 1957 Ferrara divenne funzionario della Camera dei deputati, inserendosi nella riforma delle strutture della Camera e contribuendo, con i cosiddetti "giovani turchi", alla nomina di Francesco Cosentino (1922-1985) a segretario generale della Camera dei deputati nel primo periodo di centro-sinistra organico (1964). A detta di Mario Pacelli (*Interno Montecitorio,* con Giorgio Giovannetti, Torino, Giappichelli, 2020, p. 206) furono proprio Giuseppe Carbone, allora vicino a Antonio Giolitti (1915-2010), e Gianni Ferrara, a sua volta vicino a Francesco De Martino (1907-2002), ad indirizzare l'operazione di dinamicizzazione delle strutture camerali.

In un periodo di forti trasformazioni per dell'ordinamento, e di speranze per lo stesso, Gianni Ferrara produsse, tra l'altro, due volumi (*Il rinvio della legge alle Camere prorogate*, 1964; *Il presidente di Assemblea parlamentare*, 1965, entrambi per l'editore Giuffrè) che evidenziarono il suo indiscusso valore scientifico. La vittoria nel concorso sassarese, bandito nel 1965 e conclusosi nel 1967 per la *Dottrina dello Stato* con l'individuazione della terna Antonio Negri, Gianni Ferrara, Antonio Pigliaru [la commissione era composta da Giorgio Balladore Pallieri (1905-1980), Giuseppe Cuomo, Giuseppe Ferrari (1912-1999), Giuseppe Guarino, Enrico Opocher (1914-2004)], certificò il ritorno di Ferrara in Università, prima a Genova come straordinario, in seguito a Napoli per il Diritto costituzionale, per poi essere chiamato a Giurisprudenza della Sapienza, dove è divenuto professore emerito.

4. Le tesi che Ferrara portò avanti dal punto di vista tecnico-giuridico in quel periodo erano coerenti con l'impostazione di Lelio Basso (*Il Principe senza scettro*, Milano, Feltrinelli, 1958) e di Carlo Lavagna (*Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, n. 2, pp. 392 ss.) volte all'applicazione - in un sistema disomogeneo - del principio maggioritario-minoritario. Si trattava di un esplicito tentativo di attrarre l'indirizzo politico nella sede parlamentare, esaltando in questo la funzione del Presidente di Assemblea. Era – dunque – la prefigurazione della impostazione che – alle spalle della riforma dei regolamenti parlamentari del 1971 e della applicazione del titolo V – terrà nella monografia su *Il governo di coalizione* (Giuffrè, 1973), frutto anche dell'esperienza come capo di Gabinetto del vice-presidente del Consiglio De Martino nell'ambito del Governo Colombo (1970-1972). In un periodo di crisi

sistemica e di tensioni verso equilibri più avanzati egli pensava che la rivoluzione del testo costituzionale del 1948 superasse "la distinzione tra società omogenea e società non omogenea, [poiché] alla staticità delle differenze di classe mirava di sostituire la dinamica dell'eguaglianza sostanziale dell'art. 3, c. 2 della Costituzione. Ne elevava il contenuto rivoluzionario a compito della Repubblica, il solo prescritto come tale dal testo della Carta e perciò costitutivo della ragione dello stare insieme delle cittadine e dei cittadini della Nazione" (v. G. FERRARA, *"Il Presidente di Assemblea parlamentare"*, *quarantotto anni dopo*, in *Il Filangieri*, 2013, p. 305). Si trattava di una posizione alternativa a quella, ad es., di Mortati che sin dal 1944 aveva evidenziato la riduzione del ruolo delle Assemblee parlamentari nella formazione dell'indirizzo politico, il rafforzamento dell'Esecutivo e l'ampliarsi dell'intervento del Corpo elettorale attraverso le votazioni elettive o deliberative [faccio riferimento alla lettera di Mortati in risposta a quella di Mario Scelba (1901-1991) del 26 dicembre 1944, in Archivio Mortati, depositato in Fondazione Paolo-Galizia-Storia e libertà].
La centralità del Parlamento in questa prospettiva è rimasta per Ferrara il faro della difesa di una Costituzione non soltanto sotto sforzo, ma dopo la crisi di regime del 1993, spesso sul punto di rottura.

5. Proprio nella seconda metà degli anni Settanta il dibattito costituzionalistico, anche da significative posizioni della generazione degli anni Trenta [penso alla discussione su *la Costituzione e la crisi* su *Gli stati*, 1972, cui parteciparono tra gli altri Crisafulli, Jemolo (1891-1981), Sandulli (1915-1984), Mortati] si aprì la stagione delle riforme costituzionali cui Ferrara si oppose tenacemente, anche in antitesi alla prospettiva del gruppo fondatore della rivista *Quaderni costituzionali*. Di una simile posizione sono esempio i numerosi contributi su riviste e in Convegni, ma anche la sua attività sia come parlamentare nella IX e nella X legislatura che come responsabile della sezione problemi istituzionali del PCI ai tempi della Commissione Bozzi. Alle spalle della fase *consociativa*, nell'epoca del thatcherismo e del reaganismo, egli temeva una ristrutturazione neo-liberista in economia e nel campo delle istituzioni contraria al disegno costituzionale. Si trattò di una battaglia necessariamente difensiva, ma coerente rispetto all'interpretazione del testo costituzionale che aveva con ferrea logica prospettato negli anni Sessanta. Gianni Ferrara lo ha riconosciuto nel 2013, affermando testualmente che oramai "molte e profonde modifiche sono intervenute a connotare la forma di governo parlamentare in modo diverso dal profilo che essa aveva acquisito mezzo secolo fa, a disgelo costituzionale compiuto … [e] che è profondamente mutato, addirittura rovesciato il clima ideale e politico del nostro Paese, la stessa concezione della democrazia, sbandierata ora come decidente, immediata, di investitura, bipolare e via distorcendo." In questa mutata situazione *storico – spirituale* (come avrebbe detto Carl Schmitt, che Ferrara ha stimato in maniera incrementale dall'ormai

lontano Convegno romano del 1986 pubblicato da *Quaderni costituzionali* senza la sua relazione, finita invece su *Politica del diritto*), non gli sfuggiva "che la scelta del sistema elettorale maggioritario avrebbe definitivamente attribuito il potere di indirizzo politico al Governo e tutto intero", trasformando il Presidente di Assemblea parlamentare "'magistrato neutrale'[,p]erché neutralizzato dal potere del Governo, così come lo è il Parlamento, ridotto ad esserne l'organo esecutivo per la traduzione in leggi dell'indirizzo che gli detta. Un indirizzo disponibile peraltro solo in parte, quella residua dalla cessione della sovranità statale alla Commissione dell'Ue di Bruxelles e alla Banca centrale europea" (v. *"Il Presidente di Assemblea parlamentare", quarantotto anni dopo*, cit., p. 305). Nel momento in cui la crisi del 2008 aveva ibernato il circuito partitico-parlamentare, Ferrara riconosceva, ma non accettava la perdita di sovranità derivante dall'emergenza di bilancio, sostenendo le critiche formulate in materia proprio da Giuseppe Guarino.

6. In conclusione la testimonianza accorata di Ferrara che ripensa allo sviluppo costituzionale italiano (v. su questo – tra gli altri - *La Costituzione violata*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2013 e la prefazione al volume del suo allievo Massimo Villone, *Un decennio incostituzionale*, Castel San Pietro Romano, Manifestolibri, 2015) richiama quanto scrisse – in parziale accordo proprio con Ferrara - Costantino Mortati nell'ultima edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* (1975), ovvero che "la forza di rottura, potenzialmente contenuta nel testo costituzionale, radicalmente innovatore … non ha trovato energie sufficienti a metterla in opera, sicché la costituzione materiale, quale di fatto si è realizzata, ha privato di efficacia non solo e non tanto singoli precetti costituzionali, quanto la sua profonda essenza" (p. 95).
In questa prospettiva la battaglia giuridica e politica che Gianni Ferrara ha portato avanti per circa settantacinque anni e, dal 2003 al 2015, anche sulla rivista *costituzionalismo.it* (ora diretta da Gaetano Azzariti), potrebbe oggi sposarsi - proprio nel momento in cui alla emergenza politico costituzionale si sovrappone quella della sindemia sanitaria – con la lotta "partigiana" per il costituzionalismo e per la salvaguardia delle libertà fondamentali nell'ambito di un salto di qualità della costruzione europea.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

"Figli di un dio minore": quando lo *status filiationis* dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)

MARTA PICCHI*

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 30 del 21 febbraio 2020.
Disponibile all'indirizzo: https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0030s-20.html.

Sommario

1. Introduzione. – 2. I diritti della madre intenzionale in caso di coppia *same sex*, secondo la Corte costituzionale... – 3. …e i diritti del bambino. – 4. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 3 gennaio 2021

Suggerimento di citazione
M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze. Indirizzo mail: marta.picchi@unifi.it.

1. Introduzione

La vicenda che ha originato la questione di costituzionalità[1] riguarda due donne unite civilmente che erano ricorse, all'estero, alla procreazione medicalmente assistita (PMA) mediante tecniche di fecondazione eterologa: la *partner* non gestante aveva acconsentito alla PMA senza però contribuire con alcun apporto biologico. In seguito alla nascita del bambino nel nostro Paese, le due donne avevano chiesto di essere entrambe registrate all'anagrafe come madri ricevendo però il rifiuto dall'Ufficiale dello stato civile.

Secondo il giudice *a quo*, la disciplina vigente, nell'escludere questa possibilità, violerebbe i diritti della madre intenzionale e quelli del minore determinando un'irragionevole discriminazione per motivi di orientamento sessuale[2]. La questione di legittimità costituzionale sollevata ha riguardato l'art. 1, co. 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), nella parte in cui limita la tutela per le coppie omosessuali unite civilmente ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione civile, e l'art. 29, co. 2, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*) e successive modifiche, nella parte in cui consente di indicare come genitori soltanto quelli uniti in matrimonio, coloro che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e quanti hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati. In particolare, il giudice rimettente ha ravvisato il contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1 e 2, 30, 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24, par. 3, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, agli artt. 8 e 14 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e alla *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989.

In questa breve nota, saranno svolte alcune considerazioni in ordine alla ricostruzione compiuta dal Giudice costituzionale a proposito dei diritti della madre intenzionale e del bambino, sebbene ai diritti di quest'ultimo venga prestata scarsa attenzione non solo per il minor rilievo dato alla questione dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione ma anche per il fatto che proprio questo terreno costituisce l'aspetto più difficile da dover conciliare con il dettato costituzionale e,

[1] V.A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020, e S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *federalismi.it*, 35/2020, p. 105 ss.

[2] Cfr. Tribunale di Venezia, sez. II civ., ord. 3 aprile 2019.

in prospettiva, l'ambito sul quale insistere per ottenere un'apertura da parte della Corte costituzionale.

2. I diritti della madre intenzionale in caso di coppia *same sex*, secondo la Corte costituzionale...

Il dato dal quale prende avvio la decisione della Corte è che nessuna interpretazione adeguatrice sia possibile per la disciplina impugnata poiché l'art. 5, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) richiede che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità «siano coppie "di sesso diverso", atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita»[3]. La Corte richiama così la sentenza n. 221/2019[4] ove ha affermato che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, «l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è […] fonte

[3] Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 5.1.

[4] V.I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, p. 555; M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, p. 664; N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 373; A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2633; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2613; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2622; G. CASABURI, *"Qui non 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; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, 5/2020, p. 534; 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, p. 143; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 581; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 804; G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie 'same sex' di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni 'revirement'*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2019, p. 1466; U. SALANITRO, A strange loop. *La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1/2020, p. 206.

di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»[5]. Né ad opposte conclusioni si può giungere, ritiene il Giudice costituzionale, invocando la l. n. 76/2016 poiché questa, come precisato nella sentenza n. 237/2019[6], non consente, comunque, la filiazione né adottiva né per fecondazione assistita.

Gli invocati artt. 2, 3 e 30 Cost. non permetterebbero, perciò, una *reductio ad legitimitatem* delle norme impugnate poiché la disciplina sulle unioni civili introdotta dal legislatore nel 2016 «sottende l'idea, "non […] arbitraria o irrazionale", 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" (sentenza n. 221 del 2019)»[7]. Ecco perché l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitrice non assurgerebbe a livello di diritto fondamentale della persona, *ex* art. 2 della Costituzione. La Corte ricorda altresì che l'art. 30 Cost. non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli né la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori implica, come già precisato nella sentenza n. 162/2014, che «possa esplicarsi senza limiti»[8] dovendo compiersi un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti.

Invece, per quanto riguarda il prospettato contrasto con l'art. 3 Cost., la Corte osserva come, sebbene la giurisprudenza di legittimità ammetta il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di due madri, tuttavia la «circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, 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»[9].

È proprio a questo punto che la Corte afferma – compiendo, come vedremo[10], una lettura riduttiva – che non possono essere invocate neppure le fonti internazionali e la giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, quest'ultima ha

[5] Cons. dir. p.to 5.2.

[6] V.A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie 'same sex': norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2020, p. 563; G. CASABURI, *Nota a Corte cost., sent. n. 237/2019*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, p. 54; L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost. 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, p. 248; M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4/2020, p. 329.

[7] Cons. dir. p.to 6.

[8] Cons. dir. p.to 6.

[9] Cons. dir. p.to 6, ove è richiamata ancora una volta la sentenza n. 221/2019.

[10] *Infra*, § 3.

chiarito – anche nel recente parere del 10 aprile 2019[11] – che gli Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata; ciò che importa, in caso di ricorso all'adozione, è che la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace e, secondo il Giudice costituzionale, l'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1, lett. *d*), l. n. 184/1983, recante *Diritto del minore ad una famiglia*) risponderebbe a questi requisiti.

Tutto ciò porta la Corte costituzionale ad affermare che i molteplici precetti costituzionali invocati non impongano il riconoscimento della omogenitorialità all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente e, però, il legislatore potrà dare anche soluzioni di segno diverso, «non potendosi escludere la "capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali" (sentenza n. 221 del 2019)»[12]. A supporto di questa possibile evoluzione la Corte ricorda, per la seconda volta, che la Corte di cassazione, in più occasioni, ha ammesso, ai fini della trascrivibilità dei certificati di nascita formati all'estero, l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile perché non contraria ai principi di ordine pubblico.

Le considerazioni svolte conducono la Corte a ritenere non raggiungibile l'obiettivo auspicato dal giudice *a quo* attraverso il sindacato di costituzionalità ma soltanto per volontà del legislatore, visti anche i contenuti etici ed assiologici che lo connotano: detta scelta attiene, cioè, a quegli ambiti ove il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a bilanciare molteplici valori fondamentali, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale[13].

Perciò, l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore in materia induce la Corte a una pronuncia di inammissibilità.

Alla sentenza in commento sono riferibili tutte le considerazioni e le critiche che la dottrina ha rivolto alle due pronunce che l'hanno preceduta soprattutto perché giustifica la soluzione finale partendo dal fatto che la preclusione posta alle coppie lesbiche nell'accesso alla PMA non sia irragionevole: difatti, viene ripetuta ancora una volta una ricostruzione discriminatoria sul piano dell'orientamento sessuale per consentire la tenuta della legge[14]. Non solo, la Corte ricostruisce il

[11] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

[12] Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 7.

[13] Cfr. cons. dir. p.to 8.

[14] Cfr. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29/2020, p. 114 (spec. p. 137 ss.).

problema quasi esclusivamente in termini di eguaglianza/diseguaglianza nell'essere genitori guardando esplicitamente alle potenzialità generative della coppia e all'orientamento sessuale della stessa anziché muovere dall'interesse del minore.

La Corte compie però un passo avanti perché – se consideriamo la vicenda concreta, la giurisprudenza di legittimità richiamata e l'argomentazione svolta – ritiene possibile la trascrizione nel nostro Paese dei certificati e provvedimenti stranieri di riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre non gestante anche nel caso in cui questa non abbia contribuito alla PMA con l'apporto dei propri gameti ma prestando soltanto il consenso.

D'altro canto, però, l'assolutezza della ricostruzione compiuta della Corte fa ritenere che, in caso di nascita in Italia, non sia possibile l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita neppure quando il bambino abbia un rapporto biologico con la madre non gestante: conseguenza che presenta dei contrasti con la stessa giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale lo *status filiationis* – con riferimento alla surrogazione di maternità – deve essere sempre tutelato e riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino[15].

3. …e i diritti del bambino

Per quanto riguarda la tutela del minore, il Giudice costituzionale si limita, anche per questo aspetto, a rinviare al legislatore il compito di introdurre, nell'ambito della sua discrezionalità, «[u]na diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale»[16].

La Corte costituzionale è esplicita nel dire che la preclusione posta alla coppia *same sex* nell'accesso alla PMA è strettamente connessa e parallela al *vulnus* che viene così recato all'interesse del bambino e, nel riconoscere l'ampia discrezionalità del legislatore, esprime tutta la sua preoccupazione in caso di aperture in nome dell'interesse superiore del minore perché la tenuta costituzionale del sistema delineato dal legislatore del 2004 risulterebbe compromessa. Per questi motivi, il Giudice delle leggi e dei diritti non assume una prospettiva per così dire "adultocentrica" – come, invece, è stata accusata di fare talvolta la Corte EDU – ma non prende neppure le mosse dalla preminenza dell'interesse del minore.

La Corte EDU, nella sua giurisprudenza e nel primo parere consultivo reso in base al Protocollo n. 16, ha precisato che la scelta dei mezzi attraverso i quali

[15] Cfr. Corte EDU, sez. V, sentenze 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) e ricorso n. 65941/11 (*Labassée c. Francia*), sentenza 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 (*Laborie c. Francia*) e sentenza 21 luglio 2018, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14 (*Foulon et Bouvet c. Francia*).

[16] Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 9.1.

consentire il riconoscimento del rapporto giuridico tra il bambino e gli aspiranti genitori rientra nel margine di apprezzamento degli Stati[17]. In particolare, non sussiste un obbligo per questi ultimi di riconoscere detto rapporto *ab initio*: ciò che *the child's best interests* richiedono è una valutazione in concreto degli stessi e che il riconoscimento di tale rapporto, «*legally established abroad, to be possible at the latest when it has become a practical reality*»[18]. Perciò, oltre alla trascrizione dei certificati stranieri, gli Stati potranno optare anche per altre modalità in grado di tutelare il superiore interesse del minore, compresa l'adozione che, «*with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details*»[19]. La Corte EDU precisa ancora che l'adozione «*may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests*»[20].

Il fatto che i mezzi differenti dalla trascrizione debbano produrre effetti assimilabili alla trascrizione dei provvedimenti stranieri e che l'adozione sia accettabile purché si svolga in tempi rapidi e sia efficace porta a dubitare dell'adeguatezza dell'adozione in casi particolari non potendo produrre effetti equivalenti o similari.

Di conseguenza, la discrezionalità che la Corte EDU riconosce nell'individuazione delle modalità da seguire per pervenire all'instaurazione di un rapporto fra genitore intenzionale e bambino che sia equiparabile alla diretta trascrizione degli atti formati all'estero è trasformata dalla Corte costituzionale in una discrezionalità nell'*an*, di modo che la tutela del diritto del bambino a instaurare una relazione giuridica genitore-figlio finisce col dipendere dal luogo della sua nascita, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano. Basti pensare al caso di due coppie di donne che si rechino nello stesso periodo e nella medesima clinica straniera per accedere alle pratiche di PMA. Successivamente, la gestante della prima coppia riesce a partorire nel Paese straniero mentre la gestante della seconda coppia non può per un qualsiasi motivo (parto prematuro in Italia, impossibilità di fuoriuscire dal Paese per *lockdown* dovuto a pericolo di pandemia, ecc.). Il bambino della prima coppia potrà instaurare un rapporto di filiazione pienamente legittimante con la madre di intenzione e relazioni di parentela con la famiglia di quest'ultima; invece, il bambino della seconda coppia potrà instaurare un rapporto con la madre intenzionale soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, che non è pienamente legittimante e che, fra l'altro, non dà luogo ad alcun legame con la famiglia dell'adottante.

[17] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, § 50.
[18] § 52.
[19] § 53.
[20] § 55.

C'è di più. La Corte, pur avendo abbandonato, opportunamente, la distinzione fra infertilità patologica e quella fisiologica – "punto di forza" nell'argomentazione della sentenza n. 221/2019 –, continua a ritenere che non sia arbitraria né irrazionale l'idea della famiglia *ad instar naturae* quale luogo più idoneo per accogliere il nascituro. Sebbene il reale problema di fondo più che di "natura" sia di "cultura", anche ad ammettere la ragionevolezza di siffatta ricostruzione e della conseguente preclusione contenuta nella l. n. 40/2004 per le coppie *same sex*, nel momento in cui il bambino è nato non si può più ragionare in termini di "quale sarebbe stata la soluzione migliore prima del concepimento", ma di "quale sia la soluzione migliore per il nuovo individuo" al fine di consentirgli una crescita equilibrata nonché la comprensione e l'accettazione della propria identità.

In questa prospettiva, è del tutto irrazionale e discriminatoria la definizione dello *status filiationis* in base al luogo di nascita.

Non solo, il rischio è che la coscienza sociale sia ancora animata dal pregiudizio e dal timore per il diverso: il diritto, però, non può assecondarla e soprattutto deve sapere arretrare evitando di imporre dei vincoli alle relazioni affettive poiché il pericolo concreto è che possano essere lesi il superiore interesse del minore a consolidare anche legalmente le relazioni familiari, il suo diritto all'identità e quello alla genitorialità quale diritto della personalità. La stessa constatazione svolta dalla Corte a proposito dell'esistenza di un divario fra «realtà fattuale e realtà legale» dimostra la necessità che il diritto non crei esso stesso degli ostacoli nel mondo degli affetti, soprattutto laddove siano in gioco i diritti dei minori.

4. Riflessioni conclusive

Con la sentenza in commento non è stata pronunciata l'infondatezza delle questioni proposte ma l'inammissibilità, data l'ampia discrezionalità del legislatore nel disciplinare i criteri di accesso alla PMA e le modalità attraverso le quali "consentire" un qualche rapporto fra il bambino e la madre intenzionale.

Sia in caso di rigetto che in caso di inammissibilità, le questioni possono essere nuovamente sottoposte all'attenzione del Giudice delle leggi e dei diritti: tuttavia, l'impressione è che la Corte abbia voluto allontanare il più possibile da sé questi temi insistendo più volte sulla spettanza al legislatore delle scelte inerenti la tutela dei diritti del genitore intenzionale e dei figli, dato il suo ruolo di interprete della coscienza sociale.

Non solo, vi è l'impressione che la Corte abbia inteso produrre effetti ulteriori ponendo una "ipoteca" sull'esito della questione riguardante lo *status filiationis* dei bambini nati da surrogazione di maternità, il cui esame è atteso per l'inizio del 2021. Nonostante le convincenti argomentazioni svolte nell'ordinanza di

rimessione (Corte cass., sez. I civ., ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325)[21], si tratta di vedere se la Corte costituzionale vorrà mutare il proprio indirizzo, a così breve distanza di tempo, assumendo come prospettiva la preminenza dell'interesse del minore.

[21] Per una critica radicale all'ordinanza interlocutoria si veda F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 264 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA ISSN 2281-2113

Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020

ANTONIO GUSMAI*

Abstract (EN): The paper aims to investigate the consequences of the reduction in the number of representatives on the functioning of parliamentary groups, starting from the next Legislature. In particular, the reflection tries to outline the new possible conformation that the groups could assume in the near future, in order to keep in "balance" the constitutional arrangements desired by the "constituent political groups" in the Republican Charter. Starting from the assumption that groups are an "ontological subject of political representation" on which the political developments of the State formally depend, the essay is an opportunity to analyze some important aspects that characterize Italian constitutional democracy.

Sommario

1. Perimetrazione della riflessione. – 2. Democrazia, gruppi politico-parlamentari e riduzione della rappresentanza. – 2.1. È possibile fare a meno del requisito «quantitativo», a cent'anni dalle disposizioni sulla costituzione dei raggruppamenti politico-istituzionali? – 2.2. Sulle possibili funzionalità del gruppo Misto, *recte*: gruppo "Nazionale". – 3. Gruppi formali e informali: il fenomeno (anomico) degli inter-gruppi parlamentari. – 4. I gruppi parlamentari quali «organismi di diritto pubblico». – 5. Annotazioni conclusive: i futuri gruppi parlamentari fra rischi di ulteriore verticalizzazione e pericoli di esternalizzazione della decisione politica.

Data della pubblicazione sul sito: 3 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro". Indirizzo mail antonio.gusmai@uniba.it.

«Cambiamo ciò che va cambiato, rimettendoci coraggiosamente in gioco»
S. MATTARELLA, *Messaggio di fine Anno 2020*

1. Perimetrazione della riflessione

Per quanto, se si osserva la struttura dei Parlamenti contemporanei, deve rilevarsi l'inesistenza di un rapporto ideale fra numero dei parlamentari e densità della popolazione[1], resta pur sempre vero che, rievocando un bel contributo di Böckenförde, il rapporto di «rappresentanza» impone costantemente di guardare al concreto funzionamento delle Assemblee legislative. Sembra infatti potersi desumere dalle argomentazioni dello studioso tedesco che, per poter comprendere l'effettivo tasso di «democraticità» di un ordinamento, non basta tenere conto delle «forme» che esso assume, ma occorre anche guardare ai «contenuti» e alle relative dinamiche che lo caratterizzano[2]. In questo, probabilmente accogliendo l'invito di Duverger a studiare il diritto costituzionale tenendo conto non soltanto della disciplina formale delle istituzioni politiche, ma anche del loro concreto funzionamento[3].

Ed è proprio da questa magmatica angolazione che, nelle pagine che seguono, si proverà a riflettere sulle possibili conseguenze che potrà avere sui raggruppamenti parlamentari – in termini di concreto funzionamento della rappresentanza politica – la netta riduzione del 36,5% dei componenti del Parlamento, approvata dalle attuali Camere e confermata dal corpo elettorale in sede referendaria il 20 e 21 settembre scorso[4].

---

[1] Come da ultimo rileva S. BALDIN, *Il Parlamento*, in L. PEGORARO, A. RINELLA (a cura di), *Sistemi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 340, la quale precisa che «il numero di parlamentari non dipende dalla densità demografica del paese: la Cina, che in termini assoluti detiene il primato con i suoi attuali 2978 delegati, in proporzione al numero complessivo di abitanti viene superata da paesi come Regno Unito e Corea del Nord, i quali hanno una percentuale ben più elevata di rappresentanti».

[2] Il riferimento, in particolare, è a E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/1985, pp. 231 ss.

[3] Si veda M. DUVERGER (1955), *I sistemi politici*, Laterza, Roma-Bari, 1978, pp. 7 ss.

[4] Può tornare utile sin d'ora rinviare al *Dossier* del 19 agosto 2020 del *Servizio Studi* di Camera e Senato (reperibile all'indirizzo *www.camera.it*), il quale fornisce dati puntuali sull'intero *iter* di approvazione del testo di legge costituzionale, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* il 12 ottobre 2019. Il testo è stato approvato dal Senato, in seconda deliberazione, con la maggioranza assoluta dei suoi componenti, nella seduta dell'11 luglio 2019 (durante il c.d. Governo Conte 1, maggioranza a trazione M5S-Lega), e dalla Camera dei deputati, in seconda deliberazione, con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, nella seduta dell'8 ottobre 2019 (durante l'attuale Governo Conte 2, maggioranza a trazione M5S-PD). Passano da 630 a 400 i componenti della Camera dei deputati (il numero degli eletti nella circoscrizione Estero diviene pari a 8, anziché 12); da 315 a 200 i senatori elettivi

In particolare, l'obiettivo è quello di tentare di capire in che modo il funzionamento dei nuovi gruppi politico-parlamentari influirà, a partire dalla prossima Legislatura, sulla delicata struttura su cui si regge da più di settant'anni la nostra democrazia costituzionale. I gruppi, invero, come sì è già provato a spiegare in altra sede[5], sul piano costituzionale sono «soggetti della rappresentanza politica» da cui dipende la concreta realizzazione dell'indirizzo politico dello Stato[6]. Qualunque modifica in grado di incidere – direttamente o indirettamente – sul loro funzionamento, non potrà dunque che riflettersi sul delicato rapporto intercorrente tra elettori, eletti e forze politiche presenti nel Paese[7].

(i senatori della circoscrizione Estero scendono da 6 a 4). A seguito della modifica costituzionale muta, conseguentemente, il numero medio di abitanti per ciascun parlamentare eletto: per la Camera dei deputati, tale rapporto aumenta da 96.006 a 151.210; il numero medio di abitanti per ciascun senatore cresce, a sua volta, da 188.424 a 302.420. La variazione del numero complessivo dei parlamentari si riflette – nel momento in cui si ripartiscono i seggi nelle singole circoscrizioni in base alla popolazione – in materia differente. Tale differenza è chiaramente più marcata al Senato, dacché la Carta repubblicana prevede un numero minimo di senatori per Regione, che il testo di riforma costituzionale fissa ora in tre senatori per Regione o Provincia autonoma, fermo restando la previsione vigente dell'art. 57, comma terzo, Cost., relativa alle rappresentanze del Molise (2 senatori) e della Valle d'Aosta (1 senatore). Da ultimo, l'art. 3 del testo di l. cost., incide sull'art. 59, comma secondo, Cost., prevedendo espressamente che il numero di cinque senatori a vita nominati per alti meriti dal P.d.R., sia numero massimo riferito alla permanenza in carica di tale novero di senatori. Gli esiti del voto referendario sono stati netti: il SI ha raccolto quasi il 70% dei consensi (per la precisione, il 69,5%), il NO poco più del 30% (il 30,4%).

[5] Sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Cacucci, Bari, 2019, spec. pp. 314 ss.

[6] Per quanto ancora, lo stesso giudice delle leggi, nonostante alcune implicite aperture in tal senso, sembra faccia fatica a prenderne piena consapevolezza. Il riferimento, naturalmente, è alle non sempre lineari argomentazioni rinvenibili nelle ordinanze n. 17 del 2019 e 60 del 2020, su cui da ultimo si veda, nell'ampio dibattito che si è sviluppato, C.P. GUARINI, L. GRIMALDI, *Un altro tassello alle (de)limitazioni soggettive e oggettive del ricorso al conflitto tra poteri per la tutela del* giusto procedimento legislativo *(ovvero sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 60 del 2020)*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 2/2020, spec. pp. 13 ss.

[7] …ad esempio, conseguenti modifiche dei regolamenti parlamentari e della legge elettorale; ma, anche, eventuale introduzione di nuovi istituti di democrazia diretta che, se non adeguatamente disciplinati, potrebbero «prefigurare un canale di decisione politica alternativo, anziché complementare, a quello parlamentare, con conseguente emarginazione del ruolo di mediazione politica del Parlamento». Così, S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *federalismi.it – paper*, 15 aprile 2020, p. 3.

Il contributo, pertanto, non si limiterà ad indagare i possibili effetti che sortirà l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2020 sui raggruppamenti parlamentari[8]. Piuttosto, come si vedrà, la riforma costituisce l'occasione per meglio delineare, sul piano costituzionale, le dinamiche di tali realtà politico-istituzionali all'interno del circuito democratico-rappresentativo odierno. Un circuito che negli ultimi anni ha visto ormai invertire i rapporti di forza esistenti fra gruppi e partiti, a netto vantaggio della rilevanza – a partire da quella economica – dei primi[9].

Non da ultimo, ad essere lambita sarà l'annosa questione della natura giuridica dei gruppi. Questione tutt'oggi rimasta "incagliata" all'interno di categorie dogmatiche incentrate sulla tradizionale macro-suddivisione pubblico/privato.

2. Democrazia, gruppi politico-parlamentari e riduzione della rappresentanza

A partire dall'Atene di Pericle, la complessa parola «democrazia» oscilla tra «mito» e «realtà»[10]. Ancora oggi, nell'utilizzo che spesso se ne fa nei contesti più disparati, può essere un termine che «significa tutto» e, quindi, «in definitiva», non significare «niente»[11].

Proprio per tale ragione, poiché la riforma costituzionale è indubbio che sprigionerà i suoi effetti più significativi sugli assetti democratico-parlamentari, sembra opportuno leggerla e collocarla quantomeno in un ben preciso orizzonte di senso. Quello della «democrazia critica», non già «apatica»[12]. Ovverosia di «un

[8] A tali aspetti sono dedicati soprattutto i paragrafi 2, 2.1, 2.2.

[9] Di tutto questo si dà ampiamente conto in una recente indagine condotta dalla fondazione *Openpolis*. Invero, al 18 luglio 2019, da un'analisi dei bilanci dei partiti e dei gruppi è emersa una maggiore debolezza dei primi in termini di capacità di spesa (pubblica). Con il risultato che «i gruppi parlamentari hanno acquisito una nuova centralità nello scenario politico». Lo studio, intitolato "*Partiti deboli, democrazia fragile*", è rinvenibile al seguente indirizzo: https://www.openpolis.it/esercizi/la-vera-cassa-sono-i-gruppi-parlamentari/. Come meglio si vedrà nel paragrafo 4, l'importanza di tale ultimo aspetto, quello della rilevanza dei finanziamenti pubblici, dovrebbe poter incidere sulla natura giuridica dei raggruppamenti parlamentari.

[10] Non potendo annoverare intere biblioteche, ci si limita, qui, a rinviare all'approfondito studio di M.L. SALVADORI, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Feltrinelli, Milano, 2020, da cui sono tratte le citazioni riportate nel testo (p. XIII).

[11] Per riprendere le considerazioni di R.A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1997, p. 12, il quale precisamente scrive: «un termine che significa tutto, in definitiva non significa niente. È questo il caso di "democrazia", che attualmente non ha un significato delimitato e preciso, ma funge piuttosto da vago avallo a un'idea popolare».

[12] Espressione del potere già criticato da N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 8, nel trattare delle cosiddette «promesse non mantenute della democrazia». Egli, infatti, avvertiva: «Guardiamoci attorno, […] si assiste impotenti al fenomeno dell'apatia politica, che coinvolge spesso la metà circa degli aventi diritto al voto.

regime inquieto, circospetto, diffidente nei suoi stessi riguardi, sempre pronto a riconoscere i propri errori, a rimettersi in causa, a ricominciare da capo». Orizzonte prospettico che, soprattutto, ben al di là delle narrazioni costruite da alcuni soggetti politici attualmente al governo[13], sappia rifuggire da «grossolane teologie politiche» solo in apparenza democratiche, che «attribuiscono al popolo la capacità di non sbagliare mai, di essere sempre intrinsecamente giusto»[14].

Il fatto è che la democrazia, nonostante i numerosi equivoci e le incertezze definitorie che da sempre la caratterizzano in quanto forma di governo (diretta, indiretta, dogmatica, scettica, populista, radicale, elitaria, elettronica, etc.)[15], non può restare soltanto un «mezzo» di esercizio del potere precipuamente utile alla strumentalizzazione delle masse[16], ma deve pur sempre avere un «fine» per la collettività: garantire il più ampio pluralismo politico, affinché il *demos*, nonostante

---

Dal punto di vista della cultura politica, costoro sono persone […] semplicemente disinteressate per quello che avviene, come si dice in Italia, […], "nel palazzo". So bene che si possono anche dare interpretazioni benevole dell'apatia politica. Ma anche le interpretazioni più benevole non mi possono togliere dalla mente che i grandi scrittori democratici stenterebbero a riconoscere nella rinuncia a usare il proprio diritto un benefico frutto dell'educazione alla cittadinanza».

[13] È appena il caso di ricordare che, la previsione della riduzione del numero dei parlamentari, è stata presentata alla Camera dall'allora *Ministro per i Rapporti con il Parlamento e per la democrazia diretta* Riccardo Fraccaro (iscritto al Movimento 5 Stelle e attualmente sottosegretario del Presidente del Consiglio), accompagnata dalle seguenti parole: «La volontà popolare, che si è espressa con il voto democratico, ha sancito chiaramente il passaggio verso la Terza Repubblica, nella quale è essenziale riconoscere la centralità dei cittadini sul piano delle forme di partecipazione alla vita politica» (cfr. Audizione del 12 luglio 2018). Lo stesso Beppe Grillo, a soli due giorni dall'esito referendario (il 23 settembre 2020), non ha usato mezzi termini. Intervenuto al Parlamento europeo su invito di Davide Sassoli ha dichiarato: «credo nella democrazia diretta, non nel Parlamento». E ha aggiunto: «possiamo fare tutto con il voto digitale, anche una consultazione a settimana».

[14] A sostenere tale necessita è, ormai da tempo, G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 98-120.

[15] Da ultimo, su tale non facile argomento, può tornare utile la lettura del recente saggio di F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020.

[16] Il punto lo spiega bene M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 6-7, quando precisa che «la democrazia è insieme un ideale e una realtà […]. D'altra parte, occorre riconoscere che, se e quando viene meno ai suoi principi fondamentali e non persegue più i fini che le danno significato, subisce allora un mutamento qualitativo che la porta a sopravvivere come mera ideologia, ingannevole coscienza, discorso pubblico retorico privo di sostanza ma strumento efficace nelle mani di chi è in grado di manipolare quelle masse popolari pur sempre titolari, secondo la dottrina che la legittima, della sovranità».

la preoccupante «labilità» che lo caratterizza nel tempo presente[17], possa realmente partecipare, da ogni angolazione, «al lavorio continuo di distruzione delle oligarchie»[18]. Perché di questo ancora una volta si tratta, visto che «siamo al cospetto di una riforma che accentua la connotazione oligarchica del sistema costituzionale»[19].

La revisione costituzionale, comunque la si voglia giudicare nel merito, ridefinisce «quantità» e «qualità» della rappresentanza politica[20], andando a toccare il nucleo duro degli assetti democratici repubblicani[21]. Per dirla con

[17] Sulla «labilità del demos» si veda, già, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno*, Milano, 16-17 marzo 2000, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109 ss.

[18] Così, ancora, G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 49, il quale, poco prima – e senza ulteriori esitazioni – afferma che «forse a questo, realisticamente, si riduce la democrazia». Tale concetto è poi rafforzato poco oltre, lì dove l'Autore afferma che «la democrazia è dunque solo questo: la possibilità di creare 'momenti non eroici' di distruzione delle oligarchie» (p. 52). Invero, «la democrazia deve sempre e dovunque fare i conti con una mutazione le cui cause sono endemiche, cioè interne alla democrazia stessa: la mutazione oligarchica» (p. 32).

[19] F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., p. 61.

[20] In merito, A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 settembre 2019, p. 3; 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, pp. 5 ss.; P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *ConsultaOnLine*, n. 1/2020, pp. 77 ss. A. TORRE, *«Meno siamo, meglio stiamo»? Il numero dei parlamentari fra quantità e qualità della rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pp. 543 ss.; E. CHELI, *Al di là del "si" e del "no"*, disponibile all'indirizzo www.rivistailmulino.it, 3 settembre 2020.

[21] Tanto è vero che la «riforma sottoposta a referendum si trascina una serie di modifiche costituzionali indirette ancorché sottese, nella forma, ad un mero ricalcolo numerico della maggioranze necessarie ad eleggere il Presidente della Repubblica (art. 83 Cost.), eleggere cinque Giudici della Corte costituzionale (art. 135 Cost.), eleggere 1/3 dei membri laici del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 104 Cost.), procedere alla revisione costituzionale (art. 138 Cost.), modificare i regolamenti parlamentari (art. 64 Cost.), votare le leggi su amnistia e indulto (art. 79 Cost.), votare lo scostamento di bilancio (art. 81 Cost.), disporre la «fusione di Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni[...]» (art. 132 Cost.), presentare una mozione di sfiducia (art. 94 Cost.), oltre al ruolo dei Senatori a vita (art. 59 Cost.)». Così, da ultimo, L. DI MAJO, *Riduzione del numero dei parlamentari e centralità del Parlamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. n. 3/2020, pp. 62-63.

Bobbio, essa incide su quell'«insieme di regole (le cosiddette regole del gioco) che consentono la più ampia e più sicura partecipazione della maggior parte dei cittadini, sia in forma diretta che in forma indiretta, alle decisioni politiche, cioè alle decisioni che interessano tutta la collettività»[22].

Tali «regole» non riguardano esclusivamente gli assetti sistemici che, in generale, possono assumere la forma di Stato e la forma di governo di un ordinamento costituzionale[23]. La concreta realizzazione del pluralismo politico-sociale si realizza, invero, specie in una democrazia parlamentare, attraverso delicati equilibri procedurali interni alle Assemblee legislative, in grado persino di riflettersi sul significato stesso delle disposizioni costituzionali[24]. Ragione, questa, che ha opportunamente indotto alcuni studiosi a considerare il «diritto

[22] N. BOBBIO, *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?*, in AA. VV., *Il marxismo e lo Stato*, Mondoperaio, Roma, 1976, p. 19.

[23] Da qui, ad esempio, l'amplissima letteratura sulle interazioni tra diritto parlamentare e forma di governo, su cui si veda, solo per citare alcuni risalenti, ma importanti contributi, G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in AA. VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Giuffrè, Milano, 1968, I, pp. 346 ss.; A. MANZELLA, *L'esperienza costituzionale repubblicana*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, II, 269 ss.; S. LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 645 ss.; C. GATTI, *Senato della Repubblica: una 'rivoluzione parlamentare'*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/1989, pp. 159 ss.; M. COTTA, *Il Parlamento nel sistema politico italiano. Mutamenti istituzionali e cicli politici*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/1991, pp. 201 ss. Più di recente, si veda poi, almeno, C. CHIMENTI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo*, in A. MANZELLA (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 21 ss.

[24] Non a caso, non mancano critiche alla «concezione del diritto parlamentare come legge materialmente costituzionale, destinata a prevalere sulle disposizioni della Costituzione scritta e/o ad anticiparne le evoluzioni». Così M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, Parte I, p. 55. Situazione, questa, già nota a L. ELIA, *Riforma dei partiti mediante le norme dei Regolamenti parlamentari*, in *Giornale di storia costituzionale* (numero speciale su *I regolamenti parlamentari nei momenti di svolta della storia costituzionale italiana*, a cura di E. GIANFRANCESCO, N. LUPO), n. 15/2008, pp. 201 ss. In argomento, si veda, anche, V. ONIDA, *Audizione*, in *Indagine conoscitiva dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 1585 cost. 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*, Resoconto stenografico, 21 marzo 2019, p. 5, secondo il quale la riforma dei regolamenti parlamentari «non è un tema costituzionale in senso stretto».

parlamentare» come «avanguardia del diritto costituzionale»[25], dacché complesso di regole «strettamente collegato al principio democratico, che ispira e condiziona al contempo la forma di stato, la forma di governo e, di conseguenza, l'organizzazione e il funzionamento delle Camere, cui la Costituzione affida il compito di esprimere e realizzare la sovranità del popolo»[26]. O, si potrebbe forse dire con stretta logica aritmetica, il «diritto parlamentare» *sta* al «diritto costituzionale» *come* il «diritto processuale» *sta* al «diritto sostanziale». È infatti in primo luogo attraverso il "processo" assembleare che in una democrazia parlamentare trova realizzazione – o dovrebbe realizzarsi – la Costituzione con i suoi principi. È attraverso le regole procedurali dell'*iter legis*, nello specifico snocciolate nei regolamenti camerali, che si innova – o dovrebbe innovarsi – l'ordinamento giuridico e si conferisce quindi validità a tutte le altre fonti sub-costituzionali che consentono di far funzionare la macchina dello Stato (principio di legalità)[27].

Ecco perché, nel trattare dell'argomento, sembra opportuno quantomeno diffidare da visioni riduzionistiche e giudizi semplificatori tesi a sotto o sovra stimare le conseguenze derivanti dalla "resezione" della rappresentanza politica[28]. Piuttosto, come è stato detto, tale "escissione" parlamentare potrebbe essere la prima operazione di «un percorso a tappe» teso profondamente ad «incidere sul ruolo e sulla legittimazione del Parlamento nel sistema costituzionale»[29].

Non per nulla, si sta già discutendo dell'opportunità di adottare ulteriori micro-interventi diretti a consentire al futuro Parlamento di restare in "equilibrio",

---

[25] Secondo l'incisiva espressione di L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 23.

[26] A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, FrancoAngeli, Milano, 2019, p. 17.

[27] Qui si aprono questioni sconfinate che esulano dai propositi del presente contributo. La crisi del sistema delle fonti è notoriamente un problema complesso, sul quale la letteratura è così vasta che certamente non basterebbe una nota bibliografica per contenerla. Vero è che alla base dell'attuale disordine del sistema c'è la crisi della legge come fonte ordinante e, dunque, del Parlamento nazionale come principale organo della produzione normativa. Poiché a fare da sottofondo ci sono, in argomento, una serie di «mitologie» ancora vivissime in età contemporanea, ci si limita, qui, a rinviare alle acute e sensibili riflessioni di un illustre storico del diritto italiano. Cfr., pertanto, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed. accresciuta, Giuffrè, Milano, 2007.

[28] Dacché, come puntualizza M. CALAMO SPECCHIA, *Il "taglio" dei parlamentari e il fine della "*quality over quantity*": tanto rumore per nulla?*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, fasc. 1/2020, p. 20, in realtà «si tratta di un disegno di revisione costituzionale unitario che ancora una volta incide sulla configurazione dell'intero sistema dei pubblici poteri».

[29] M. D'AMICO, *Una nuova stagione di riforme costituzionali "a tappe" e le sue insidie*, in *federalismi.it*, 9 settembre 2020, pp. 4 e 9.

nonostante la nuova distribuzione dei "pesi" istituzionali[30]. Alcuni di essi apparentemente innocui, in quanto sembrano produrre un mero *restyling* del bicameralismo paritario[31]; altri, come si vedrà, sostanzialmente di segno

[30] Basti pensare che la maggioranza di governo, in via preventiva ed ipotetica, si era già premurata di approvare la legge 27 maggio del 2019, n. 51, recante "*Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*", in modo da rendere il sistema elettorale vigente applicabile a prescindere dal numero dei rappresentanti. In estrema sintesi, si delega il Governo a rideterminare i collegi elettorali (entro 60 giorni dall'entrata in vigore della modifica costituzionale), in quanto la riduzione del numero dei parlamentari comporta ripercussioni sulla perimetrazione degli attuali collegi. Senza incidere sulla configurazione del meccanismo elettorale, per quanto attiene al rapporto numerico tra seggi attribuiti nell'ambito dei collegi uninominali e seggi attribuiti nell'ambito di collegi plurinominali, la l. n. 51/2019 ha definito un criterio di determinazione dei collegi: non già in numero prestabilito fisso, bensì "a scorrimento" rispetto al numero dei parlamentari, applicabile cioè indipendentemente da quale sia tale numero. In particolare, la legge prevede un numero di collegi uninominali pari a 3/8 dei seggi da eleggere nelle circoscrizioni, con arrotondamento (all'unità inferiore per la Camera dei deputati, all'unità più prossima per il Senato). I restanti seggi (5/8) sono assegnati nell'ambito di collegi plurinominali. Sul punto, si veda, almeno, G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (Ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, pp. 375 ss.; G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali (audizione presso la Commissione I Affari Costituzionali)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2019, pp. 6 ss.; L. TRUCCO, *Audizione in merito al d.d.l. A.S. 881 su «Legge elettorale per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari» (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018)*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2019, pp. 13 ss.; L. GORI, *La sterilizzazione della legge elettorale rispetto al numero dei parlamentari*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2019, pp. 677 ss.; I. TANTULLI, *La Legge 27 maggio 2019, n. 51: una normativa elettorale applicabile indipendentemente dal numero dei parlamentari. Soluzione nuove, problemi antichi*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2019, pp. 132 ss.

[31] Si pensi alla riduzione da tre a due del numero dei delegati per ciascuna Regione (Valle d'Aosta esclusa) chiamati ad eleggere il Presidente della Repubblica, al fine di riequilibrare la proporzione rispetto agli altri parlamentari (dall'attuale 6,10% al futuro 6,44%); o alla c.d. riforma Fornaro, che intende abolire la «base regionale» che oggi caratterizza l'elezione del Senato, tesa ad ovviare al fatto che, a causa dell'approvata riduzione, il numero di senatori da eleggere in alcune Regioni sarà così minimo (ad es., 3 in Umbria e Basilicata) da trasformare – in partica – la formula elettorale da proporzionale a maggioritaria; e, da ultimo, alla riforma che prevede la parificazione dell'elettorato attivo e passivo tra le due Assemblee, portando, rispettivamente, a 18 e 25 anni la possibilità di votare e di essere votati. Singoli interventi di riforma che, però, mancando di una visione d'insieme, appaiono «deboli», «deficitari», di certo non in linea con una indispensabile «proposta complessiva» che tenga conto degli equilibri della «forma di governo parlamentare» e del «sistema delle autonomie territoriali». In tal senso, G.M. SALERNO, *Le*

«antiparlamentare»[32], poiché, se dovessero trovare realizzazione, potrebbero irrimediabilmente incrinare gli equilibri della democrazia voluta dai Padri, o, meglio, dai gruppi politici costituenti[33].

Si fa una certa fatica a prenderne piena consapevolezza visto il diffuso utilizzo terminologico invalso nella prassi, ma la Costituzione non sembra essere soltanto il risultato dell'attività politico-legislativa dei Padri costituenti. Nella loro individualità autorevole di tipo non leaderistico[34], costoro hanno certamente votato l'approvazione definitiva del testo. I suoi contenuti, però, così come pure quelli di tutte le Carte fondamentali non ottriate, appaiono piuttosto il prodotto dell'attività dialettica dei *gruppi politici costituenti*, a loro volta organizzati in

riforme dopo il referendum *costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *federalismi.it – paper*, 21 ottobre 2020, p. 9.

[32] L'espressione è di M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 245, il quale puntualmente ammonisce: «[…]ogni intervento, pur puntuale, sulla Costituzione si riverbera fatalmente sull'intera architettura. Nella specie, se mettiamo assieme l'iniziativa popolare indiretta, l'attuazione dell'art. 116 (che non richiede revisione *ex* art. 138 Cost., ma ha indubbia caratura costituzionale) e la riduzione drastica del numero dei parlamentari, la somma di queste varie iniziative potrebbe finire per avere un "segno" antiparlamentare, non necessariamente rintracciabile nelle tre iniziative separatamente considerate». Dello stesso avviso, è anche V. BALDINI, *Riduzione del numero dei parlamentari, democrazia di decisione, dinamiche del politico. Un'analisi critica della semplificazione strutturale delle assemblee rappresentative…*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 2/2020, p. 1660, il quale propriamente parla di «strategia antiparlamentare».

[33] Il riferimento è qui, soprattutto, al disegno di legge costituzionale AS 1089, "*Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*", approvato in prima lettura dalla Camera il 21 febbraio 2019 e attualmente all'esame del Senato; e alla proposta di legge costituzionale contenente "*Modifiche agli articoli 67 e 92 della Costituzione, concernenti l'introduzione dei principi di coerenza e lealtà nella formazione delle alleanze di Governo nonché del vincolo di mandato elettorale per i partiti e i gruppi politici organizzati*".

[34] Caratteristica, questa, che connota invece l'attuale momento politico, in cui gli indirizzi politici appaiono decisamente essere espressione di un *leader*, quando non proprio di un capo. Personalizzazione del potere e affermazione della «democrazia di investitura» sono, invero, almeno a partire dal 1993, problematiche che riguardano da vicino anche il nostro ordinamento. In merito si veda, già, L. CARLASSARE, *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 13/2002, pp. 63 ss. Più di recente, sulle dinamiche del «partito personale», F. MUSELLA, *Il partito politico tra reti e organizzazione*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica. Forma di governo. Network Analysis*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 33 ss. Più in generale, sul concetto di «leadership», si vedano le riflessioni di O.M. PETRACCA, *Leadership*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, nuova ed. agg., Utet, Torino, 2016, pp. 499-502.

commissioni entro le quali hanno trovato espressione di sintesi le articolate posizioni presenti all'interno delle varie forze politiche[35].

E così, se quanto sinora detto riesce a stare in piedi, è indubbio che a seguito del "taglio" della rappresentanza occorrerà *in primis* provare a "ricucire", nel miglior modo possibile, le regole di funzionamento dei gruppi politico-parlamentari[36].

È stato giustamente osservato, invero, che «se non intervenisse modifica alcuna dei regolamenti di Camera e Senato riguardo ai *quorum* attualmente previsti per la formazione dei gruppi, la possibilità di costituire gruppi si ridurrebbe di molto: tanto che alcune forze politiche, anche di medie dimensioni, non sarebbero più in grado di formare da sole un gruppo»[37].

Ciò significa che, a fronte dell'ampliamento del numero medio di abitanti rappresentato per ciascun parlamentare eletto, segue una corrispettiva riduzione del numero dei parlamentari che rappresentano le forze politiche all'interno delle Camere[38]. Con il risultato che ciascun parlamentare si troverà a (sovra)rappresentare non soltanto più elettori[39], ma anche più "voci" del partito, dovendo ciascuna forza politica necessariamente rinunciare alla presenza di propri esponenti all'interno dei gruppi, con conseguente complessiva contrazione del pluralismo politico-istituzionale[40]. Nelle democrazie contemporanee, infatti,

[35] Per maggiori approfondimenti sul funzionamento dei gruppi politico-parlamentari in tale cruciale fase della storia costituzionale repubblicana, sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 82 ss.

[36] Esigenza da ultimo avvertita da L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pp. 566 ss.

[37] N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2020, p. 332.

[38] A seguito della modifica costituzionale non muta, invero, soltanto il numero medio di abitanti per ciascun parlamentare eletto (come visto, per la Camera tale rapporto aumenta da 96.006 a 151.210; mentre per il Senato cresce, a sua volta, da 188.424 a 302.420), ma aumenta anche il numero medio di membri del partito politico rappresentati attraverso il gruppo politico istituzionalizzato all'interno delle Assemblee. Cfr. il *Dossier* del 19 agosto 2020 del *Servizio Studi* di Camera e Senato, cit., pp. 4 ss.

[39] Non a caso, prima del voto referendario, c'è chi ha opportunamente rilevato che gli elettori «dovranno avere chiaro che dietro la domanda "volete ridurre il numero dei parlamentari?", se ne cela un'altra, ben più insidiosa e profonda: "volete che il vostro voto conti meno?». Così S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali negativi di* questa *riduzione del numero dei parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 239.

[40] Del resto, come rileva G.F. CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 283, la dottrina francese e tedesca, molto più marcatamente di quella italiana, ha da tempo riconosciuto, nell'intendere il rapporto tra gruppo parlamentare e partito

occorre distinguere, non solo sul piano concettuale, la tradizionale *rappresentanza politica del corpo elettorale* dalla *rappresentanza politica dei partiti politici*. La prima forma di rappresentanza riguarda i singoli parlamentari in qualità di membri dei partiti (che al massimo, nelle democrazie pluraliste, possono rappresentare una frazione del corpo elettorale); la seconda, i singoli eletti in qualità di membri dei gruppi parlamentari (che in Parlamento rappresentano, o dovrebbero rappresentare, i partiti)[41].

Ad indebolirsi ulteriormente, pertanto, non appare soltanto la rappresentanza del corpo elettorale. Ma, anche, la rappresentanza di quelli che di recente sono stati definiti «i malati gravi» del sistema costituzionale: «i partiti politici», che vedono ancor più aggravarsi le già precarie condizioni in cui versa la democrazia interna agli stessi[42], ad esclusivo rafforzamento di segreterie e direzioni centrali poste al vertice di tali associazioni[43].

Poiché, sul piano giuridico-costituzionale, i gruppi politici appaiono costituire una realtà ontologica attinente – inevitabilmente – alle delicate problematiche riguardanti la rappresentanza politica[44], bisognerà adesso spostare l'attenzione

politico, l'esistenza di «un rapporto di rappresentanza, che farebbe del gruppo un rappresentante parlamentare del partito».

[41] Sulle conseguenze di tale distinzione nelle dinamiche del rapporto intercorrente tra partiti politici e gruppi parlamentari, sia permesso rinviare, ancora una volta, agli approfondimenti contenuti in A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 273 ss.

[42] Cfr. A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *federalismi.it*, n. 22/2017.

[43] Tra i primi a segnalare tale criticità, P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli art. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 184 ss.

[44] Si tratta di una realtà ontologica, in quanto è la stessa natura di organo collegiale del Parlamento a non poter fare a meno della loro esistenza, anche informale (basti pensare alla Gran Bretagna, al Canada e agli stati Uniti, che formalmente non hanno mai riconosciuto i gruppi parlamentari inevitabilmente esistenti nei rispettivi ordinamenti costituzionali. In merito, A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 109 ss.). Una soluzione differente, infatti, aprirebbe il varco a concezioni più marcatamente individualistiche della rappresentanza politica, riportando indietro l'organizzazione parlamentare ai tempi dell'Ottocento liberale, quando le Assemblee funzionavano mercé gruppi non strutturati a causa dell'assenza dei partiti di massa. Di diverso avviso sembra essere altra parte della dottrina, la quale, in un'ottica di inserimento e, dunque, di compatibilità col nostro ordinamento della figura del parlamentare «non iscritto», o «indipendente», o «senza gruppo parlamentare», oltre che nella prospettiva di soppressione del «gruppo misto», afferma: «in base a ciò che si ritiene di dedurre dal Testo fondamentale, l'adesione dei parlamentari ai gruppi sarebbe soltanto un onere». Si veda,

sulla loro regolamentazione giuridica, al fine di comprendere quale fisionomia potrebbero assumere a partire dalla prossima Legislatura.

2.1 È possibile fare a meno del requisito «quantitativo», a cent'anni dalle disposizioni sulla costituzione dei raggruppamenti politico-istituzionali?

È da esattamente un secolo che, specie alla Camera dei deputati, i requisiti per la costituzione di un gruppo parlamentare rimangono sostanzialmente gli stessi[45].

Invero, a partire dalle riforme regolamentari del 1920-22 della Camera bassa, per costituire quelli che all'epoca erano chiamati "Uffici" è sufficiente un numero minimo di deputati: venti, salvo la possibilità, per un numero inferiore di deputati rappresentanti un «partito politico organizzato nel Paese», di istituzionalizzarsi come gruppo "in deroga" a tale requisito numerico[46].

Al Senato, nonostante la recente riforma del suo regolamento approvata il 20 dicembre 2017, la realtà applicativa porta tutto sommato a conclusioni non troppo dissimili. Infatti, quello che inizialmente è apparso essere un «insperato miracolo»[47], a seguito della costituzione del nuovo gruppo renziano "Italia Viva-

A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 300 ss.

[45] Cfr. N. LUPO, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, pp. 3 ss.; e, *ivi*, ID., *Dopo la riduzione dei parlamentari e nel mezzo della pandemia, una "finestra d'opportunità" per il rinnovamento del parlamentarismo in Italia?*, Editoriale n. 3/2020.

[46] Secondo i regolamenti approvati, rispettivamente, nelle sedute del 26 luglio e 6 agosto del 1920, ulteriormente modificati nelle sedute del 22-23 giugno 1922, a loro volta integranti il regolamento dell'Assemblea liberale del 1900, «ciascun gruppo composto da almeno venti deputati costituisce un Ufficio» (art. 1). Poco dopo, al V comma dello stesso articolo, si stabilisce poi che «quando un Gruppo raggiunga almeno il numero di 10 iscritti può eccezionalmente essere autorizzato a costituirsi in Ufficio dal Consiglio di Presidenza, purché questo riconosca che esso rappresenti un partito organizzato nel Paese. L'attuale art. 14 del regolamento della Camera, in perfetta concordanza con le disposizioni appena citate, stabilisce che, per costituire un gruppo c.d. «ordinario», occorrono almeno venti parlamentari. E, al secondo comma, "in deroga" a tale limite numerico, aggiunge che, previa autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza, è consentita la costituzione di gruppi con meno di venti iscritti, quando rappresentino «partiti organizzati nel Paese», ciascuno dei quali abbia presentato, con il medesimo contrassegno, candidati in non meno di venti collegi e abbia ottenuto in uno di questi almeno un quoziente intero e una cifra elettorale nazionale non inferiore a trecentomila voti validi.

[47] In tal guisa è stata epitetata l'approvazione della riforma del regolamento dal Senatore a vita Giorgio Napolitano, in un messaggio inviato al relatore Calderoli e letto da quest'ultimo in chiusura della seduta del 20 dicembre 2017 (cfr. il resoconto stenografico di tale seduta, p. 94). Inoltre, si può ricordare che una cospicua riforma dei regolamenti parlamentari, articolata in ben 14 punti, «in attesa della riforma del Senato», era stata

PSI"[48], s'è rivelato poi essere nient'altro che un incerto esercizio di potestà regolamentare[49].

Da una parte, invero, la novella non modifica il numero minimo di senatori indispensabile per costituire un gruppo «ordinario»: ce ne vogliono almeno dieci[50]. Dall'altra, malgrado l'introduzione, a valere dalla XVIII Legislatura, del requisito della *necessaria corrispondenza tra gruppo parlamentare e soggetto politico presentatosi alle elezioni*, i rapporti di forza interni alle Camere hanno condotto ad un'assai discutibile interpretazione del nuovo regolamento[51].

Viene difatti ammessa la formazione di un gruppo sconosciuto agli elettori al momento del voto, qual è per l'appunto la costituzione – meramente parlamentare – del gruppo "Italia Viva-PSI", in tal guisa invalidando la *ratio* più profonda della

ritenuta necessaria nella relazione del gruppo di lavoro insediato presso la Presidenza della Repubblica all'inizio della XVII Legislatura (cfr. la relativa relazione del 12 aprile 2013. A commento, L. IMARISIO, *L'organizzazione delle Camere*, in M. CAVINO, L. CONTE, L. IMARISIO, S. SICARDI, G. SOBRINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La riforma respinta (2014-2016). Riflessioni sul ddl costituzionale Renzi-Boschi*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 131 ss.).

[48] Costituito il 18 settembre 2019. Formalmente l'iniziativa origina da una lettera diretta al Presidente Maria Elisabetta Alberti Casellati, con la quale il senatore Riccardo Nencini (proveniente dalla componente P.S.I. del Gruppo Misto, del quale era l'unico membro) comunica l'avvenuta costituzione del nuovo gruppo "Italia Viva-PSI". Esso è composto, prevalentemente, da senatori renziani provenienti dal gruppo "Partito Democratico", anche se non mancano membri provenienti da altri gruppi (come la senatrice Gelsomina Silvia Vono, inizialmente iscritta al gruppo "MoVimento 5 Stelle"; e Donatella Conzatti, proveniente dal gruppo "Forza Italia-Berlusconi Presidente").

[49] Sulla discussa e assai discutibile vicenda si veda G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2019; A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., pp. 72 ss.; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in *federalismi.it*, n. 12/2020, pp. 227 ss.; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *Costitttuzionalismo.it*, n. 1/2020, parte II, spec. pp. 197 ss.

[50] Soglia che, se si riduce in corso di Legislatura, porta allo scioglimento del Gruppo (art. 14, comma 6, r.S.). Unica eccezione è fatta per le minoranze linguistiche. Stabilisce, infatti, il regolamento che «I Senatori appartenenti alle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge, eletti nelle Regioni di insediamento di tali minoranze, e i Senatori eletti nelle Regioni di cui all'articolo 116, primo comma, della Costituzione, il cui statuto preveda la tutela di minoranze linguistiche possono costituire un Gruppo composto da almeno cinque iscritti» (art. 14, comma 5, r.S.).

[51] Di forzatura interpretativa e frustrazione del regolamento del Senato parla, da ultimo, N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., pp. 334.

sopraggiunta modifica regolamentare: quella di evitare il proliferare, nel corso delle future legislature, di nuovi gruppi parlamentari non corrispondenti ad alcuna formazione politica esistente al di fuori delle Assemblee legislative[52]. Con il risultato, per certi versi paradossale, di far regredire le norme di costituzione e funzionamento dei gruppi del Senato a quelle della Camera, dove non ha mai trovato realizzazione il principio della *necessaria* identità tra soggetto politico-elettorale (gruppo politico-partitico) e soggetto parlamentare (gruppo politico-parlamentare)[53].

[52] Stabilisce, infatti, il regolamento che «ciascun Gruppo […] deve *rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori*. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto» (art. 14, comma 4, r.S., corsivo dello scrivente). Inoltre, l'art. 15, comma 3, r.S., precisa che «[…] nuovi Gruppi parlamentari possono costituirsi nel corso della legislatura solo se risultanti dall'unione di Gruppi già costituiti». Non v'è dubbio, pertanto, che il nuovo gruppo "Italia Viva-PSI", non esistendo al momento elettorale (elezioni del 4 marzo 2018), si ponga frontalmente in contrasto con il combinato disposto degli articoli citati. Anche se, va detto, le disposizioni regolamentari non appaiono particolarmente perspicue, comportando sin dal nascere il rischio di forzature interpretative tese ad eludere la *ratio* della novella. In merito, tra i primi a denunciare tali aporie, G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del Senato. Luci ed ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017; S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2017, pp. 645 ss.; ID., *Liste-matrioska e gruppi parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 22 gennaio 2018.

[53] Non a caso il 19 settembre 2019, nel pieno rispetto del Regolamento, alla Camera dei deputati nasce il gruppo esclusivamente denominato "Italia Viva". A dimostrazione, questo, dell'importanza che vi sia «convergenza» fra i regolamenti dei due rami del Parlamento, non essendo sufficiente la presunta «organicità» (come si è autodefinita la novella, "riforma organica") delle disposizioni del regolamento di una sola Camera ad assicurare un'interpretazione-applicazione corretta delle stesse. In argomento, S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, cit., pp. 637 ss.; ID., *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato) / 2*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2018, pp. 181 ss.; M. MALVICINI, *Riforme istituzionali e regolamenti parlamentari. Spunti ricostruttivi alla luce della XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, pp. 2 ss.; M. MANETTI, *Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell'assetto politico-*

Già solo da tali premesse sembra possano trarsi alcune informazioni preziose in vista delle necessarie, prossime, modifiche dei regolamenti parlamentari[54]. Per quanto, naturalmente, è anche possibile che queste non giungano, in tale ipotesi ingenerandosi il rischio di flettere, sino a fiaccare, i già precari meccanismi di organizzazione e funzionamento del nostro sistema bicamerale[55].

In primo luogo – e questo più in generale, al di là di dei possibili effetti cagionati dalla diminuzione del numero dei parlamentari sui gruppi – sembra opportuno «armonizzare» quanto più possibile le regole di funzionamento delle due Assemblee[56]. Difatti, le divergenze di disciplina contenute nei regolamenti di Camera e Senato, potrebbero comportare effetti esiziali non soltanto sul buon

parlamentare, in *federalismi.it*, n. 1/2018, pp. 4 ss.; T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, in *Lo Stato*, n. 10/2018.

[54] Invero, come opportunamente sostiene B. CARAVITA, *I possibili interventi dopo il voto referendario*, in *federalismi.it*, n. 26/2020, p. VII, «Nei tempi brevi, comunque della durata della legislatura, occorre intervenire sui regolamenti parlamentari, per adeguarli al numero ridotto dei parlamentari». Il quale poi aggiunge: «Emerge in particolare il tema dei gruppi e delle commissioni, che al Senato può essere eccessivo per permetterne il funzionamento. Abbiamo vissuto per settant'anni con regolamenti differenti tra Camera e Senato, senza che ciò ridondasse in incostituzionalità, come più volte affermato dalla Corte costituzionale: non sarà il differente numero di commissioni tra le due Camere a provocare vulnera al buon funzionamento istituzionale!».

[55] Sul punto, 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., pp. 211 ss.; C. MARTUSCELLI, *La sessione di bilancio del 2019: verso un «bicameralismo dimezzato»?*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2019, pp. 631 ss.

[56] Utile, in merito, la riflessione di N. LUPO, *Per l'armonizzazione delle regole di Camera e Senato, in un bicameralismo (ancora) paritario*, in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Passigli, Firenze, 2017, pp. 65 ss.

funzionamento dell'organo legislativo[57], ma, soprattutto, sulle dinamiche sia della forma di Stato che della forma di governo[58].

Tale assunto, del resto, trova implicito riscontro nel monito di recente espresso dal giudice delle leggi[59]. La Corte, invero, ha avuto modo di precisare che «la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee». Non solo, dunque, sistemi elettorali differenti, ma anche regole parlamentari non armonizzate, rischiano di alterare il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare e la formazione di maggioranze parlamentari omogenee[60].

Ancora oggi, pertanto, la sostanziale formazione dei raggruppamenti politici all'interno delle Camere pare reggersi, in prevalenza, sul «requisito numerico». Requisito non già saldamente ancorato a effettive condizioni «politico-elettorali»

---

[57] Del resto, precipuo fine dell'approvazione, nel dicembre 2017, delle nuove regole sulla costituzione dei gruppi al Senato, è proprio quello di «consentire una più efficiente ed efficace organizzazione dell'attività parlamentare». Così, A.M. CITRIGNO, G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 settembre 2018, p. 8. Non deve obliarsi, invero, che specie a partire dalla XIII Legislatura, il Parlamento ha vissuto in misura crescente non soltanto fenomeni di trasmigrazioni di singoli parlamentari da un gruppo all'altro, ma ha visto anche proliferare la nascita di nuovi gruppi in corso di Legislatura. Per una puntuale critica di tali fenomeni degenerativi, si veda S. CURRERI, *Rappresentanza politica e mobilità parlamentare*, in N. ZANON, F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 189 ss. Opportuni rilievi anche in E. CATELANI, *Manutenzione dei regolamenti parlamentari come strumento di inizio di una mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, parte III, pp. 31 ss.

[58] A cominciare, come rileva N. ZANON, *Il transfughismo parlamentare: attenti nel toccare quel che resta del libero mandato*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, p. 139, dalla violazione dell'«eguale *status* che la Costituzione assicura a deputati e senatori». Diffusamente, in argomento, E. GIANFRANCESCO, *La riforma dei regolamenti parlamentari all'intersezione tra forma di stato e forma di governo*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Luiss University Press, Roma, 2009, pp. 234 ss.; ID., *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, pp. 10 ss.; A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari a seguito della riforma del regolamento del Senato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2018, pp. 13 ss.

[59] Corte cost., sent. n. 35 del 2017, *Considerato in diritto* n. 15.2.

[60] In tal senso, da ultimo, cfr. N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale*, in *federalismi.it – paper*, 21 ottobre 2020, pp. 10 ss.

determinate ad inizio della Legislatura dal voto degli elettori. Ma, come confermato dall'infelice verificarsi del «precedente»[61] della nuova formazione del gruppo "Italia Viva-PSI", soggetto al non sempre razionale dispiegarsi dei rapporti di forza governati dai *desiderata* dei *leader* politici più influenti[62]. Condizione, quest'ultima, che sembra aver davvero poco a che vedere con le declinazioni del principio del libero mandato *ex* art. 67 Cost., troppo spesso di fatto invocato – consapevolmente o meno poco importa saperlo – per giustificare la realizzazione illimitata di qualsivoglia trasfigurazione della geografia politico-parlamentare gemmata dal corpo elettorale[63].

[61] È A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 23-24, a chiarir bene come tra le fonti del diritto parlamentare non possa prescindersi dalla «giurisprudenza del presidente dell'assemblea, cioè [dal]le decisioni che quest'ultimo prende nell'esercizio della sua funzione di interpretazione ed applicazione del regolamento interno, tanto nella direzione dei lavori dell'assemblea, quanto nella sua qualità di organo di vertice e di coordinamento della complessa organizzazione interna di ciascuna camera. Questa attività interpretativa sfocia nella scelta, tra le diverse soluzioni astrattamente possibili, della norma ritenuta più coerente con le caratteristiche proprie del sistema formale (l'insieme delle norme scritte) e materiale (derivante dal concreto assetto delle forze politiche); si estende all'elaborazione delle norme di dettaglio e di integrazione di quelle scritte, che ne consentono la concreta operatività; persegue l'adeguamento continuo delle norme vigenti alle esigenze del funzionamento delle camere, allo scopo di assicurare "il buon andamento dei lavori" (art. 8 r.c.), cioè la permanente funzionalità di ciascuna camera e del sistema costituzionale nel suo complesso». In merito, possono tornare utili i numerosi lavori di N. LUPO, tra cui si vedano, almeno, *Presidente di Assemblea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, vol. 4, Utet, Torino, 2010, pp. 444 ss.; ID., *Il Presidente di Assemblea come "giudice" del diritto parlamentare*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. III, pp. 2053 ss.; ID., *I poteri di "giudice" e di "integratore" del diritto parlamentare*, in *Il Filangieri. Quaderno*, n. 2012-2013, 2013, pp. 183 ss.; e, da ultimo, ID., *Regole e regolarità nell'elezione dei presidenti delle Camere e nella formazione dei gruppi*, in *federalismi.it*, n. 6/2018. In merito, di «Magistrato d'Aula» ha parlato, tra gli altri, anche, A. TORRE*, Il magistrato dell'Assemblea. Saggio sui presidenti parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*.

[62] Come del resto rileva S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., 14, la costituzione del gruppo politico "Italia Viva-PSI", «dimostra in tutta evidenza come le prevalenti esigenze della politica possano portare ad interpretazioni estensive e derogatorie di una disciplina regolamentare chiara nella *ratio*, meno nella sua traduzione normativa».

[63] Un'interpretazione eccessivamente "morbida" del principio del libero mandato sembra essere accolta, ancora di recente, da una buona parte della giuspubblicistica nazionale. Cfr. M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, cit., pp. 174 ss.

L'art. 67 Cost., invece, contiene un «principio supremo»[64] che ha come punto di massima tensione quello della decadenza dalla carica del singolo parlamentare[65]. Ciò significa che egli resta libero di esprimere le sue scelte politiche, di dissociarsi dal gruppo di originaria appartenenza e finanche di disattendere le direttive adottate a maggioranza dal partito, senza con ciò rischiare di perdere il suo *status*[66]: nella peggiore delle ipotesi, il parlamentare viene espulso dalla forza politica e

[64] Largamente condivisa, invero, è la natura di «principio supremo» della libertà di mandato. Si veda, in merito, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, p. 333; R. CALVANO, *La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, p. 5; e, *ivi*, A. CIANCIO, *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*, p. 3; C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, pp. 2 ss.; G. DEMURO, *Il diritto individuale al libero mandato parlamentare*, p. 3; R. DI MARIA, *Una 'clausola vessatoria' in bilico fra la democrazia rappresentativa e la tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 9 ss.; P. MARSOCCI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell'art. 67*, pp. 4 ss.; C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, pp. 2 ss.; C. SBAILÒ, *Presidenzialismo contro populismo: col mandato imperativo si dissolve la democrazia costituzionale, ma non basta dire "no"*, pp. 7 ss. *Contra*, A. MANNINO, *L'abuso della mobilità parlamentare: ripensare il divieto di mandato imperativo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, pp. 135 ss.

[65] Sulle possibili declinazioni, costituzionalmente ammissibili, del principio del libero mandato, sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 271 ss.

[66] Anche se, è appena il caso di ricordarlo, esistono Paesi che ammettono la perdita del seggio del parlamentare che si iscriva ad un partito diverso da quello con il quale è stato eletto. Sul piano costituzionale, il caso europeo di maggiore tensione del principio del libero mandato, sembra essere quello portoghese. Invero, la Costituzione del 1976 prevede, all'art. 160, comma 1, una *anti-defection clause*, stabilendo che i deputati perdono il seggio, tra le altre cause, qualora s'iscrivano a un partito diverso da quello per il quale si sono presentati alle elezioni. La perdita del seggio è eventualmente dichiarata dall'*Assembleia da República*, contro la quale è possibile ricorrere al *Tribunal Constitucional*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 223, comma 2, lett. *g)* della stessa Costituzione. Anche se, sembra opportuno rimarcarlo, in dottrina non sono mancati dubbi sulla effettiva esistenza di un vero e proprio vincolo di mandato in tale ordinamento, vista, in ogni caso, la possibilità, per il parlamentare che abbia abbandonato il gruppo e non si sia iscritto ad altra formazione politica, di rimanere comunque in carica da «indipendente». Cfr. G. DAMELE, *Vincoli di mandato dei parlamentari e carattere democratico dei partiti. Spunti a partire dall'articolo 160 della Costituzione portoghese*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 maggio 2017, pp. 6 ss. Sul tema, un ampio e interessante studio, al quale si rinvia per maggiori approfondimenti, è quello di R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2005.

confluisce nel gruppo Misto[67]. Ma questo non vuol dire che una più sensata disciplina dei regolamenti delle Camere – come, quantomeno negli intenti, quella del Senato adottata sul finire della XVII Legislatura – tesa a mantenere una tendenziale corrispondenza tra gruppi parlamentari e soggetti politici presentatisi alle elezioni, sia di dubbia legittimità costituzionale[68]. Al più, come è stato autorevolmente detto quasi due decenni or sono, «un corretto modo di intendere il sistema di rappresentanza politica», non può che condurre «ad escludere che possa avere diritto di cittadinanza un fenomeno come quello della nascita dei partiti parlamentari»[69]. E questo perché, in un'ottica di corretta e ragionevole ponderazione tra le aspettative dei rappresentati (al momento del voto) e la libertà di mandato dei rappresentanti (in corso di Legislatura), «non ci può essere sui soggetti collettivi una discrasia tra liste elettorali e gruppi parlamentari, che impedisce ai cittadini elettori di imputare chiaramente delle responsabilità»[70].

È infatti appena il caso di rammentare che, in un sistema rappresentativo fondato sul libero mandato, alla triplice libertà di fatto assicurata agli eletti, sembra corrispondere una triplice soggezione degli elettori, che merita di essere attentamente bilanciata. Il rappresentante è infatti «libero»: *a)* dal popolo (secondo la visione liberale del mandato imperativo, che vuole l'eletto rappresentante della sola «Nazione»), *b)* dal partito e c), in seno alle Camere, dal gruppo di appartenenza (queste due ultime libertà, in ossequio ad una lettura moderna dell'art. 67 Cost., che include in tale previsione anche il «divieto di mandato di partito»). Mentre i rappresentati – sembra essere questa la più evidente contraddizione a cui conduce l'operatività della libertà di mandato concepita senza argine alcuno – restano specularmente «vincolati» non solo alle espressioni di libertà dell'eletto, bensì anche alle scelte politiche non sempre concordanti operate dai partiti e dai gruppi parlamentari (anche quando questi ultimi non sono la proiezione istituzionale di alcuna forza politica esistente nel Paese). Il tutto, peraltro, a volte nella vigenza di leggi elettorali che hanno consentito al corpo

[67] Come del resto ha ritenuto la giurisprudenza costituzionale italiana, sin dalla celebre sent. n. 14 del 1964.

[68] Come giustamente sostiene E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, cit., p. 11, «Finché sarà consentito al parlamentare di abbandonare il proprio Gruppo di originaria appartenenza senza incorrere in decadenza dal mandato […], rifluendo nel Gruppo misto, nessun ostacolo realmente consistente all'esplicazione del libero mandato parlamentare può scorgersi».

[69] P. CARETTI, *I gruppi parlamentari nell'esperienza della XIII legislatura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Cedam, Padova, 2001, p. 56.

[70] S. CECCANTI, *A costituzione invariata (ma non pecchiamo di iper-realismo?). La priorità è la disciplina sui gruppi*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2017, p. 23.

elettorale di scegliere soltanto liste predefinite di numerosissimi candidati, in gran parte sconosciuti agli elettori ed esclusivamente selezionati dalle segreterie dei partiti[71].

Se quanto sinora raffigurato ha anche soltanto la parvenza della validità logica, sembra opportuno chiedersi quale senso mantengano ancora le previsioni dei regolamenti parlamentari che impongono, per la costituzione dei gruppi, sostanzialmente il precipuo rispetto del solo «requisito numerico». In altre parole, se non sia propriamente il caso di prendere quanto c'è di buono della novella regolamentare del Senato approvata nel dicembre 2017 – in particolare, la regola della necessaria corrispondenza tra gruppo politico-partitico e gruppo politico-parlamentare – ed estenderla ad entrambi i rami del Parlamento. Eliminando, al contempo, ogni riferimento al numero minimo di parlamentari utili a costituire un gruppo. A rilevare, cioè, specie in un Parlamento ridimensionato, non dovrebbe più tanto essere la consistenza numerica del raggruppamento, quanto la corrispondenza ad una formazione politica che si è presentata alle elezioni ed ha ricevuto consensi da una frazione del corpo elettorale[72].

---

[71] È quanto avvenuto, come noto, nella vigenza della legge Calderoli (il c.d. *Porcellum*), prima che la Consulta (sent. n. 1/2014, *Considerato in diritto* n. 5.1) intervenisse a censurarla stabilendo che, «in definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione. Simili condizioni di voto, che impongono al cittadino, scegliendo una lista, di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a diventare deputati o senatori, rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)». Tale situazione è stata in parte risolta con l'adozione della vigente legge elettorale (l. n. 165/2017) la quale prevede un sistema elettorale misto, che nella parte proporzionale ammette la presenza soltanto di «liste corte bloccate» (massimo quattro candidati), nel pieno rispetto della giurisprudenza costituzionale. Per maggiori dettagli, si rinvia, sul punto, a N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 22/2017, spec. pp. 14 ss.

[72] Come da ultimo ricorda autorevole dottrina, «la possibilità di formare un gruppo che non corrisponda ad un partito presentatosi alle elezioni», non costituisce «legittima espressione della piena libertà d'azione politica del parlamentare (art. 67 Cost.). Questa libertà, propria del parlamentarismo liberale e non di quello democratico fondato sui partiti, non sembra tuttavia conforme ai principi costituzionali ed è causa, nella sua applicazione concreta, di un funzionamento patologico del sistema politico». Così A.

La riduzione di ben 375 parlamentari, invero, costituisce l'occasione per restituire una chiara connotazione politica all'organo legislativo, senza la quale appare difficile anche solo immaginare che possa riacquisire «centralità» nella sua funzione rappresentativa[73]. Se è vero che, a monte, i problemi della democrazia rappresentativa si annidano nella perdita di «centralità rispetto alla funzione di mediazione e di rappresentanza svolta (fin qui) dal partito politico»[74], *a fortiori* sembra opportuno che le stesse forze politiche, una volta entrate in Parlamento, siano veicolate da regole in grado, quanto più possibile, di dar loro voce e al

MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 73, i quali, oltre ad auspicare un'assimilazione della «disciplina prevista alla Camera sulla costituzione dei gruppi a quella del Senato, colmando l'attuale asimmetria», ipotizzano «altre soluzioni atte a rinsaldare il rapporto tra parlamentare e gruppo del partito nelle cui liste è stato eletto. Potrebbero infatti essere vietate: *a)* l'adesione dei parlamentari, ad inizio e in corso di legislatura, a gruppi diversi da quelli nelle cui liste sono stati eletti; *b)* la costituzione di gruppi diversi da quelli che si sono presentati nella competizione elettorale; *c)* il trasferimento del parlamentare, espulso dal gruppo o che l'abbia abbandonato, ad un altro gruppo – misto incluso, che potrebbe essere abolito – per privarlo – da "parlamentare non iscritto" – dei vantaggi (amministrativi, finanziari, ecc.) che i regolamenti riconoscono ai gruppi» (p. 84).

[73] Fermo restando che, come è stato detto, «la scelta di ridurre il numero dei parlamentari segna comunque una regressione e una recessione del principio democratico-rappresentativo e con esso della sovranità popolare». Così S. GAMBINO, *Quale centralità del Parlamento se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari*, in *ConsultaOnline*, fasc. III/2020, pp. 474-475. Dello stesso avviso, anche G. AZZARITI, *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, fasc. 1/2020; A. MORELLI, *Referendum e visioni della democrazia*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2020. *Contra*, tra gli altri, C. FUSARO, *Perché non è possibile votare "no" alla riduzione del numero dei parlamentari, anche se è una goccia nel mare delle riforme necessarie*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 241 ss.; V. ONIDA, *Le ragioni di un sì*, in *federalismi.it – paper*, 9 settembre 2020; e, *ivi*, dopo il risultato referendario, A. CIANCIO, *Quali riforme dopo la riduzione del taglio dei parlamentari? Brevi considerazioni a margine della proposta per la valorizzazione del Parlamento in seduta comune e l'introduzione della sfiducia costruttiva*, 21 ottobre 2020; G. DI PLINIO, *Dopo il referendum: le riforme e i loro presupposti*, 21 ottobre 2020.

[74] La citazione riportata è ancora di S. GAMBINO, *Quale centralità del Parlamento se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari*, cit., p. 475, il quale, al fine di «rivitalizzare» il Parlamento ritiene indispensabili «interventi strutturali, capaci di innescare un circolo virtuoso nel sistema politico, favorendo la rinascita di una forma partito, ovvero di una organizzazione collettiva che ne eserciti le funzioni, che sappia veicolare le istanze della società alle istituzioni, esercitando, "con metodo democratico", quel ruolo di intermediazione che consente ai cittadini di "concorrere…a determinare la politica nazionale" (art. 49 Cost.).

contempo responsabilizzarle nel perseguimento dell'indirizzo politico[75]. Soltanto così il Parlamento sembra avere una qualche reale possibilità di (ri)acquisire autorevolezza, frenando l'accelerazione democraticamente regressiva della concentrazione dei poteri normativi in capo ai governi[76].

Si potrebbe pensare, ad esempio, come avviene nel Senato belga, di introdurre la regola per cui i parlamentari possono organizzarsi in gruppi seguendo l'ordine delle liste nelle quali sono stati eletti, senza possibilità di scelta. O, per meglio dire, assicurando all'eletto la possibilità di aderire, naturalmente anche in corso di Legislatura nel rispetto dell'art. 67 Cost., a due soli gruppi: quello generato dalla forza politica di appartenenza presentatasi alle elezioni o, come unica alternativa, al gruppo Misto (nel Senato belga, invece, il parlamentare che abbandona il gruppo diviene "indipendente")[77].

Il tutto, magari, per evitare verticalizzazioni nelle associazioni politiche, nell'auspicabile vigenza di almeno due innovazioni legislative: *A)* la previsione di un sistema elettorale di stampo proporzionale «che preveda un'assegnazione dei seggi a livello territoriale o quantomeno parta dai territori, valorizzando in questo modo un più forte legame tra gli eletti e la circoscrizione di appartenenza»[78]; *B)*

[75] Presta attenzione al tema della responsabilità dei parlamentari a seguito del "taglio" della rappresentanza politica, A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari potrà rispondere alle attese?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 257 ss.

[76] Appare corretto, pertanto, quanto sostenuto da S. CURRERI, *Brevi considerazioni sugli effetti costituzionali, elettorali e regolamentari della riduzione del numero dei parlamentari*, in *federalismi.it – paper*, 21 ottobre 2020, pp. 9-10, secondo cui «le riforme regolamentari da approvare nell'attuale legislatura dovrebbero proporsi l'obiettivo di restituire il Parlamento alla sua dignità istituzionale, non solo semplificando e snellendo procedure spesso farraginose che si ripetono stancamente nonostante abbiano in massima parte perso di senso, ma soprattutto ponendo fine a quelle prassi che lo hanno degradato ad organo chiamato a ratificare per lo più passivamente le iniziative blindate del Governo o a delegarle a quest'ultimo; ruolo marginale che lo stress-test del Covid-19 ha impietosamente manifestato proprio nel momento in cui dall'opinione pubblica si è levata nettamente una maggiore domanda di Parlamento, non foss'altro anche ai fini della pubblica discussione delle misure prese per contrastare l'emergenza pandemia».

[77] Simili corrispondenze tra liste elettorali e gruppi parlamentari sono anche previste, seppur con discipline tra loro nel complesso divergenti, dai regolamenti delle Assemblee legislative olandesi, spagnole e rumene. Per maggiori approfondimenti, si veda il *dossier* del SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Dai competitori elettorali ai Gruppi parlamentari. Le regole ed i risultati in 11 Paesi*, gennaio 2008, n. 245, disponibile all'indirizzo www.senato.it, pp. 12 ss.

[78] A sottolinearne l'importanza è, da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 231.

l'approvazione di una nuova legge sui partiti che imponga a tutti i soggetti politici «requisiti minimi di democrazia interna e di adesione ai valori democratici (trasparenza, *par condicio*, partecipazione) nella fase di selezione delle candidature, in modo tale che la legittimazione degli eletti sia limpida tanto di fronte agli elettori, quanto rispetto ai colleghi provenienti da altre liste»[79]. Come è stato detto, «l'organo rappresentativo […] non deve essere o divenire un mero strumento del partito o delle decisioni del gruppo direttivo dello stesso, se non si vuole sminuire il ruolo del circuito Parlamento-Governo e dello stesso articolo 49 della Costituzione (nel quale si utilizza il verbo "concorrere")»[80]. Favorire una piena partecipazione degli elettori alla vita dei partiti politici, potrebbe infatti in parte compensare quanto è andato perduto dal corpo elettorale in termini di incidenza del proprio voto nella determinazione complessiva della rappresentanza politica nazionale, intanto ridottasi di oltre un terzo[81].

Quanto alla eliminazione del requisito numerico e al mantenimento del solo requisito politico-elettorale come condizione indispensabile per la costituzione di un gruppo, sembra opportuna qualche ulteriore precisazione.

In prima battuta, è interessante notare come l'assenza di un numero minimo di parlamentari per formare un raggruppamento caratterizzi il progenitore dei parlamenti contemporanei: quello britannico, ove notoriamente i gruppi parlamentari hanno preceduto la nascita dei partiti moderni, dando vita al fenomeno dei «*parliamentary parties*»[82]. Sempre per rimanere nel continente

---

[79] 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. 125.

[80] A precisarlo, ancora di recente, è A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, p. 3.

[81] Sembra opportuno segnalare che, negli ultimi anni, il «numero delle iniziative legislative di attuazione dell'art. 49 della Carta repubblicana, […] appare in nettissimo aumento; e paradossalmente ciò non è un buon segno per quanto riguarda i partiti, ma, anzi, costituisce un (ulteriore) segnale della loro crisi». Lo rileva P. ADDIS, *Le proposte di attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 130.

[82] Come visto però patologico nel nostro sistema. Sulla genesi dell'«organizzazione parlamentare» in Inghilterra, G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Edizioni Dell'Ateneo, Roma, 1950, pp. 13 ss., il quale rammenta che, nella storia inglese, il cosiddetto *Parliamentary Party* risale alla seconda metà del XVII secolo, mentre la vera e propria *Party Organisation* iniziò ad affermarsi coll'*Associazione Liberale di Birmingham*. Di «*parliamentary party* anglosassone», inteso come «nucleo che ha germinato il partito», discutono invece G. NEGRI, G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XV, p. 2. Sul rapporto tra «*Parliamentary Parties*» e «*Extra-parliamentary*

europeo, lo stesso accade nei Paesi Bassi, ove i regolamenti della *Tweede Kamer* e della *Eeerste Kamer* non stabiliscono alcuna limitazione numerica alla costituzione di un gruppo[83]. Anche in Portogallo non è richiesto un numero minimo di componenti[84].

A tale scelta, si potrebbero opporre una serie di argomentazioni, alcune dotate di un certo grado di fondamento.

Si potrebbe, ad esempio, sostenere che l'eliminazione del requisito numerico rischierebbe di portare ad una eccesiva frammentazione dello scenario politico, incentivando le forze sociali a presentarsi da sole alle elezioni. O, ancora, a ritenere che una tale soluzione potrebbe condurre a quella *contradictio in adiecto* rappresentata dai «gruppi monocellulari» e, comunque, in definitiva, che gruppi di piccola dimensione creerebbero non poche complicazioni nella composizione proporzionale delle commissioni parlamentari[85].

Parties», si vedano, anche, C. ROSSANO, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Jovene, Napoli, 1972, pp. 281 ss.; O. MASSARI, *I partiti politici in Gran Bretagna tra organizzazione interna e modello "Westminster"*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, pp. 107 ss.; M.P.C. TRIPALDI, T. TEKLÈ, *I partiti politici nell'ordinamento del Regno Unito*, in S. MERLINI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2001, I, pp. 215 ss. Sul punto, si vedano, anche, il manuale di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 755 ss.; e, da ultimo, di G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2017, 305-322, e pp. 364 ss.

[83] Si veda, ancora, il *dossier* del SERVIZIO STUDI DEL SENATO, cit., pp. 9 ss., il quale peraltro contiene utili tabelle riassuntive dei requisiti richiesti dalle regole parlamentari vigenti in ciascun ordinamento preso in considerazione, per la costituzione dei gruppi.

[84] S. BALDIN, *Il Parlamento*, cit., p. 346.

[85] In relazione a quest'ultima problematica, va rilevato che, nell'attuale composizione numerica del Parlamento, la questione è già presente. Non a caso, a prevalere al Senato è il criterio della «rappresentatività» su quello della «proporzionalità» nella composizione delle Commissioni: l'art. 21, comma 2, r.S., autorizza invero i gruppi parlamentari «composti da un numero di senatori inferiori a quello delle Commissioni» (che sono fissate in 14), a «designare uno stesso Senatore in tre Commissioni in modo da essere rappresentati nel maggior numero possibile di Commissioni». La questione, a seguito della riduzione dei parlamentari, sarà allora soltanto ancora più marcata e problematica, dovendo decidere se «dovrà prevalere la proporzionalità sulla rappresentatività (a scapito dei gruppi minoritari nonché dell'opposizione rispetto alla maggioranza) o, al contrario, la rappresentatività sulla proporzionalità (sovra-rappresentando i gruppi minoritari rispetto alla loro effettiva consistenza numerica». Sul punto, S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., pp. 7 ss., da cui è tratta la citazione. Quanto poi alla possibilità che, a seguito dell'eliminazione del requisito numerico, si possa eccessivamente frammentare la composizione delle Camere, molto dipenderà dal comportamento effettivo dei futuri soggetti politici. Di come, cioè, si

In realtà, quella che sembra essere una rigida alternativa ingenerata dalla riduzione dei parlamentari, non sembra lasciare grossi spazi a chissà quali altri sofismi. Come spesso si sente dire nelle aule di giustizia con linguaggio semplificatorio (ma a volte efficace), "delle due l'una": se si sceglie di ricorrere ad una mera riduzione dei *quorum* di un terzo per la costituzione dei gruppi politici (portando a 13 i deputati e a 6 i senatori sufficienti a formarli), il risultato potrebbe essere quello del definitivo blocco della macchina legislativa, a causa del probabile inadeguato funzionamento dei lavori delle attuali 14 commissioni permanenti[86]. E questo, ovviamente, ad ulteriore rafforzamento della produzione normativa degli esecutivi[87]. Invero, il già precario equilibrio attualmente esistente tra gruppi politici

"presenteranno" alle prossime elezioni e, ancor prima, con quale legge elettorale le stesse decideranno di selezionare i membri delle nuove Camere. Ad ogni modo, è appena il caso di evidenziare, «la questione dei gruppi monocellulari è un effetto della riforma di cui occorre volenti o nolenti prendere atto» (così, già, A.M. POGGI, *Audizione*, in *Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 1585 cost. 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»*, Resoconto stenografico, 28 marzo 2019, p. 14). Del resto, se si pensa che la giunta per il regolamento del Senato, in un parere del 30 marzo 2004, ha espressamente stabilito che «il regolamento del Senato, a eccezione della isolata e non estensibile previsione dell'art. 156 *bis*, comma 1, non conosce la figura delle componenti politiche del gruppo misto», è già possibile oggi che un singolo senatore appartenente al gruppo misto possa «darsi un'etichetta «politica» (avvicinandosi così al curioso fenomeno dei gruppi composti da una sola persona, o «monogruppi», in una certa fase piuttosto diffuso nei Consigli regionali)». Così L. GIANNITI , N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., p. 130.

[86] Non a caso, tale soluzione è stata definita «non […] particolarmente opportuna». Così, N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., p. 333. In argomento, possono tornare utili le riflessioni di L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in *Archivio giuridico "F. Serafini"*, 1961, pp. 44 ss.

[87] In tal senso, N. LUPO, *op. ult. cit.*, p. 337, il quale opportunamente denuncia una «legislazione rappresentata ormai in larghissima prevalenza da mega-provvedimenti "omnibus" – soprattutto decreti-legge e relative leggi di conversione – esaminati in sede referente perlopiù da commissioni con competenze "trasversali" quali le Commissioni bilancio e le Commissioni Affari costituzionali. Con contenuti che perciò sfuggono evidentemente al dominio delle commissioni "di settore", chiamate ad intervenire soltanto in sede consultiva». Appare condivisibile, allora, quanto di recente sostenuto da R. DICKMANN, *Valorizzare il bicameralismo simmetrico per amplificare la rappresentanza*, in *federalismi.it – paper*, 21 ottobre 2020, p. 3, secondo cui «Le Camere, decidendo di rivedere i propri regolamenti per adeguarli (ove occorra) alla loro mutata consistenza numerica, non potrebbero non considerar sul punto necessarie cautele nel mettere a fuoco eventuali nuove

e composizione delle commissioni, potrebbe pregiudicare le forze politiche minori nell'espletamento delle loro fondamentali funzioni legislative, ispettive e di controllo politico. Sarebbe oltremodo difficile immaginare, ad esempio, la loro efficiente e «proporzionale» presenza all'interno di tutte le commissioni, alcune delle quali – magari – funzionanti in concomitanza[88].

Di qui la possibile eliminazione della soglia numerica per la costituzione dei raggruppamenti, onde evitare che le forze politiche di piccole e medie dimensioni possano subire, in seno alle Camere, uno "sbarramento" ulteriore rispetto a quello già previsto dalle leggi elettorali (oggi del 3%, domani chi lo sa)[89]. A patto che, naturalmente, si predispongano ulteriori modifiche regolamentari, come ad esempio: *I)* l'introduzione del voto ponderato in commissione, che consentirebbe a ciascun gruppo politico di essere rappresentato nelle commissioni da un solo membro, il quale è chiamato ad esprimere un voto pari alla consistenza numerica del gruppo di appartenenza[90]; *II)* la riduzione del numero delle commissioni permanenti attraverso processi di incorporazione/fusione di quelle esistenti[91]. O,

soluzioni organizzative e procedurali che concilino le ragioni della rappresentanza con quelle delle governabilità e neutralizzino le tentazioni riformiste verso forme di governo imperniate sul primario ruolo dell'esecutivo».

[88] Su tali questioni, si vedano le puntuali considerazioni di S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., pp. 8 ss.

[89] Di «sbarramento implicito» derivante dall'applicazione della soglia di sbarramento prevista dalla legge elettorale, discute S. CURRERI, *Brevi considerazioni sugli effetti costituzionali, elettorali e regolamentari della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 6. Sull'utilizzo delle formule elettorali al fine di controbilanciare gli effetti negativi derivanti dalla riduzione del numero dei parlamentari sulla rappresentanza politica, si veda, ampiamente, M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, Parte III, n. 1/2020, pp. 65 ss.; e F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 3/2019, pp. 5 ss.

[90] Con gli accorgimenti, qui, suggeriti da attenta dottrina. Poiché, infatti, una soluzione di questo tipo conferirebbe la rappresentanza del gruppo a singoli membri del gruppo stesso, per far sì che «il loro voto corrisponda effettivamente alla volontà del (la maggioranza del) gruppo di appartenenza, occorrerebbe introdurre nei regolamenti (o statuti) dei gruppi parlamentari procedure e forme di partecipazione che garantiscano la democraticità della decisione espressa con il voto ponderato, similmente a quanto prevede oggi l'art. 53.7 reg. Sen. circa il diritto dei singoli iscritti al gruppo di presentare proposte sulle materie comprese nel programma dei lavori». In tal senso, S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 11.

[91] Si pensi al possibile accorpamento tra commissioni "Bilancio" e commissioni "Finanze" e, come sta mostrando la complessità della gestione dell'emergenza pandemica,

magari, prevederne finanche l'abolizione, sostituendo alle commissioni permanenti commissioni speciali formate di volta in volta, a seconda del numero e della complessità dei progetti di legge da esaminare[92], eventualmente integrate da «esperti» e «formazioni sociali» competenti per materia[93]; *III*) la "neutralizzazione", attraverso modifiche regolamentari di entrambe le Camere, della previsione contenuta nell'art. 72, comma 3, Cost., riguardante l'approvazione dei disegni di legge deferiti a commissioni in sede legislativa (dal r.S., *ex* art. 34-*bis*, ritenuta, assieme alla procedura "mista", la via preferenziale): disposizione notoriamente riconducibile all'esperienza parlamentare fascista (l. n. 129/1939) che, specie con la composizione ridotta delle nuove Camere, consentirebbe ad un

all'opportuna fusione tra commissioni "Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport" e commissione "Igiene e sanità" (alla Camera, rispettivamente denominate "Cultura scienza e istruzione" e "Affari sociali").

[92] Non è un caso che, proprio alle «commissioni speciali […] sembra andare la preferenza della Costituzione quando prevede commissioni "anche permanenti" per l'approvazione e l'esame dei disegni di legge (art. 72.3 Cost.)». Commissioni permanenti, dunque, prescelte dai regolamenti parlamentari, non già dalla Carta repubblicana. Così A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., pp. 146. Dello stesso avviso, sono anche L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., pp. 155, secondo i quali «L'art. 72 Cost., al comma 2, parlando della funzione legislativa dice infatti che il procedimento può essere deferito «a commissioni anche permanenti», sembrando quasi dare un'indicazione preferenziale a favore di commissioni non permanenti. La scelta dei due regolamenti, sulla scorta di quella già compiuta nel 1920-22, è stata invece di segno opposto». Del resto, è questo il modello britannico e canadese, in cui non sono previste commissioni «tecnicamente» permanenti. Le *standing committee*s, invero, «entrano in azione dopo la prima lettura in aula dei disegni di legge, con i due fondamentali obiettivi di raccogliere i pareri di esperti e membri del governo, e poi stendere una relazione dettagliata che motivi le raccomandazioni a favore o contrarie all'approvazione di ogni pezzo legislativo». Cfr. A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il parlamento*, cit., pp. 96 ss. In argomento, si veda, anche, M. BENTON, M. RUSSELL, *Assessing the Impact of Parliamentary Oversight Committees: The Select Committees in the British House of Commons*, in *Parliamentary Affairs*, 66(4), 2013, pp. 772 ss.

[93] L'apertura ad «esperti» e «formazioni sociali» è suggerita, ancora di recente, da A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit., pp. 5 ss., secondo cui l'odierno «modo di essere del procedimento legislativo […] appare una sorta di ferro vecchio e arrugginito, comunque inadeguato all'uso». All'uopo, è appena il caso di ricordare che il criterio della composizione proporzionale delle commissioni in base alla consistenza numerica dei gruppi è «stabilito dalla norma costituzionale (art. 72, comma 3) soltanto per le commissioni legislative in sede deliberante» (oltre che per le commissioni di inchiesta, *ex* art. 82, comma 2, Cost.). Cfr. A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 138.

numero risicatissimo di rappresentanti di approvare definitivamente, in spregio della dialettica pluralista assembleare, le future leggi dello Stato[94].

Chiaramente, quelle appena esposte possono apparire innovazioni radicali, specie se le si relaziona alla invarianza pluridecennale che ha caratterizzato il (mal)funzionamento di tali organi all'interno delle Assemblee[95]. Ma, come pure ha avuto modo di rilevare attenta dottrina, è forse il caso di cogliere «una finestra di opportunità che pare, per più versi, assai difficilmente ripetibile». Del resto, tanto per «i gruppi parlamentari», quanto per «le commissioni permanenti […] le caratteristiche imprescindibili per Costituzione non sono, a ben vedere, né numerose, né particolarmente stringenti». Il modello di organizzazione e funzionamento sinora adottato per le Camere non può – e, per le considerazioni svolte, non deve – essere considerato «immutabile»[96].

2.2 Sulle possibili funzionalità del gruppo Misto, *recte*: gruppo "Nazionale"

Consentire a ciascuna forza politica di formare un gruppo parlamentare esclusivamente in base al requisito politico-elettorale – impedendo, al contempo,

[94] Come sensibilmente rileva A. BARBERA, *I parlamenti. Un'analisi comparativa*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 59, «L'esigenza di sottoporre ogni interesse ad una discussione politica, che è uno degli elementi che distinguono il sistema parlamentare rispetto a quello corporativo, richiederebbe invece che fosse riconosciuta all'intera assemblea ogni decisione legislativa (ed infatti il sistema delle cosiddette commissioni in sede legislativa è eredità, in Italia, della Camera dei fasci e delle corporazioni)». Si pensi qui, ad esempio, alla «preoccupante» proiezione fatta da S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, cit., p. 9, secondo cui «Al limite, alla Camera in VI Commissione Finanza, che sarebbe composta da 26 membri, per approvare una legge basterebbero il voto favorevole di appena sette deputati (26:2=13:2=7); al Senato in XI Commissione *Lavoro pubblico e privato, e Previdenza Sociale*, che sarebbe composta da 13 membri, addirittura basterebbero quattro senatori (13:2=7:2=4). Sul punto, anche, A. FIORENTINO, *La "scoperta" dei procedimenti legislativi semi-decentrati: la nuova disciplina della sede redigente al Senato e l'introduzione della* procédure de législation en commission *in Francia*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2020, pp. 19-20.

[95] Come sottolinea N. LUPO, *Le conseguenze istituzionali del referendum del 20-21 settembre 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* n. 3/2020, pp. 591-592, «Il Parlamento italiano […] viene da decenni di "sofferenza" e non può permettersi il lusso di dare un'interpretazione minimale dell'impatto della riforma costituzionale, essendo anzi chiamato, con l'occasione, ad assicurare altresì l'attuazione di prescrizioni costituzionali rimaste prive di seguito nei regolamenti parlamentari […] e a "re-ingegnerizzare" modelli organizzativi e processi decisionali risalenti, adattandole alle profonde trasformazioni indotte dalle tecnologie digitali».

[96] Si veda, ancora, N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale*, cit., pp. 11-12.

che in seno alle Camere si possano costituire nuovi gruppi in corso di Legislatura – sposta inevitabilmente la riflessione sulla funzionalità che potrebbe assumere il tanto vituperato gruppo Misto. Definito, senza mezzi termini, una specie di «"*monstrum*" giuridico»[97] che andrebbe oggi sostituito con la figura del parlamentare «senza gruppo» o «non iscritto» o «indipendente», tipica espressione di alcune altre realtà istituzionali (ad es. Francia, Germania, Portogallo), tra cui l'Europarlamento[98].

In effetti, negli ultimi anni, il gruppo Misto non ha dato buona prova di sé[99]. Ma, si badi bene, alla luce degli attuali equilibri sistemici appare opportuna una certa prudenza nell'invocarne una brusca soppressione. La sua eliminazione, invero, potrebbe sortire l'effetto di una lacaniana "forclusione", la sua assenza potendo non necessariamente dispiegare effetti positivi sul piano costituzionale[100]. A ben vedere, non si tratta di "rimuovere" un mero organo interno alle Camere, peraltro mal visto sin dai primi anni del Novecento[101]. Le sue sorti, infatti, sono strettamente legate al principio costituzionale del libero mandato, la cui garanzia ha possibilità di trovare efficace soddisfazione in diversi modi, non tutti necessariamente riconducibili ad una visione atomistico-individualistica degli

[97] M. VOLPI, *Crisi della rappresentanza politica e partecipazione popolare*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno*, cit., p. 124.

[98] Sul punto sembra convergere gran parte della dottrina, favorevole alla soppressione del gruppo Misto. Da ultimo, N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari,* cit., p. 12; A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 84.

[99] Sono fin troppo note le vicende che hanno caratterizzato l'esplosione di tale gruppo nella c.d. "seconda Repubblica", a seguito dell'adozione di leggi elettorali di stampo maggioritario e conseguenti accordi pre-elettorali fra attori politici rivelatisi essere, poco dopo il voto, null'altro che coalizioni "fantoccio". Ne fa accenno, da ultimo, A.M. ACIERNO, *Gruppi parlamentari e commissioni permanenti a ranghi numerici ridotti: verso una nuova coscienza legislativa?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pp. 468 ss.

[100] Di qui la lacaniana "forclusione", piuttosto che il rifermento ad una mera ed indolore "rimozione" del gruppo Misto.

[101] Basti pensare che, già la classe politica liberale, epitetava il gruppo Misto come «promiscuo». Difatti, incidendo sull'indipendenza del singolo, avverso l'istituzione di tale gruppo si espresse con vivacità di toni, nel corso del dibattito sulle riforme, l'onorevole Salvemini. Posizione altrettanto fermamente contestata dall'onorevole Modigliani, relatore sul progetto di riforma del regolamento della Camera bassa del 1920. Cfr. *Atti Camera – Discussioni* – seduta del 24 luglio 1920, p. 3870. La proposta di sopprimere il gruppo misto venne nuovamente avanzata nella seduta del 22 giugno 1922 dall'onorevole Belotti Bortolo, ma fu poi respinta. Cfr. *Atti Camera – Discussioni* – seduta del 22 giugno 1922, pp. 6613-6615. Entrambi i riferimenti agli atti della Camera sono rinvenibili in www.archivio.camera.it.

attori parlamentari[102]. Del resto, «l'individuo isolato non ha, politicamente, alcuna esistenza reale, non potendo esercitare un reale influsso sulla formazione della volontà dello Stato. La democrazia può quindi esistere soltanto se gli individui si raggruppano»[103].

Cosicché, qualora, come conseguenza dell'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2020, non si dovesse optare per l'abolizione del gruppo Misto, è appena il caso di domandarsi se tale gruppo possa ancora mantenere ed esprimere una qualche utilità. E la risposta, lo si anticipa subito, potrebbe risultare a tratti sorprendente.

Se infatti i gruppi parlamentari «ordinari» dovessero ritornare ad essere quello che originariamente sono stati all'interno di un Parlamento davvero «centrale» nella forma di governo repubblicana[104], ossia «la proiezione dei partiti politici nelle Camere»[105], il gruppo Misto potrebbe dismettere il mostruoso aspetto di un'«idra dalle molte teste»[106].

Tramite la regola della necessaria corrispondenza, in ambedue le Assemblee, fra gruppi parlamentari e soggetti politici presentatisi alle elezioni, riducendosi notevolmente la triste piaga del transfughismo e della formazione di nuovi gruppi in corso di Legislatura, si potrebbe ben auspicare la fine di tali «autentiche truffe ai danni degli elettori e irrisioni al principio della sovranità popolare»[107]. Vicende che, come è stato autorevolmente detto, imprimono «una marcia inversa al circuito della rappresentanza politica», compromettendo «irreparabilmente quello che dovrebbe essere il nucleo essenziale di un sistema rappresentativo, ossia il rapporto che deve comunque essere mantenuto tra momento elettorale e proiezione

[102] Come in definitiva sembra essere, non lo si può negare, quella incentrata sul parlamentare «senza gruppo».

[103] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, il Mulino, Bologna, 1966, p. 24.

[104] Basti pensare che, nelle prime dieci legislature repubblicane, la maggior parte delle leggi è stata direttamente prodotta dalle commissioni permanenti in sede deliberante o legislativa. Cfr. C. DE MICHELI, L. VERZICHELLI, *Il parlamento*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 197.

[105] Non a caso, in uno dei primi – compiuti – studi sull'argomento, si legge che «la formazione dei gruppi parlamentari è ispirata […] ad un unico principio, consistente nella necessaria corrispondenza che deve intercorrere tra i gruppi medesimi e i partiti politici». Così, A. SAVIGNANO, *I gruppi parlamentari*, Morano Editore, Napoli, 1965, p. 209.

[106] Per utilizzare un'efficacie espressione di S. CURRERI, *Introduzione. Il transfughismo parlamentare tra dottrina e prassi*, in ID., *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze University Press, Firenze, 2004, pp. 7-34.

[107] Per come definite, in una serrata critica, da S. GALEOTTI, *La riforma del Regolamento della Camera dei deputati*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 249 ss.

parlamentare della volontà popolare (o, in altre parole, la corrispondenza tra soggetti che partecipano alla campagna elettorale e quelli che, pur senza vincolo di mandato, operano in Parlamento)»[108].

Poiché, come si è già avuto modo di argomentare, esiste un «nucleo duro» dell'art. 67 Cost., consistente non già nell'impossibilità da parte del gruppo politico-partitico di imprimere direttive al gruppo politico-parlamentare, ma riassumibile nell'impossibilità per l'eletto di perdere il proprio seggio, sotto questo aspetto, la previsione del gruppo Misto nei regolamenti parlamentari, nonostante il nome, non sembra propriamente riguardare il gruppo in sé, quanto proprio le prerogative del singolo eletto. La sua *ratio* appare essere quella di garantire il libero mandato del rappresentante e, pertanto, la sua *somma funzione* sembra risiedere nell'assicurare il *sommo dissenso*, consentendo la permanenza dell'eletto all'interno di un gruppo politico *nazionale* necessariamente parlamentare[109].

Sotto tale aspetto – e solo in questo – può valere quanto sostenuto dal Rescigno: «in realtà il gruppo misto non è un gruppo parlamentare in senso proprio, ma un espediente tecnico, cui si ricorre per ovviare ad inconvenienti pratici»[110]. Con la necessaria precisazione, però, che tale raggruppamento non si costituisce per volontà dei membri che ad esso intendono iscriversi. Esso, cioè, non deve la sua presenza assembleare ad una manifestazione di volontà dei parlamentari che non aderiscono ad altri gruppi politici o che, in corso di Legislatura, da questi ultimi intendono dissociarsi. Il gruppo Misto, dovendo assicurare il libero mandato parlamentare, appare costituzionalmente essere una *formazione sociale* «ove

[108] P. CARETTI, *I gruppi parlamentari nell'esperienza della XIII legislatura*, cit., p. 56.

[109] In questo, sembrano doversi considerare ancora attuali le osservazioni di G. NEGRI, G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, cit., p. 6, secondi i quali «la libertà dei membri del parlamento di associarsi in gruppi è condizionata e limitata da norme costituzionali e regolamentari che presuppongono e prescrivono la formazione di gruppi parlamentari con determinate caratteristiche, ed attribuiscono funzioni di rilevanza generale ai gruppi così costituiti. La costituzione di tali gruppi è intesa come necessaria: se i gruppi non si formassero, gli organi parlamentari non potrebbero costituirsi e tutto il sistema si incepperebbe. Per di più, dette norme non consentono la libertà di «non» associarsi, obbligando i parlamentari che non aderiscono ad alcun gruppo a confluire in un unico gruppo misto».

[110] G.U. RESCIGNO, *Gruppi parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 796, il quale, però, nell'intento di negare qualsivoglia rilevanza pubblicistica ai gruppi parlamentari, giunge a definirlo tale («espediente tecnico») esclusivamente «per consentire ai deputati non legati a gruppi o che non raggiungono il numero minimo prescritto, di partecipare ai lavori delle Camere a parità con gli altri membri».

l'individuo svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.) all'interno delle Camere[111]: in ipotesi, anche in assenza di iscritti, vive in quiescenza. La volontà dell'eletto, pertanto, non dovrebbe essere considerata costitutiva della sua giuridica esistenza. Essa piuttosto rileva soltanto per (ri)attivarlo, ossia per la sua esclusiva messa in funzione all'interno di un Parlamento – come quello moderno – necessariamente "molecolare" (*id est*, formato da gruppi) piuttosto che "atomistico" (*id est*, composto da individui)[112].

Ecco perché il gruppo Misto sarebbe forse meglio rinominarlo "Nazionale", in quanto si dovrebbe fare in modo che in esso possano trovare libertà di espressione esclusivamente i membri del Parlamento che rappresentano «la Nazione» (art. 67 Cost.) in modo divergente dalle forze politiche con le quali sono stati eletti. E dalle quali, soprattutto, si sentono di dissociarsi in quanto ritengano si siano allontanate dal programma elettorale in cui hanno riposto fiducia gli elettori. All'uopo, ad esempio, si potrebbe prevedere un'*iscrizione motivata* a tale gruppo, in cui il parlamentare renda edotte le Camere e gli elettori di tutte quelle ragioni che lo hanno portato ad abbandonare il raggruppamento d'origine.

Esso, insomma, dovrebbe e potrebbe realisticamente fungere da luogo di denuncia, ossia da Aula di "vetro" all'interno delle Camere, in grado di rendere trasparente all'osservatore lo stato di benessere/malessere in cui versa il sistema politico. Il variare delle sue dimensioni ed il moltiplicarsi, nel suo seno, di eventuali nuove correnti politiche, appare infatti rappresentare un quadro di sintesi della condizione in cui versa il rapporto fiduciario che lega Parlamento e Governo in un dato momento storico. Pertanto, di conseguenza, sembra assumere le sembianze di un nitido fotogramma, in grado di offrire preziose indicazioni agli elettori e ad altri organi costituzionali circa la stabilità del Governo in carica[113].

Anche solo per tale ragione legata, per così dire, alla «trasparenza istituzionale», il gruppo Misto (*recte*: Nazionale) sembra rivelare alcuni aspetti positivi, potendo ancora mantenere una rilevante funzione di garanzia nei confronti del sistema parlamentare: da una parte, infatti, potrebbe essere considerato come l'indice rivelatore di *accountability* della classe politica, nel senso che appare essere il gruppo "visibile" dal quale cittadini informati possono trarre sicure deduzioni in

[111] Più in generale, discute di gruppi come «formazioni sociali» A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1 /2020, pp. 616 ss.

[112] Ciò non significa, naturalmente, che in futuro non possano escogitarsi altre soluzioni a garanzia del libero mandato. Purché, però, esse non siano orientate ad isolare l'eletto, parcellizzando la rappresentanza politica con soluzioni dal tenore «individualista».

[113] Su tutti la presidenza della Repubblica, che pure è chiamata a rappresentare l'unità nazionale (art. 87, comma 1, Cost.), in quanto il Presidente è «magistratura d'influenza» garante degli equilibri politico-costituzionali (cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 2013).

merito alla capacità delle forze politiche di realizzare obiettivi di programma, sbandierati nelle campagne elettorali. Dall'altra, al contempo, esso rimane, *de jure condito*, pur sempre l'unica sostanziale garanzia di libertà del singolo parlamentare, il solo spazio pubblico istituzionale, cioè, in cui a trovare riparo è *in primis* il nucleo duro dell'art. 67 della Carta fondamentale.

In definitiva, come è stato opportunamente detto, «il gruppo misto non rompe, anzi fa salva l'unitarietà del sistema»[114], essendo il luogo in cui il singolo parlamentare, per il solo fatto di iscriversi, in realtà sembra compiere una triplice – contestuale – denuncia all'interno di una formazione sociale nazionale: la prima nei confronti di se stesso, rendendo pubblica la sua dissociazione dalla forza politica di elezione; la seconda nei confronti di quest'ultima, mostrando eventuali contraddizioni esistenti all'interno del partito; non da ultimo nei confronti degli elettori e degli altri organi costituzionali, i quali, dalla iscrizione o migrazione in corso di Legislatura del parlamentare (o, addirittura, di intere "correnti" di parlamentari), vengono in tempo reale resi edotti degli andamenti in cui versa il processo di rappresentanza politica[115].

3. Gruppi formali e informali: il fenomeno (anomico) degli inter-gruppi parlamentari

Come accennato in premessa, Duverger, nei suoi pregiatissimi studi, ha avuto il merito di mettere in guardia i costituzionalisti circa l'importanza del carattere «dinamico» dei sistemi politici. Con la conseguenza che le analisi giuspubblicistiche, intanto dovrebbero ritenersi attente e rigorose, in quanto sotto la lente d'ingrandimento finiscano tutte quelle prassi, quegli organi e, più in generale, «istituzioni» di fatto non previste in alcuna disposizione, eppure esistenti nella realtà costituzionale[116].

Per ciò che qui rileva, è questo il caso dei c.d. «inter-gruppi parlamentari»: associazioni trasversali di deputati e senatori appartenenti, a loro volta, ad una pluralità di gruppi politici regolarmente costituiti che, *informalmente*, si aggregano al fine di orientare la produzione normativa verso particolari interessi di categoria. Si tratta, cioè, di raggruppamenti eterogenei di parlamentari che utilizzano la funzione pubblico-legislativa per rappresentare non già gli interessi della Nazione (art. 67 Cost.), bensì per portare, all'interno delle commissioni, questioni

[114] G.F. CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, cit., p. 255.

[115] Per maggiori ragguagli su tale prospettiva, si veda, se si vuole A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 162 ss. e 314 ss.

[116] Si veda, oltre all'opera citata in nota 3, anche M. DUVERGER, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Puf, Paris, 1996, in cui l'Autore, attraverso lo studio delle dinamiche istituzionali, invita a capire «sia le regole sia il gioco» (p. 7).

riguardanti specifiche *lobbies* o altri soggetti appartenenti ad organismi sovra ed internazionali[117].

E così, spesso nell'anonimato generale e in assenza di procedure e controlli parlamentari che ne assicurino la trasparenza, tali gruppi si fanno promotori di interessi che ruotano intorno al mondo degli affari energetici, della cannabis legale, dell'eutanasia, dei centri termali, delle due ruote, del c.d. Terzo settore, dei *crac* bancari, delle sigarette elettroniche etc., sino a contarne, nell'attuale Legislatura, circa una sessantina[118].

Il fenomeno non è nuovo ed evidenzia una preoccupante assenza di confini nel sistema costituzionale tra ciò che dovrebbe restare al suo interno (indirizzo politico dello Stato determinato dai gruppi parlamentari), e quel che dovrebbe albergare all'esterno (interessi privati non selezionati attraverso le elezioni, che filtrano all'interno del sistema mediante la formazione di inter-gruppi non istituzionalizzati)[119].

Probabilmente sono questi, a monte e più in generale, i pericolosi effetti del *New public management* (Npm) criticati da ultimo da Colin Crouch. Modello neoliberista che impone sempre più strette relazioni tra titolari di cariche pubbliche e uomini d'affari all'interno di quelle che lo stesso studioso chiama «postdemocrazie»[120]. Con questo, sia detto per inciso, dando ragione a chi da tempo autorevolmente sostiene che il «governo rappresentativo» non sembra poter fare a meno della sua «dimensione oligarchica», formando «un meccanismo complesso che assembla parti democratiche e parti non democratiche»[121].

---

[117] Ne dà conto lo studio interdisciplinare di E. LEVI, R. DASI MARIANI, E. PAPARELLA, *Intergruppi parlamentari, rappresentanza fluida e recenti evoluzioni del parlamentarismo*, in *Costituzionalismo.it*, Parte III, n. 2/2017, pp. 121 ss.

[118] Considerata l'informalità di tali raggruppamenti, tale dato è tratto dall'indagine giornalistica di S. DELLABELLA, *A Montecitorio vincono gli intergruppi delle lobby*, in *Domani*, 9 ottobre 2020, p. 8.

[119] In Italia, il fenomeno inizia ad essere evidente a partire dal 2003. Durante la XIV Legislatura, infatti, ben 242 parlamentari provenienti dai più disparati gruppi politici (da Angelino Alfano a Pierluigi Bersani) danno vita all' "*Inter-gruppo parlamentare per la sussidiarietà*". Tale raggruppamento è presente ancora oggi. Per averne contezza, si consulti il seguente indirizzo: https://www.meetingrimini.org/eventi-totale/intergruppo-parlamentare-per-la-sussidiarieta-crisi-ed-economia-sociale-di-mercato/.

[120] Si veda C. CROUCH, *Combattere la postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 39, il quale precisa che la «barriera tra politica ed economia si trasforma così in una sorta di membrana semi-permeabile: le imprese devono poter influenzare il governo, ma non viceversa».

[121] Così, a conclusione di un importante studio sulla democrazia rappresentativa, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 263-264.

Si ritorna, allora, a quanto accennato all'inizio in riferimento proprio al fenomeno delle oligarchie: appare quanto mai indispensabile che il *demos* possa fare affidamento sulla presenza di misure normative atte a far fronte al continuo riprodursi di sacche di potere poco visibili. Costituendo, queste, forse la più grande minaccia a cui oggi è soggetto lo stato di salute delle democrazie costituzionali «pos-moderne»[122]. Democrazia, infatti, significa anche e soprattutto rispetto delle «formali regole procedimentali». E dunque, per dirla ancora una volta con Bobbio, «democrazia» non può che significare avversione per gli «*arcana imperii*» e predilezione di una concezione del «potere pubblico in pubblico»[123].

A ben vedere, il fenomeno degli inter-gruppi rappresenta un'altra modalità di formazione di quelli che, ancora oggi, sono i patologici «gruppi puramente parlamentari». Tipici dell'esperienza anglosassone (agli albori lì fisiologici) e affermatisi nel nostro Parlamento, come visto, specie a seguito dell'adozione di formule elettorali di stampo maggioritario[124]. Con due sostanziali differenze, però: gli inter-gruppi, diversamente dai *parliamentary parties* nostrani, sono pressoché sganciati da una chiara appartenenza ideologica (ne fanno parte parlamentari di diversa estrazione politica) e, soprattutto, in gran parte sono invisibili: non costituiscono «oggetto di alcuna disciplina, né regolamentare, né, tantomeno, legislativa»[125].

Nonostante i propositi di tali raggruppamenti informali appaiono in alcuni casi essere virtuosi[126], se in futuro non dovessero trovare riconoscimento quantomeno all'interno dei regolamenti parlamentari, l'impressione è che potrebbe realizzarsi un duplice esiziale effetto di risulta, non propriamente rassicurante. Da una parte, infatti, dovrebbe accettarsi l'idea che il circuito della rappresentanza politica si regga *anche* su intese trasversali fra parlamentari che svalorizzano e vanificano la

---

[122] Sui cui caratteri, ancora di recente, si sofferma P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, pp. 79 ss.

[123] Cfr. N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, X, 1980, pp. 181-203.

[124] Come precisa S. CURRERI, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/1999, p. 271, l'instaurazione di un metodo elettorale sostanzialmente maggioritario, attraverso la sostanziale valorizzazione delle qualità personali dei candidati, ha reso «il gruppo parlamentare più autonomo rispetto al partito ed il parlamentare rispetto ad entrambi».

[125] E. LEVI, R. DASI MARIANI, E. PAPARELLA, *cit.*, p. 128.

[126] È il caso, da ultimo, dell'inter-gruppo parlamentare "*Stop palmoil*", che si propone di non incentivare più per legge la combustione di olio di palma nella produzione di biocarburante ed energia elettrica verde (ogni litro di olio di palma bruciato emette indirettamente tre volte più CO2 di un litro di gasolio). Cfr. l'intervista rilasciata dalla deputata R. MURONI, *La battaglia contro l'olio di palma si è spostata in parlamento*, in *Domani*, 11 ottobre 2020, p. 11.

presenza dei partiti politici. Dall'altra, come corollario, che la presenza di tale realtà sommersa della rappresentanza riporti indietro le lancette dell'organizzazione e del funzionamento delle Camere ai tempi del Parlamento proto-liberale. Ad una fase storica, cioè, in cui le Assemblee erano prevalentemente gestite da singole individualità influenti nella società civile, non già da forze collettive organizzate in grado di dar voce alla pluralità, capaci di selezionare e sintetizzare pubblicamente la complessa moltitudine delle istanze provenienti dal corpo sociale[127].

Poiché alto è il rischio dell'ulteriore pervertimento e della privatizzazione della funzione legislativa repubblicana – così come, nonostante tutto, appare oggi oltremodo impensabile recitare il *de profundis* del partito politico in assenza di validi collettori politici alternativi[128] – sarebbe opportuno che i regolamenti delle Camere si preoccupassero di governare la diffusione di tale umbratile fenomeno associativo[129]. Specie in un Parlamento, come sarà il prossimo, a ranghi ridotti, in cui le singole individualità, essendo dotate di un maggiore potere rappresentativo, potrebbero più agevolmente erodere la già flebile forza dei canali ufficiali della rappresentanza politica (partiti e gruppi parlamentari)[130].

---

[127] Del resto, «agli occhi della cultura giuridica otto-novecentesca, il partito appariva sinonimo di fazione, elemento divisorio da considerare con sospetto e diffidenza». Così A. SCORNAJENGHI, *L'Italia del primo decollo 1900-1917*, in P. POMBENI (a cura di), *Storia dei partiti italiani*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 61.

[128] Di qui, in mancanza di alternative alla forma partito, la preoccupante accelerazione verso nuovi schemi dell'azione politica democratica orientati alla mitizzazione del soggetto collettivo artificiale per antonomasia: l'intero e unitario «popolo», invocato da alcuni *leader* politici per giustificare e dare la parvenza della serietà costituzionale ad ogni tipo di proposta demagogica. Ragion per cui il «populismo», come da ultimo spiega N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 18, «non è un'ideologia o uno specifico regime politico, ma un *processo rappresentativo*, attraverso il quale viene costruito un soggetto collettivo con l'ambizione di conquistare il potere».

[129] Basti pensare che nella più gran parte dei casi i membri degli inter-gruppi si occupano di questioni anche aventi un'ingente rilevanza economica, tramite semplici «gruppi *WhatsApp*» (cfr. S. DELLABELLA, *A Montecitorio vincono gli intergruppi delle lobby*, cit.). E che, inoltre, nella precedente Legislatura, soltanto il 17% di tali raggruppamenti informali aveva un sito web, mentre appena il 28% degli stessi era dotato di una lista pubblica dei componenti (ne danno conto, ancora, E. LEVI, R. DASI MARIANI, E. PAPARELLA, *cit.*, p. 135).

[130] Canali della rappresentanza politica entrati in crisi, peraltro, già a partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Da quando, cioè, sì è assistito al fenomeno dell'appiattimento dei partiti sulle istituzioni, oltre che al primo fenomeno di personalizzazione del potere: il craxismo. Chiarificatrici, sul punto, le riflessioni di E. CHELI, *La «centralità» parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni*

Ecco che allora, sulla scorta di quanto ad esempio avviene nel Parlamento svizzero e di quello europeo, occorrerebbe istituire almeno un *registro pubblico* degli inter-gruppi, precisando che essi non possono in alcun modo agire in nome dell'Assemblea legislativa[131]. E tanto, al precipuo fine di limitare il rischio che vengano posti in essere accordi lobbistici trasversali e sotterranei, che nulla o poco potrebbero avere in comune con gli interessi generali della comunità statale[132].

4. I gruppi parlamentari quali «organismi di diritto pubblico»

Non è certamente questo il luogo per poter adeguatamente ricostruire l'annosa questione, tutt'oggi rimasta irrisolta, della natura giuridica dei gruppi parlamentari. Per guardare più da vicino gli aspetti critici che la caratterizzano occorre, infatti, rinviare ad altri studi maggiormente approfonditi[133].

Costituzionali, 1981, pp. 343 ss.; e L. ELIA, *La mediazione politica. Riflessioni sulla situazione italiana (1986)*, in *Giur. cost.*, n. 3/2011, pp. 2604 ss.

[131] Si veda R.S. 171.10 – Legge federale del 13 dicembre 2002 del Parlamento svizzero, il cui Capitolo VI è rubricato "Intergruppi parlamentari". L'art. 63 di tale legge, nel riconoscere tali raggruppamenti, stabilisce l'obbligo per gli stessi di «annunciare la propria costituzione e i propri membri ai Servizi del Parlamento, i quali tengono un registro pubblico degli intergruppi» (comma 2). Inoltre è esplicitamente stabilito che «gli intergruppi non possono agire in nome dell'Assemblea federale» (comma 4). Il testo della legge è consultabile al seguente indirizzo: https://www.parlament.ch/it/über-das-parlament/parlamentswörterbuch/parlamentswörterbuch-detail?WordId=165. Lo stesso accade all'Europarlamento, in cui l'attività degli inter-gruppi è disciplinata dalla regolamentazione interna adottata dalla Conferenza dei presidenti il 16 dicembre 1999 (modificato l'11 settembre 2014). Tali raggruppamenti hanno qui il fine di agevolare gli scambi di opinione su tematiche specifiche, oltre che di promuovere i contatti tra deputati e società civile. È espressamente esplicitato che non sono organi del Parlamento e non possono quindi agire in nome dell'istituzione. Viene soprattutto precisato che i presidenti degli inter-gruppi sono tenuti a dichiarare qualsiasi forma di sostegno di cui beneficiano, comunque ottenuto. Tali dichiarazioni, sono poi aggiornate ogni anno e vengono inserite in un registro pubblico custodito dai Questori. Maggiori informazioni sono rinvenibili in https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/it/organisation-and-rules/organisation/intergroups.

[132] Meno perplessità, invece, sembrano essere manifestate da E. LEVI, R. DASI MARIANI, E. PAPARELLA, *cit.*, pp. 153 ss., i quali, in tale fenomeno, appaiono ravvisare persino un processo di arricchimento della democrazia costituzionale.

[133] Sia consentito da ultimo rinviare ad A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 297 ss. Un'esaustiva rassegna dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali è rinvenibile, poi, anche nei contributi di A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari*, cit., pp. 30-39; e S. BANCHETTI, *La natura giuridica dei gruppi parlamentari*, in AA. VV., *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma, 2008, II, pp. 659-704.

È sufficiente qui, in vista della possibile riforma dei regolamenti delle Camere conseguente all'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2020, partire proprio dal dato normativo per convincersi di quanto in realtà, anche su tale fronte, sia necessario fare un po' di chiarezza.

Invero, l'art. 14 r.C., recita che «i Gruppi parlamentari sono associazioni di deputati» (connotazione privatistica), previste dalla «Costituzione e dal Regolamento» in qualità di «soggetti necessari al funzionamento della Camera» (espressione dalla eco pubblicistica)[134].

Tale disposizione, dal tenore marcatamente ancipite, sembra essere il risultato della commistione delle dottrine che ritengono essere il gruppo un «organo delle Camere» (c.d. tesi «pubblicistiche»)[135] con le opposte teorizzazioni che, invece, qualificano il gruppo come «organo di partito» (c.d. tesi «privatistiche»)[136]. Il regolamento della Camera, pertanto, sembra accolga la tesi c.d. «mista e dualistica» della natura giuridica del gruppo. Quest'ultimo pare, infatti, lo si voglia al contempo «organo dello Stato» (interno al Parlamento) e «associazione di diritto privato» (interno, prima ancora che alle Camere, al partito politico), dovendo fungere da raccordo tra i partiti e le Assemblee legislative[137].

Lo stesso giudice della nomofilachia, nell'analizzare la natura giuridica dei gruppi parlamentari al fine di risolvere un conflitto di giurisdizione nell'ambito di un giudizio riguardante obbligazioni contratte da un raggruppamento politico, ha sottolineato la necessità di distinguere «due piani»: uno propriamente parlamentare, «in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento»; l'altro, più marcatamente politico, nei cui riguardi «i gruppi parlamentari sono da assimilare ai partiti politici, ai quali va riconosciuta la qualità di soggetti privati, dato che nel nostro assetto costituzionale e nel generale quadro ordinamentale i partiti politici assumono la configurazione e il profilo di soggetti privati» nei cui confronti,

[134] Così l'art. 14, r.C., al comma 01, aggiunto il 25 settembre 2012 ed entrato in vigore il 12 ottobre dello stesso anno.

[135] Da ultimo, su tale posizione, sembra convergere un'autorevole dottrina. Il riferimento è a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 555, nota 133, il quale scrive: «si consideri che, per entrare nel recinto delle istituzioni, i partiti sono costretti a diventare altro da sé: i gruppi parlamentari, sia giuridicamente che politicamente, sono cosa diversa dai partiti. Essi non sono loro organi […], ma sono piuttosto organi delle Camere».

[136] Tra i primi a sostenerlo, P. RESCIGNO, *L'attività di diritto dei Gruppi parlamentari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, spec. pp. 303 ss.

[137] A teorizzare inizialmente tale tesi pare sia stato P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, p. 757.

pertanto, devono trovare applicazione le disposizioni civilistiche sulle associazioni non riconosciute[138].

È chiaro che la necessità di qualificare la natura giuridica dei raggruppamenti parlamentari nasce dal concreto bisogno di risolvere problematiche di rilievo pratico. Su tutte, questioni relative alle obbligazioni assunte dal gruppo, alla disciplina dei rapporti di lavoro con i dipendenti e, non da ultimo, come visto, motivi attinenti alla giurisdizione, vista l'importanza che assume in materia la previa conoscenza del giudice competente a *ius dicere*[139].

Tutte queste problematiche, però, per essere risolte, non è detto che abbisognino ancora oggi di trovare fondamento e giustificazione nell'incerta discrasia realizzata dalle tesi miste. Tali dottrine, invero, sembrano ignorare gli ultimi sviluppi del diritto pubblico europeo, il quale, avendo ampliato il concetto di «Pubblica Amministrazione» nazionale, si è già preoccupato di disciplinare tutte quelle ipotesi in cui soggetti privati sono chiamati a svolgere funzioni di rilievo pubblicistico[140].

È il caso, che in questa sede sembra rilevare vista la natura bifida dei gruppi parlamentari, dell'invenzione comunitaria del c.d. «organismo di diritto pubblico». Qualifica, questa, attribuibile a un «qualsiasi soggetto», avente anche natura giuridica privata, che mostra di possedere tre requisiti: *a)* deve essere stato istituito «per soddisfare specificamente *esigenze di interesse generale*, aventi carattere non industriale o commerciale»; *b)* deve essere dotato di «*personalità giuridica*»; e, non da ultimo, *c)* la sua attività deve essere «*finanziata in modo maggioritario dallo Stato*»[141].

---

[138] Il riferimento è a Cass., Sez. Un., ord. 19 febbraio 2004, n. 3335, da ultimo confermata da Cass. civ., Sez. lav., 4 gennaio 2018, n. 92.

[139] Su tali profili, S. BANCHETTI, *La natura giuridica dei gruppi parlamentari*, cit., pp. 684 ss.

[140] Cfr. S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY (a cura di), *Lo Stato e il suo diritto*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 18 ss.

[141] La prima definizione normativa di organismo di diritto pubblico risale alla direttiva 89/440/CE, al fine di individuare la sostanziale natura giuridica di quell'elevato numero di enti operanti nell'ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, in quanto patrimonializzati (o controllati o sovvenzionati) dallo Stato o da altro ente pubblico, non fossero tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di una valutazione formale, non essendo riconducibili nel novero delle persone giuridiche di diritto pubblico tassativamente individuate nell'Allegato I della previgente direttiva 71/305/CEE. Siffatta impostazione sostanzialista è stata pienamente confermata dal Legislatore europeo anche nell'impianto delle nuove direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, le quali hanno riprodotto pedissequamente la nozione di organismo di diritto pubblico elaborata dalle abrogate direttive nn. 17 e 18/2004.

Come noto, attraverso tale ampliamento del concetto di Amministrazione pubblica, si è cercato di evitare che, nella contrattualistica pubblica, soggetti sostanzialmente pubblici, ma formalmente privati come le società, potessero eludere la disciplina prevista a garanzia degli affidamenti delle commesse pubbliche. E così, quando un «qualsiasi soggetto», anche «in forma societaria», soddisfi tutti e tre i suddetti requisiti, dovendo essere considerato «amministrazione aggiudicatrice», potrà essere soggetto alla disciplina prevista dal c.d. Codice degli appalti[142].

È chiaro che la materia dei contratti pubblici è in parte dotata di una logica tutta sua, assai distante dalle regole del diritto parlamentare. A guardar bene, però, il riferimento analogico a tale disciplina non appare totalmente peregrino. Se lo si prende in considerazione da un punto di vista puramente giuspubblicistico, infatti, esso è in grado di offrire una definizione di ciò che oggi può e deve considerarsi «soggetto pubblico», a prescindere dalla veste giuridico-formale dell'ente di riferimento. La nozione di organismo di diritto pubblico, del resto, è stata elaborata per «coprire situazioni c.d. di confine» tra pubblico e privato, come a tratti sembra essere quella riguardante la natura giuridica dei gruppi parlamentari[143].

Mutatis mutandis, gli elementi necessari affinché un ente possa essere considerato «organismo di diritto pubblico» sembrano essere posseduti anche dai gruppi parlamentari. Invero, *a)* essi si formano nelle Camere per dare concreta attuazione all'indirizzo politico, con ciò soddisfacendo il primo elemento richiesto

[142] Cosicché, la normativa comunitaria, con il chiaro intento di disvelare la «pubblicità» sostanziale che si nasconde sotto diverse forme, ha fatto propria una *nozione realistica di ente pubblico*, atteso il carattere non tassativo degli elenchi previsti nel citato Allegato I della direttiva 71/305/CEE. In sede nazionale, riproducendo il contenuto delle suddette direttive (cfr. nota precedente), l'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), definisce l'organismo di diritto pubblico come «qualsiasi soggetto, anche in forma societaria, *il cui elenco non tassativo* è contenuto nell'Allegato IV (al Codice): 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». In argomento, possono tornare utili le riflessioni di R.G. RODIO, *Su alcuni profili problematici dei contratti esclusi*, in F. GARELLA, M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *I nodi del Codice dei contratti pubblici*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 47 ss.

[143] La citazione è tratta da S. VINTI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Enciclopedia Treccani (Diritto on line)*, 2016, § 1.

dalla normativa citata: il gruppo non può che essere istituito per «soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale» e, in particolare, per dare concreta attuazione al circuito della rappresentanza politica. Anzi, sotto questo aspetto, la funzione di inverare l'indirizzo politico che spetta a ciascun gruppo, ben può definirsi il supremo «interesse generale»[144].

Quanto al secondo dei requisiti richiesti (la personalità giuridica), appare evidente che i gruppi, una volta costituiti all'interno del Parlamento secondo le regole prescritte dai regolamenti di ciascuna Camera, non possono che assumere rilievo per il diritto pubblico, dismettendo la veste di mera associazione non riconosciuta appartenente alle forze politiche esistenti al di fuori delle Assemblee, prima del momento elettorale e dell'inizio della Legislatura[145]. Pertanto, *b)* la procedura di costituzione del gruppo all'interno della Camera, un po' come per le associazioni l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, sembra conferire, a tale peculiare tipologia di ente politico, un'automatica acquisizione della personalità giuridica pubblica. Non riconoscere soggettività giuridica a tali gruppi equivarrebbe a confonderli totalmente con il partito politico, equiparando l'attività dei gruppi politici interna al Parlamento a quella svolta al di fuori del recinto istituzionale[146]. Diversamente, la stessa "parte" pubblica insita nelle tesi c.d. «miste», se si escludesse il riconoscimento della personalità giuridica, perderebbe ogni fondamento, di fatto riducendo la natura giuridica del gruppo ai postulati delle dottrine privatistiche[147].

---

[144] Su tale requisito, per quanto affrontato in giurisprudenza in relazione alle società partecipanti alle pubbliche gare, si veda almeno, Corte giust. UE, 15 gennaio 1998, in C-44/96, Mannesmann e 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding; Corte giust. UE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001, Taitotalo. Per la giurisprudenza nazionale, invece, Cons. St., Sez. VI, 22 gennaio 2004, ord. n. 167 (caso Grandi Stazioni S.p.A.); Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

[145] Sotto tale aspetto, dunque, non possono che essere considerati «persone giuridiche pubbliche» ai sensi dell'art. 11 del codice civile.

[146] Come ha opportunamente rilevato parte della dottrina, i gruppi esistono in quanto previsti da norme giuridiche di rango costituzionale e primario (Regolamenti parlamentari) e, pertanto, non possono che avere anche una natura pubblicistica. In tal senso, A. PIZZORUSSO, *I gruppi parlamentari come soggetti di diritto: pagine di un saggio giuridico*, Pacini Mariotti, Pisa, 1969, pp. 91 ss.

[147] È interessante notare che a proposito del requisito della personalità giuridica, il giudice della nomofilachia, a Sezioni Unite, ha chiarito che un organismo può avere sostanza di diritto pubblico, pur rivestendo una forma di diritto privato e pur essendo costituito in forma di società, perché non è tanto la veste giuridica che conta, quanto l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere (cfr. Cass. civ., SS.UU., 7 ottobre 2008, n. 24722, caso Viareggio Porto S.p.A.). Nella

Per ciò che da ultimo attiene alla compresenza del terzo requisito, ossia *c)* quello «del finanziamento pubblico maggioritario»[148], è noto che ai gruppi «sono assicurate a carico del bilancio della Camera le risorse necessarie allo svolgimento della loro attività». In tal modo elidendo ogni dubbio circa la derivazione pubblicistica delle risorse finanziarie necessarie allo svolgimento delle attività dei raggruppamenti[149]. Peraltro, come visto, divenute ormai superiori a quelle detenute dai partiti politici, i cui bilanci consentono una minore capacità di spesa di quella consentita ai gruppi[150].

Se tali postulati possono ritenersi corretti, ricorrendo tutti e tre gli elementi necessari per la qualificazione dei gruppi come soggetti a rilevanza pubblicistica – seppur temporanei in quanto esistenti per ciascuna singola Legislatura[151] – non

giurisprudenza sovranazionale, si veda, in merito, Corte giust. UE, Sez. I, 3 ottobre 2013, in C-59/2012.

[148] Si tratta del requisito della c.d. «influenza pubblica dominante», fattore indiziante della sussistenza del finanziamento maggioritario dell'attività ad opera di un soggetto pubblico (nel nostro caso, delle Camere). Più in generale, in merito a tale requisito, Corte giust. UE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge c. H.M. Treasury, ha avuto modo di osservare che per finanziamento rilevante occorre intendere le erogazioni concesse da un'amministrazione senza alcun vincolo di sinallagmaticità rispetto ad una controprestazione posta a carico del soggetto ricevente. Quanto poi al profilo relativo all'individuazione della misura percentuale che determina la prevalenza del finanziamento fornito dal soggetto pubblico, la Corte di giustizia ha ritenuto che vada applicato un *canone di tipo quantitativo*, sostenendo che per «in modo maggioritario» sia da intendersi «più della metà»: occorre tenere conto, quindi, della globalità delle entrate di cui il soggetto «finanziato» si avvale, applicando a valle di tale ricognizione il criterio percentuale.

[149] Cfr. l'art. 14, comma 01, r.C., secondo cui «ai Gruppi parlamentari, in quanto soggetti necessari al funzionamento della Camera, secondo quanto previsto dalla Costituzione e dal Regolamento, sono assicurate a carico del bilancio della Camera le risorse necessarie allo svolgimento della loro attività». Dello stesso tenore l'art. 16, comma 1, r.S., il quale prevede che «ai Gruppi parlamentari è assicurata la disponibilità di locali, attrezzature e di un unico contributo annuale, a carico del bilancio del Senato, proporzionale alla loro consistenza numerica, per le finalità di cui al comma 2. Nell'ambito di tale contributo a ciascun Gruppo spetta comunque una dotazione minima di risorse finanziarie, stabilita dal Consiglio di Presidenza tenuto conto delle esigenze di base comuni ai Gruppi».

[150] Cfr. il paragrafo 1, nota. 9.

[151] Appare ormai pacifico il fatto che il gruppo parlamentare abbia una "vita" che duri dalla sua costituzione sino al termine della Legislatura, più il periodo di *prorogatio* (ossia fino al giorno precedente la prima riunione delle nuove Camere). In merito, P. RESCIGNO, *L'attività di diritto dei Gruppi parlamentari*, cit., p. 307. Da ultimo, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., Sez. lav., 4 gennaio 2018, n. 92, secondo cui «il gruppo parlamentare si costituisce e viene ad avere giuridica esistenza all'inizio di ogni legislatura e cessa al termine

sembra sussistere alcuna condizione ostativa affinché i gruppi parlamentari possano assumere la qualifica di «organismi di diritto pubblico».

Sul piano applicativo, le conseguenze di una tale classificazione non appaiono scalfire *in toto* i postulati della giurisprudenza affermatasi negli ultimi anni: a conoscere delle obbligazioni contratte dal gruppo con i terzi (su tutte le controversie riguardanti i rapporti di lavoro), continuerebbe ad essere il giudice ordinario. Ciò che invece sarebbe destinato a mutare è la sola fase di selezione del soggetto privato esterno al gruppo. E tanto, sia detto per inciso, a migliore garanzia dell'efficienza, della trasparenza e del buon funzionamento delle Assemblee legislative, visto che i gruppi utilizzano fondi ad essi attribuiti dalle Camere (organi costituzionali dello Stato). Invero, nel caso in cui il raggruppamento parlamentare decidesse di intrattenere rapporti giuridici di natura economica con soggetti terzi ai due rami del Parlamento, il gruppo figurerebbe quale «amministrazione aggiudicatrice» *ex* art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 e, dunque, quale soggetto obbligato al rispetto delle regole previste per le procedure di evidenza pubblica. Quanto all'instaurazione dei rapporti di lavoro, assumendo il gruppo le vesti di Amministrazione, dovrebbe essere chiamato ad espletare procedure concorsuali, previa pubblicazione di un bando pubblico, ai fini della selezione del personale interno[152]. Cosicché, il gruppo, come avviene per il pubblico impiego una volta terminata la fase di selezione del personale o, per le Stazioni appaltanti,

della stessa, in base alle norme dei rispettivi regolamenti di Camera dei deputati e Senato della Repubblica».

[152] Come prescritto dal d.lgs. n. 165 del 2001 (c.d. Testo Unico del pubblico impiego), il quale, all'art. 35, comma 1, prevede che l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche può avvenire mediante procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta e che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno. La disciplina della procedura concorsuale è dettata dal d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, e, come chiarito da Cons. St., Sez. II, 2 novembre 2012, n. 4583, trova applicazione diretta solo per i concorsi statali, mentre non assume efficacia cogente ed inderogabile per quelle amministrazioni (come l'Agenzia delle entrate) alle quali la legge riconosce e garantisce autonomia organizzativa, assoggettandole ad una disciplina derogatoria rispetto a quella applicabile alle amministrazioni dello Stato (potrebbe essere proprio questo, vista l'ampia autonomia normativa, organizzativa e finanziaria riconosciuta dai regolamenti, il caso dei gruppi parlamentari). Ad ogni modo, ai sensi del successivo art. 36 comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001, le amministrazioni pubbliche, al solo fine di rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti.

esaurita la fase pubblicistica a seguito dell'aggiudicazione, non può che restare soggetto alle regole del diritto privato[153].

L'inizio della Legislatura – pertanto – sembrerebbe giuridicamente segnare la linea di confine tra la fase «privatistica» del gruppo politico e quella «pubblicistica» del gruppo stesso: costituendosi in seno alle Camere, il raggruppamento "pubblicizza" la sua attività politica, intanto trasformatasi in «parlamentare», entrando così a far parte dell'ordinamento giuridico dello Stato. Ciò significa che i membri del gruppo politico, una volta eletti, sembrano mantenere lo *status* di membri di un'associazione di diritto privato (gruppo-partito), fino al momento della scelta di iscriversi al gruppo parlamentare. Una volta iscritti, i parlamentari, pur mantenendo la qualità di membri dell'associazione «gruppo-partito politico», appaiono sommare, in aggiunta, la qualifica di membro del «gruppo-politico parlamentare» avente in sé il compito, assieme a tutti gli altri gruppi, di *realizzare l'indirizzo politico*. Funzione, quest'ultima, necessariamente pubblica che, come tale, fa assumere ai gruppi politico-parlamentari la natura di «organismi di diritto pubblico», determinata non già dal mero fatto di essere interni alle Camere, ma perché funzionalmente deputati al perseguimento dell'indirizzo politico. Sembra proprio essere quest'ultimo a causare una sorta di

[153] Come noto, nella contrattualistica pubblica, l'«aggiudicazione» rappresenta il momento con cui si conclude la fase di scelta del soggetto privato. Più precisamente, essa costituisce l'atto finale dei procedimenti di gara pubblica. Formalmente è l'atto amministrativo mediante il quale, in base alle risultanze della gara, è accertato e proclamato il vincitore. Dopo tale momento, in vista della stipulazione del contratto, ha inizio la fase c.d. privatistica, la cui conoscenza, in caso di controversie, è demandata alla giurisdizione ordinaria. Per ciò che qui rileva, è appena il caso di rammentare che il tema della capacità di diritto privato della P.A. ha registrato una ben precisa evoluzione. Si è assistito al passaggio da una pressoché totale negazione, in capo al soggetto pubblico, di un'effettiva autonomia privata, ad un suo progressivo riconoscimento, culminante nell'affermazione del suo carattere generale. Sul punto, non sembra potersi prescindere dalla considerazione dell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo), come modificato dalla legge n. 15 del 2005, a tenore del quale «la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente». Il riconoscimento della generale capacità di diritto privato della P.A. induce a ritenere applicabili alla stessa, salve esplicite deroghe, le regole di diritto comune. Gli addentellati normativi che confermano tale assunto appaiono individuabili: *a)* nell'art. 21-*sexies*, l. n. 241/1990, che conferma, in tema di recesso, il principio generale di soggezione dell'amministrazione al diritto comune; *b)* nell'art. 30, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici), il quale sancisce che «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

mutazione genetica del gruppo, in grado di trasformare giuridicamente, all'interno del Parlamento, l'«associazione politica» in «organismo di diritto pubblico»[154].

In definitiva, questa la maggiore utilità scientifica di una tale classificazione, considerare i gruppi parlamentari come «organismi di diritto pubblico», consente chiaramente di distinguere i gruppi politici esterni al Parlamento (i partiti), da quelli che in esso invece si vanno formando, in tal guisa mettendo in luce gli inevitabili profili pubblicistici di tali formazioni politiche, i quali, accogliendo le tesi c.d. «miste», in sede applicativa non di rado sembrano rimanere adombrati.

Del resto, la stessa Consulta, nel ritenere i gruppi parlamentari «espressioni *istituzionali* del pluralismo politico», sembra abbia ben chiara la loro rilevanza pubblicistica. Se così non fosse, in tutte le decisioni susseguitesi negli anni avrebbe certamente evitato di specificare che si tratta, in ogni caso, di una realtà «istituzionale»[155].

5. Annotazioni conclusive: i futuri gruppi parlamentari fra rischi di ulteriore verticalizzazione e pericoli di esternalizzazione della decisione politica

È indubbio che dalla prossima Legislatura il Parlamento dovrà funzionare non soltanto mercé un numero ridotto di rappresentanti, ma anche secondo nuove logiche organizzative della rappresentanza politica. Come è facile desumere da quanto sinora detto, persino l'invarianza dei regolamenti camerali potrebbe far sì che l'organizzazione e il funzionamento dell'organo legislativo resti tale e quale a quello odierno[156]. Al più, come visto, molte regole oggi vigenti lo renderebbero deteriore, pregiudicando a monte il complesso delle dinamiche degli assetti costituzionali[157].

[154] Maggiori approfondimenti, in merito, sono rinvenibili in A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare*, cit., pp. 306 ss.

[155] La qualifica dei gruppi parlamentari quali «espressioni *istituzionali* del pluralismo politico», è da ultimo ribadita in Corte cost., ord. n. 60 del 2020. Ma la giurisprudenza è granitica. Si vedano, anche, Corte cost., sentt. n. 174 del 2009; n. 193 del 2005; n. 298 del 2004 e n. 49 del 1998).

[156] In argomento, C. MASCIOTTA, *I regolamenti parlamentari alla prova della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 790 ss.; e, C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, pp. 177 ss. Si veda, anche, G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020.

[157] In tale prospettiva, si veda, già, F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, spec. pp. 20 ss.

C'è poi un altro fattore a suscitare qualche perplessità e sul quale, da ultimo, si vuol focalizzare l'attenzione.

Al momento sembra costituire soltanto una minaccia per il tradizionale funzionamento delle Camere – peraltro, il più delle volte, sottostimata nella sua carica offensiva – ma che in realtà, lì dove le attuali forze politiche dovessero darle seguito, potrebbe radicalmente trasformare la funzione legislativa. Persino, nella peggiore delle ipotesi, dirottarla verso l'esterno delle Assemblee, per poi reintrodurla in Parlamento come atto vincolato proveniente dall'incarnazione di una mitologica sovranità popolare. Quando, invece, altro non sarebbe che il prodotto normativo preconfezionato da alcuni gruppi politici anche extra-parlamentari – in ipotesi neppure presentatisi alle elezioni – pilotati da *leader* populisti in grado di far coincidere il «popolo» con una sola «parte» dell'intero, «persona *ficta*» costruita per raccogliere consensi e tentare autolegittimazioni senza controlli e mediazioni dell'organo rappresentativo[158].

Forse le allusioni alla minaccia della funzione legislativa hanno già portato il lettore ad intuire l'origine delle problematiche. A cagionare l'esternalizzazione e la privatizzazione della funzione legislativa potrebbe contribuire non soltanto il fenomeno anomico, di cui pure s'è fatto accenno poco sopra, degli inter-gruppi parlamentari. Ma anche, e forse in misura ancora maggiore, la definitiva approvazione dei progetti di revisione costituzionale tesi a minacciare lo «sgretolamento del sistema parlamentare» e, dunque, il superamento del «parlamentarismo anche sul piano formale»[159]: la proposta di introdurre il «referendum propositivo», combinata all'«abbassamento del *quorum* di validità» previsto dall'art. 75 Cost. al 25% dei potenziali votanti[160].

L'aspetto del progetto di riforma che sembra ingenerare maggiori perplessità appare evidentemente quello relativo all'introduzione, nel nostro sistema costituzionale, di procedure democratiche «dirette» rinforzate, che a tratti sembrano in qualche modo rievocare il concetto di «iperdemocrazia» sostenuto da Ortega y Gasset[161]. Il testo che è stato approvato alla Camera dei deputati il 21

[158] Sui pericoli derivanti dalla costruzione populista del «popolo vero», il solo «popolo del quale la politica democratica dovrebbe occuparsi e preoccuparsi», si veda, ampiamente, N. URBINATI, *Io, il popolo*, cit., pp. 129 ss.

[159] Le citazioni sono di F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., p. 65.

[160] Come si è accennato a conclusione del primo paragrafo, il riferimento è al disegno di legge costituzionale AS 1089, "*Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*", approvato in prima lettura dalla Camera il 21 febbraio 2019 e attualmente all'esame del Senato.

[161] Naturalmente il riferimento è a J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 36, il quale scriveva: «Oggi assistiamo al trionfo di una iperdemocrazia, in cui la massa opera direttamente senza legge, per mezzo di pressioni materiali, imponendo le sue aspirazioni e i suoi gusti. È falso interpretare le nuove

febbraio dello scorso anno e ora in discussione al Senato, introduce invero la possibilità di indire un referendum sia nel caso in cui una proposta di legge venga presentata da almeno cinquecentomila elettori e le Camere «*non la approvino entro diciotto mesi dalla sua presentazione*», sia nel caso in cui le Camere approvino «*la proposta in un testo diverso da quello presentato e i promotori non rinunzi[...]no*» (e, in questo caso, il referendum avviene «*su entrambi i testi*»)[162].

Come è stato detto, in apparenza lo «schema è semplice […]: una frazione di cittadini presenta un progetto di legge che, se non viene approvato dal parlamento o se viene deliberato con modifiche, è sottoposto al voto dell'intero corpo elettorale mediante un referendum popolare»[163]. Una soluzione di questo tipo, ossia di contemperanza tra le prerogative parlamentari e l'espressione della volontà popolare attraverso «istituzioni di democrazia diretta», sembra peraltro essere conforme alle indicazioni di uno dei massimi teorici della democrazia moderna. Il riferimento è a Kelsen, il quale quasi un secolo fa già invitava a riflettere sull'opportunità di rivalutare istituti come il «referendum legislativo» e l'«iniziativa legislativa», al fine di correggere le disfunzioni della democrazia rappresentativa classica[164].

---

situazioni come se la massa si fosse stancata della politica e ne devolvesse l'esercizio a persone 'speciali'. Tutto il contrario. Questo era quello che accadeva nel passato, questo era la democrazia liberale. La massa presumeva che, in ultima analisi, con tutti i loro difetti e le loro magagne, le minoranze s'intendevano degli affari pubblici un po' più di essa. Adesso invece, la massa ritiene d'aver il diritto d'imporre e di dar vigore di legge ai suoi luoghi comuni da caffè. Io dubito che ci siano state altre epoche della Storia in cui la moltitudine giungesse a governare così direttamente, come nel nostro tempo. Per questo parlo di iperdemocrazia».

[162] Il testo del disegno di legge costituzionale è reperibile al seguente indirizzo: http://www.riformeistituzionali.gov.it/it/il-referendum-propositivo/.

[163] Così, A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo e* initiative, in *federalismi.it*, n. 3/2019, p. 258, il quale rammenta che il testo della proposta di legge costituzionale approvato alla Camera «ha superato alcuni nodi emersi nelle primissime battute del dibattito: è stato eliminato il voto alternativo (sul testo dei promotori e sul testo approvato dalle Camere), introdotto un quorum funzionale (il 25% dei voti validi corrispondente al 25% degli aventi diritto al voto), precisati alcuni limiti di oggetto, introdotto un controllo preventivo da parte della Corte costituzionale». Sul punto, si vedano, anche, le riflessioni sul progetto iniziale di E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, spec. pp. 591 ss.

[164] Si veda H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 154-155, secondo cui «l'istituto del *referendum* è suscettibile di un ulteriore sviluppo anche quando si voglia per principio mantenere in vigore l'istituto parlamentare; sarebbe anzi profittevole a quest'ultimo che i professionisti della politica, che oggi sono appunto i membri del parlamento, cercassero di reprimere la loro d'altronde comprensibile avversione contro l'istituto del referendum, e si mostrassero disposti ad

Nel caso della riforma in commento però, per come scritta, sembra si voglia andare molto oltre la mera correzione delle fisiologiche disfunzioni insite al sistema rappresentativo, di cui propriamente parlava lo studioso praghese. Se infatti le Camere, invece che limitarsi ad approvare il progetto di legge popolare, dovessero apportare modifiche non formali, verrebbe introdotto «una sorta di "ballottaggio", ancorché indiretto, tra la legge modificata dalle Camere e il testo formulato originariamente: l'eventuale prevalenza della posizione dei promotori su quella dei parlamentari accrediterebbe, infatti, i primi come gli autentici interpreti della volontà popolare, minando alla radice la funzione costituzionale dei secondi, nel momento in cui l'esito referendario dovesse essere fatto valere come una sorta di 'voto di sfiducia diretto'». Il tutto aggravato, come si diceva, dalla previsione dell'abbassamento del *quorum* di validità previsto per il *referendum* abrogativo (dal 50 al 25 per cento degli aventi diritto). Modifica, questa, che non solo comporterà l'aumento del numero dei *referendum* validi, ma, soprattutto, consegnerà a una minoranza organizzata «il potere di decidere per tutti»[165]. Per non dire, poi, che in ogni caso tale istituto di democrazia diretta «produce una serie di effetti negativi sui lavori parlamentari: si pensi al fatto della sua incidenza sulla programmazione dei lavori potendo vantare una sorta di priorità o si pensi al fatto che per tutto il periodo (18 mesi) il Parlamento non può legiferare autonomamente nella materia oggetto della proposta ecc. In questo modo, un istituto concepito come elemento

ammettere non soltanto – come in alcune moderne costituzioni è già avvenuto – il così detto referendum *costituzionale*, ma anche un referendum *legislativo*, se non obbligatorio almeno facoltativo. Ed in questo caso la esperienza insegna che è preferibile far votare il popolo sul *deliberato* parlamentare e non sulla *legge* già promulgata e vigente. […]. Tra le istituzioni che, senza derogare al principio della conservazione del parlamento, consentono tuttavia una certa ingerenza diretta del popolo nella creazione della volontà statale, è da annoverare anche la così detta *iniziativa popolare*: un determinato numero minimo di cittadini elettori ha facoltà di presentare una proposta di legge, e il parlamento è obbligato a trattarla secondo la consueta procedura. Anche a questa istituzione si dovrebbe accordare un posto maggiore di quello che esso non abbia nelle più antiche ed anche nelle recenti costituzioni; dal punto di vista tecnico, l'affermarsi della volontà del popolo potrebbe essere reso più facile con il permettere che possa essere materia di iniziativa, non soltanto un progetto di legge già elaborato, ma anche la semplice indicazione di certe direttive generali. Appunto perché il corpo elettorale non può impartire ai suoi fiduciari in parlamento istruzioni impegnative, è necessario che sussista almeno la possibilità che dal seno del popolo possano manifestarsi dei suggerimenti, secondo i quali possa il parlamento orientare la sua attività legislativa».

[165] Le citazioni riportate sono di F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., pp. 61-62.

di stimolo dell'attività parlamentare si trasforma in un elemento alternativo al regolare svolgersi di tale attività»[166].

Al di là delle più o meno condivisibili critiche avanzate nei confronti del progetto di revisione costituzionale[167], per ciò che qui interessa, il maggiore quesito al quale sembra opportuno dover trovare convincenti risposte è il seguente: nella sostanziale invarianza di struttura degli organi della democrazia costituzionale repubblicana, quali possono essere gli effetti di una tale riforma sul funzionamento dei gruppi parlamentari?

La questione non appare di poco momento, visto che il gruppo parlamentare è apparso essere, a seconda dei periodi storico-politici, due cose: *a)* o il riflesso dei partiti politici in Parlamento; oppure *b)*, come ancora si è verificato di recente (e com'è stato agli albori), la proiezione nella società civile (dunque all'esterno delle Camere) di una nuova forza politica generatasi (nel senso di organizzatasi) in Parlamento. *De jure condito*, *tertium non datur*.

Il progetto di revisione costituzionale, contrapponendo «il popolo legislatore» al «parlamento legislatore»[168], sembra proprio compromettere la tradizionale funzionalità dei gruppi parlamentari per come disciplinati nell'ordinamento. La democrazia diretta, invero, presupponendo un rapporto immediato tra *leader* politici ed elettori, pare generare una sorta di tralignamento dei gruppi

---

[166] P. CARETTI, *Le recenti proposte di revisione costituzionale tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in *Osservatorio sulle fonti*, Editoriale n. 2/2020.

[167] Per le quali si vedano, da ultimo, oltre agli articoli già citati sul tema, i contributi di M. LUCIANI, *"Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale"*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 1/2019; P. FARAGUNA, *La nuova stagione di riforme istituzionali: verso la democrazia integrale, ma a piccoli passi*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2018, pp. 902-904; A. MORRONE, *Editoriale. L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *federalismi.it*, n. 23/2018; V. DE SANCTIS, *Iniziativa popolare indiretta e referendum propositivo: resoconto e qualche riflessione a margine della proposta di revisione dell'art. 71 della Costituzione A.C. n. 1173 XVIII Legislatura,* in *Osservatorio AIC,* n. 3/2018; V. LIPPOLIS, *Luci ed ombre nella riforma costituzionale di Fraccaro*, in *formiche.net,* 10 gennaio 2019; A. MORELLI, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, in *federalismi.it*, n. 6/2019. Si veda, da ultimo, il dibattito tra Paolo Caretti, Ugo De Siervo, Valerio Onida, Pasquale Pasquino, Cesare Pinelli su *Astrid Rassegna*, nn. 2-3/2019; nonché I.A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *federalismi.it*, n. 10/2019; e, *ivi*, M. BELLETTI, *I rischi di sbilanciamento e di contrapposizione tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa nel ddl AS n. 1089, di riforma costituzionale, recante* Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum. Da ultimo, in argomento, si veda, anche, G. BARCELLONA, Vox populi*: potere referendario e mediazione parlamentare nel progetto di riforma dell'art. 71 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2019.

[168] A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo e* initiative, cit., p. 259.

parlamentari stessi, dovendo questi relazionarsi non più soltanto con le forze politiche organizzate da cui promanano ma, in teoria, anche lì dove venisse approvata la riforma, con un macro-gruppo politico informe e disomogeneo, qual è il corpo elettorale concepito nella sua interezza. Infatti, a partire dalla previsione della nuova iniziativa legislativa popolare, i gruppi politici istituzionali si troverebbero necessariamente ad interagire con un gruppo facente parte di una frazione del corpo elettorale indefinita, dacché formalmente a-politica, e di dimensioni corrispondenti al numero delle firme raccolte tra gli elettori[169].

Si introdurrebbe così, nel nostro ordinamento costituzionale, una nuova specie di gruppo per così dire «atipico», non parlamentare e neppure in senso lato politico-partitico, il quale si troverebbe a sommare persino le attribuzioni spettanti alle commissioni, dovendo i cittadini-promotori previamente discutere, e poi redigere articolo per articolo, il progetto di legge.

Appare evidente, dunque, che la persistenza della secolare funzione istituzionale dei gruppi parlamentari nel nostro ordinamento (come visto a partire dallo Stato liberale) è in qualche modo legata alla persistenza della democrazia rappresentativa "classicamente" intesa. La democrazia diretta sembra invero destinata inesorabilmente a depotenziare i compiti dei gruppi, con il rischio, non trascurabile, che le stesse manifestazioni politico-democratiche possano assumere connotazioni solipsistiche[170].

---

[169] Come spiega bene P. PASQUINO, *Popolo o élite? Il referendum propositivo e la retorica della democrazia diretta*, in *laCostituzione.info*, 23 aprile 2019, «Nel caso del referendum detto propositivo, ciò che viene ad essere è la creazione di una élite extraparlamentare che si arroga (e alla quale la riforma proposta darebbe) il diritto di competere con i rappresentanti eletti dai cittadini e di interrogare gli elettori circa le proposte che originano da questa nuova élite. […]. Si vede bene il ruolo fondamentale che viene assegnato in questo caso ai "contro-rappresentanti". Dal punto di vista della teoria della costituzione si tratta in sostanza di una moltiplicazione di soggetti che parlano per il "popolo", moltiplicazione e contrapposizione fra eletti e non eletti – non pluralismo – la quale mina la validità dell'ordinamento rappresentativo. Su questo non può esservi dubbio. Nello strano linguaggio in voga, una tale riforma verrebbe qualificata "populista", ma si tratta in realtà di un puro e semplice incremento del ruolo delle élite, in realtà opposte e per una parte potenzialmente fuori dal Parlamento».

[170] Nell'ormai incontenibile letteratura, una efficace critica della «democrazia diretta» nel contesto degli ordinamenti contemporanei, appare senza dubbio essere, oltre ai contributi citati, quella di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 499 ss. A sua difesa, invece, si legga C. CASTORIADIS, *Relativismo e democrazia*, Elèuthera, Milano, 2010, il quale ammette un solo modello di «democrazia che […] è la democrazia diretta». Ed invero, precisa: «una democrazia rappresentativa non è una democrazia e su questo non concordo con Marx, ma con Rousseau: "gli inglesi sono liberi un giorno ogni cinque anni". Anzi, nemmeno un giorno perché quel giorno i giochi sono fatti» (p. 71).

Le nuove istanze di democrazia diretta, affievolendo la funzione dei gruppi parlamentari, tendono ad "esternalizzare" l'approvazione degli atti legislativi attraverso la polverizzazione della decisione politica. Quest'ultima, prevalentemente determinata dal risultato di una partita giocata "a due", in parte anche al di fuori del Parlamento, in cui a fronteggiarsi saranno i *leader* politici e un disordinato gruppo composto da una frazione del corpo elettorale. Il gruppo parlamentare, in questo modo, torna a confondersi con il gruppo politico matrice, ossia con il partito, associazione non riconosciuta di diritto privato orbitante all'esterno del Parlamento. E il risultato, a questo punto, non potrebbe che essere quello della de-istituzionalizzazione dei gruppi presenti nelle Camere, questi ultimi di fatto finendo per perdere ogni forma di connotazione pubblicistica, derivante – *in primis* – dalla loro appartenenza all'organo-potere legislativo[171].

Non da ultimo, nell'ipotesi in cui i partiti politici, attraverso gli esponenti di vertice, dovessero instaurare un rapporto diretto con gli elettori, sarebbero a monte le funzioni dell'intero organo collegiale – il Parlamento – a subire un'inevitabile compromissione. Difatti, la funzione di *reductio ad unum* della decisione politica – nel senso di riduzione a sintesi delle diverse volontà che, ad oggi, si ottiene previa discussione e approvazione dell'atto normativo all'interno della dialettica pubblica maggioranza/opposizione – correrebbe il rischio di essere privatizzata nell'opera di co-decisione forze politiche/cittadini, che la democrazia diretta comporta. In tal guisa, sempre che la premessa di fondo sia corretta, a subire in definitiva un tale processo di privatizzazione sarebbe l'attività di Governo[172], trasformandosi esso stesso da organo detentore, assieme al Parlamento, delle funzioni di indirizzo politico, a Consiglio esecutivo della volontà dei partiti, mediata dalla somma informe dei singoli voti della cittadinanza attiva[173].

---

[171] È ancora P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, cit., ad avvertire che «con il pretesto di "integrare" la democrazia rappresentativa con strumenti della cosiddetta democrazia diretta (espressione di moda nel mondo del *politically correct*) si rischia di mettere in pericolo il delicato equilibrio fra gli organi eletti e gli organi di controllo dello Stato costituzionale di diritto. Vuoi per incompetenza e/o ingenuità, vuoi per malcelata ostilità nei confronti della democrazia rappresentativa e deliberante (non quella dei *sì* e *no*, ovvero dei *like*); ostilità per niente celata, a dire il vero, nelle dichiarazioni del padrone/gestore di Rousseau (non il pensatore ginevrino, ma la piattaforma informatica della Casaleggio e associati)».

[172] Sul cui processo si veda, per chiarezza di sintesi, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., spec. pp. 32-37.

[173] Cfr. P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, cit., secondo cui il referendum propositivo, dunque, «rappresenta in realtà uno strumento in mano all'opposizione – interna o esterna al Parlamento – che indebolisce la maggioranza di governo. […]. La proposta di riforma del 71 non suggerisce un controllo sul Parlamento, ma fa nascere un legislatore alternativo che origina, per quanto riguarda l'iniziativa della legge, dal Comitato promotore e per

Sarebbe, questo, a ben vedere, un ulteriore trionfo dell'idea di «*governance*» sulla democrazia parlamentare (che invece conosce il solo concetto di «*government*» nell'«interesse pubblico»[174]), indice di una progressiva ed inarrestabile affermazione degli «interessi specifici per cose circoscritte» a scapito dell'«*agorà*», luogo di discussione «del bene comune»[175].

Ed in un tale scenario, la domanda a cui dover trovare risposte sufficientemente valide in relazione ai gruppi sembra farsi ancora più specifica e complessa: chi e che cosa potrebbero rappresentare i gruppi parlamentari? La rappresentanza, invero, come ha illustrato Carl Schmitt, è necessariamente un «qualcosa di esistenziale». Nel senso che «rappresentare» non può che significare «rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente»[176].

Poiché il rischio, come s'è cercato di illustrare, è quello che ad essere rappresentati dai gruppi in Parlamento potrebbero non essere più soltanto i partiti politici o una frazione del corpo elettorale, bisognerebbe anche pensare a come evitare che soggetti «invisibili» (le *élites* su tutti), possano di fatto rimanere tali nelle istituzioni politiche. La «trasparenza», come del resto ha da ultimo esplicitato

quanto riguarda la decisione da un limitato numero di elettori, che possono mettere in scacco la maggioranza scelta dagli elettori ed il governo da questa espresso. Questo sembra un punto dirimente. In linea di principio, il Comitato promotore non potrà essere formato che da esponenti di un partito della minoranza o da una lobby potente ed organizzata che sostiene l'incapacità della maggioranza parlamentare a legiferare. Non solo. Se il Parlamento attraverso una deliberazione che ha luogo al suo interno dovesse modificare la proposta di legge, il Comitato promotore diventa automaticamente l'arbitro del possibile referendum. Esso sfida, dunque, la maggioranza parlamentare che deve piegarsi alla sua volontà e, se così vuole il Comitato, lasciare che gli elettori, senza deliberazione e possibilità di emendamenti, con un sì o con un no, si sostituiscano al Parlamento limitandosi ad una sorta di acclamazione o di bocciatura (senza argomenti) della proposta di legge di origine extra parlamentare. Il parlamento e la maggioranza eletta potrebbero essere sconfitti. Ed i veri rappresentanti del popolo sarebbero i membri del comitato promotore che hanno condotto il "popolo" (come al solito, si fa per dire) a sconfiggere il Parlamento. O forse si dovrebbe specificare che i membri del Comitato promotore devono sedere in parlamento e negoziare il contenuto della legge con la maggioranza parlamentare. Sicché esisterebbero rappresentanti eletti e rappresentanti autonominati a furore di 500 mila firme. Si frantuma in tal modo la natura della rappresentanza».

[174] Su cui insisteva, già, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, pp. 57 ss.

[175] A. DENEAULT, *Governance. Il management totalitario*, Neri Pozza Editore, Vicenza, 2018, p. 19.

[176] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 277. In senso analogo, si veda, anche, G. LEIBHOLOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 70 ss.

anche il giudice delle leggi, è «un corollario del principio democratico (art. 1 Cost.)» che dovrebbe infondere «tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale»[177].

[177] Così Corte cost., sent. n. 20 del 2019, *Considerato in diritto 2.2*.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020. Presentazione

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE[*], EMANUELE ROSSI[**]

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione
F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020. Presentazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Ricercatrice t.d. in Diritto Costituzionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa. Indirizzo mail: francesca.biondi@santannapisa.it

[**] Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa. Indirizzo mail: emanuele.rossi@santannapisa.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Il presente fascicolo contiene alcuni contributi dedicati ad una "prima lettura" del decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, come convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, con specifica attenzione ai profili concernenti la protezione internazionale. Detti contributi costituiscono una rielaborazione degli interventi svolti durante il seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato il 16 dicembre 2020 dalla Scuola Superiore Sant'Anna, nell'ambito delle attività del modulo Jean Monnet Mars (Migration, Asylum and Right of Minors), e dalla presente Rivista: un format, quello dei "seminari del Forum di QC", che vorremmo riproporre in altre occasioni e che ci pare idoneo a offrire in tempi rapidi ai lettori valutazioni di carattere scientifico su temi di attualità.

Nel seminario sono state analizzate le innovazioni che il decreto legge ha introdotto rispetto al d.l. n. 113/2018, il quale aveva formato oggetto di consistenti critiche sia in ambito scientifico come anche nel dibattito politico: su di esso si erano concentrati anche alcuni rilievi critici mossi dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto legge, ed anche la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità costituzionale, sia in relazione al riparto di competenze tra Stato e Regioni (sent. 194/2019) che in riferimento alla disciplina in tema di iscrizione anagrafica ai richiedenti asilo (sent. 186/2020).

Il d.l. n. 130/2020 è intervenuto su tale materiale normativo, peraltro non ribaltando del tutto l'impianto precedente: come osserva Cecilia Corsi nel suo contributo introduttivo ai lavori seminariali, con esso ci troviamo di fronte "ad un intervento di aggiustamento, ma non di rottura", che non esce del tutto dalla "logica dei decreti del 2018-2019". Sebbene su tale profilo le attese fossero diverse, va tuttavia considerato un dato politico non secondario: i due decreti legge in questione, infatti, sono stati adottati nel corso della medesima legislatura, ad opera di due Governi diversi anche sotto l'aspetto della composizione politica, ma nei quali il Movimento 5 Stelle è stato (ed è) componente numericamente fondamentale.

I diversi contributi qui pubblicati esaminano le innovazioni principali introdotte dal decreto legge: dalle modifiche sulla disciplina dei permessi di soggiorno e di protezione speciale (esaminate nel contributo di Emanuele Rossi) a quelle relative al soccorso in mare (cui è dedicato l'intervento di Filippo Venturi). Il saggio di Francesco Conte e Antonella Buzzi analizza le novità relative alla disciplina sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (che, nella sua versione precedente, era stata oggetto della richiamata sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale); quello di Francesca Biondi Dal Monte considera invece la riforma del sistema di accoglienza e integrazione. Una particolare attenzione è dedicata anche al permesso di soggiorno per calamità, introdotto nel 2018 e poi modificato con il d.l. n. 130/2020, oggetto del contributo di Chiara Scissa. Nei prossimi giorni l'attuale fascicolo sarà completato con l'intervento del magistrato Luca Minniti che

analizza le conseguenze della riforma sulle procedure di asilo, sia in relazione ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto che per quelli futuri.

In conclusione, non possiamo omettere di richiamare, ancora una volta, come l'analisi del dato normativo faccia emergere le difficoltà di un confronto politico serio su questioni ove la propaganda elettoralistica non tende a diminuire superato il momento elettorale, e in merito alle quali pertanto i profili di regolazione giuridica – spesso determinanti per la tutela di posizioni giuridiche soggettive fondamentali – non vengono affrontati con la necessaria e dovuta considerazione. D'altro canto, come ci ha insegnato Simone Veil, "Lo scopo confessato della propaganda è persuadere e non illuminare": anche per questo, ai giuristi spetta il compito di offrire un po' di razionalità a scelte dettate da volontà quasi esclusivamente finalizzate alla persuasione.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*

CECILIA CORSI**

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione
C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento svolto in occasione del seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Professoressa Ordinaria di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Firenze. Indirizzo mail: cecilia.corsi@unifi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Dopo mesi di dibattito sulla necessità di porre mano al quadro normativo risultante dai decreti del 2018 e 2019 e dopo una complessa mediazione tra le forze politiche di maggioranza (il testo era già definito a fine luglio, ma si è voluto attendere la celebrazione della tornata elettorale regionale), il Governo ha approvato il decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130, "recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale". Le Camere lo hanno convertito con modifiche con l. 18 dicembre 2020, n. 173.

In questa breve nota introduttiva ci si limiterà ad offrire qualche spunto di riflessione, cercando di mettere in luce quali siano i profili di cambiamento, ma dando conto anche dei non pochi elementi di continuità.

Occorre anzitutto rilevare, come lo stesso lungo titolo denota, che molti ed eterogenei sono i temi affrontati, tanto da poter senz'altro parlare di disomogeneità nei contenuti del decreto legge come, peraltro, più volte avvenuto già in precedenti interventi normativi in questa materia, perpetuando quell'accostamento del trattamento dello straniero a materie assai differenti [1].

Si tratta inoltre di materie per lo più connesse a problematiche di ordine pubblico: la forviante commistione del tema della condizione giuridica dello straniero con le questioni connesse all'ordine pubblico è purtroppo ben radicata. Basti pensare al pacchetto sicurezza del 2008-2009[2], al "decreto Salvini" dell'ottobre 2018 che ha dettato "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 la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata". Al "decreto Salvini *bis*" del 2019 recante "disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica".

È quindi di tutta evidenza un secondo elemento di continuità relativo all'accostamento tematico: "un settore ordinario della politica, com'è appunto la politica migratoria, ha finito per essere sospinto nella sfera delle questioni relative alla sicurezza"[3], ed anche quando si afferma di voler rimodulare una disciplina che "tenga conto dei princìpi costituzionali e di diritto internazionale vigenti in

[1] C. CORSI, *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 3.

[2] D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125, che dettava "misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" e l. 15 luglio 2009, n. 94, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica".

[3] G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci, Roma, 2018, p. 21.

materia" non si riesce o non si vuole scardinare una logica che si rivela ormai incistata. È la prospettiva che dovrebbe mutare, ma certe gabbie concettuali si sono radicate: l'immigrazione come minaccia e quindi come problema di sicurezza pubblica.

Anche il ricorso alla decretazione d'urgenza rappresenta un altro elemento di continuità. È vero che il decreto legge n. 130, almeno per i profili relativi all'immigrazione e all'asilo che interessano in questa sede, è stato senz'altro atteso; e come si legge nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione: dall'entrata in vigore dei "decreti sicurezza" e già dalla loro prima applicazione, "si è manifestata la straordinaria necessità e urgenza di chiarirne alcuni profili, tramite una loro rimodulazione che tenga conto dei princìpi costituzionali e di diritto internazionale vigenti in materia e di porre rimedio ad alcuni aspetti funzionali che avevano generato difficoltà applicative". Ma se un'urgenza di mettere mano al quadro legislativo vigente, almeno per la parte del decreto relativa all'immigrazione e alla protezione internazionale non può essere negata, non si può neppure non stigmatizzare che siamo di fronte all'ennesimo "decreto immigrazione sicurezza"[4]. Non c'è dubbio che il ricorso alla decretazione d'urgenza come modalità di normazione di questa materia rappresenti una costante[5]: come se il fenomeno migratorio produca da sé, sempre, situazioni straordinarie, quando invece la necessità e l'urgenza sono sovente l'effetto di una volontà di sottovalutazione del fenomeno come ordinario da parte dei pubblici poteri[6].

Rappresenta, infine, un ulteriore elemento di continuità la decisione di porre la questione di fiducia per l'approvazione della legge di conversione. Le retoriche politiche che oramai accompagnano da anni la gestione delle politiche migratorie, la strumentalizzazione partitica del tema rendono difficile un confronto costruttivo in Parlamento, come testimoniato anche dalla bagarre che ha accompagnato nelle aule parlamentari le procedure di voto della legge di conversione del d.l. n. 130[7].

---

[4] G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sistema penale*, 23 ottobre 2020.

[5] Sul frequente ricorso alla decretazione d'urgenza in materia di immigrazione e asilo, cfr. C. CORSI, *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020,* Pacini Giuridica, Pisa, in corso di stampa.

[6] P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto pubblico,* 2019, n. 3, p. 658.

[7] Cfr. N. ROSSI, *Immigrazione e protezione internazionale e umanitaria nel tempo dell'epidemia. Scegliere la ragionevolezza o alimentare risentimenti?*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 3, p. 5, sulla sottrazione a ogni forma di razionalità politica e giuridica del grumo

Elementi di cambiamento si rinvengono, invece, nei contenuti; non siamo, però, di fronte ad una abrogazione dei decreti approvati durante il Governo Conte I[8], piuttosto ad una loro parziale revisione.

Come noto, uno dei punti più discussi del primo decreto sicurezza era stata l'abolizione della protezione umanitaria; con il d.l. n. 130 non si è comunque reintrodotto l'istituto, perché se le nuove disposizioni ripristinano un esplicito riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, non si reintroduce il riferimento ai seri motivi di carattere umanitario. È vero che si ampliano le ipotesi di protezione speciale in relazione, in particolare, al rispetto della vita privata e familiare[9], ma nella prospettiva dell'attuazione dell'art. 10, terzo comma Cost. di cui la protezione umanitaria costituiva una delle tre gambe[10], si potrà ancora affermare che la disposizione costituzionale trova piena attuazione attraverso la protezione internazionale (rifugio e protezione sussidiaria),

di problemi reali connessi ai fenomeni migratori, e sull'occultamento del bilancio fallimentare delle politiche sperimentate nel recente passato.

[8] A. CIERVO, *Non cambiare tutto per non cambiare niente. Note sul nuovo (ennesimo) "Decreto sicurezza"*, in *Micromega*, 28 ottobre 2020.

[9] Non sono ammessi "il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine".

[10] Vedi *ex multis* Corte Cass., ord. 26 giugno 2012, n. 10686: "il diritto di asilo è … interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 251 del 2007 … e dell'art. 5 c. 6 del T.U. approvato con d.lgs. 286 del 1998, sì ché non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale". Corte Cass., sent 23 febbraio 2018, n. 4455: "la protezione umanitaria costituisce una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale (art. 10, terzo comma Cost.), secondo il costante orientamento di questa Corte (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche, ovvero ad una formula dai contorni non agevolmente definiti e tutt'ora oggetto di ampio dibattito".

nonché attraverso i permessi per protezione speciale[11], per calamità e per motivi di salute?[12]

Altro profilo meno enfatizzato a livello mediatico, ma molto problematico ha riguardato le modifiche apportate dal decreto sicurezza del 2018 alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. L'ampiezza delle ipotesi di procedure "celeri" veniva quasi ad inverare un ribaltamento tra regola (procedura ordinaria) e eccezioni, con la conseguenza di rendere sempre più difficile l'accesso ad una qualche forma di protezione. La velocizzazione delle procedure, la contrazione delle facoltà in capo al richiedente, le minori garanzie connesse al ricorso giurisdizionale (dovendosi anche ricordare l'abolizione del secondo grado di merito già ad opera del cd. decreto Minniti) sono venute ineluttabilmente ad incidere sull'accesso ad un diritto fondamentale e hanno comportato un affievolimento del diritto di asilo. Il decreto legge n. 130 apporta cambiamenti importanti[13], ma non rivede tutte le novità che furono introdotte dal decreto del 2018, lasciando ancora non poche ombre[14].

Assai dibattuti e contestati sono stati, poi, i divieti di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali introdotti con il secondo decreto sicurezza del 2019, che

[11] M. NOCI, *Rischio di tortura o trattamenti inumani, reintrodotto il divieto di espulsione*, in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, pp. 60-61.

[12] C. DE CHIARA, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Quest. Giust*., sez. *Diritti senza confini*, 9 dicembre 2020: molto dipenderà anche dall'interpretazione che le commissioni territoriali ed i tribunali offriranno del quadro normativo. Vedi anche E. CODINI, *Un intervento di portata limitata che non affronta i nodi strutturali,* in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, p. 55.

[13] C. PRATESI, *Le domande reiterate di protezione internazionale: brevi considerazioni alla luce delle modifiche normative introdotte dal d.l. 113/18 e dal d.l. n. 130/2020*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 3, pp. 263 ss, disponibile all'indirizzo https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-2020-3-1/649-le-domande-reiterate-di-protezione-internazionale-brevi-considerazioni-alla-luce-delle-modifiche-normative-introdotte-dal-d-l-113-18.

[14] ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130 /2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, disponibile all'indirizzo ASGI_5.11.20_.pdf (camera.it). Ad esempio il d.l. 130 non abroga la nozione di "Paese di origine sicuro" introdotta col decreto del 2018, e sebbene riformuli in termini di maggiore coerenza sistematica sia l'art. 28-*bis* che l'art. 35-*bis* del d.lg. n. 25/2008 non riduce, ma amplia l'ambito di applicazione delle procedure accelerate, con la conseguente marginalizzazione della procedura ordinaria, N. MORANDI, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 3, pp. 146 ss., disponibile all'indirizzo https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2020-1/652-le-procedure-accelerate-per-l-esame-della-domanda-di-protezione-internazionale-analisi-dell-art-28-bis-d-lgs-n-25-2008.

avevano suscitato forti critiche anche per la previsione di sanzioni assolutamente spropositate, sulle quali si era appuntato pure il messaggio del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge di conversione. In questo caso il decreto legge n. 130 non stravolge l'impianto della disposizione inserita con il "decreto sicurezza *bis*"; non si abroga la disciplina vigente, ma si apportano modifiche che riguardano soprattutto l'apparato sanzionatorio. Si tratta di un aggiustamento, non di una marcia indietro rispetto a quanto introdotto nel 2019[15].

Altro aspetto su cui ha inciso il decreto legge n. 130 e che necessitava certamente di essere rivisto è quello che riguarda il sistema di accoglienza. La scelta del "decreto Salvini" di riservare l'accesso al Sistema di protezione gestito dagli enti locali solo a coloro che sono già titolari della protezione internazionale o dei nuovi permessi introdotti in sostituzione della protezione umanitaria e ai minori non accompagnati poteva solo creare un maggior disagio sociale e quindi una maggiore insicurezza per tutti. Esiti poi amplificati dall'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19, che ha condotto il Governo a prevedere prima col d.l. n. 18/2020 e poi col d.l. n. 34/2020 la permanenza nei progetti SIPROIMI anche dei richiedenti asilo fino al 31 gennaio 2021.

È stata poi doverosamente adeguata la disciplina dell'iscrizione anagrafica alla sentenza della Corte costituzionale dell'estate scorsa[16] che aveva dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che non consentiva l'iscrizione dei richiedenti asilo.

Finalmente vengono ridotti i termini massimi per il trattenimento in vista dell'espulsione, ma il trattenimento dei richiedenti protezione non solo non vede un'abbreviazione dei termini, ma si arricchisce di nuove ipotesi di detenzione amministrativa[17].

Aggiungo anche che sono poi da salutare con favore quelle nuove previsioni che consentono la conversione di diverse tipologie di permessi di soggiorno in

[15] Cfr. P. COGNINI, *Le modifiche ai decreti sicurezza: intervista all'avv. Paolo Cognini*, in *Melting Pot*, 25 novembre 2020: "non solo è stato confermato l'impianto complessivo messo in piedi dai decreti sicurezza. Ma a questo impianto complessivo è stato associato un dispositivo repressivo che integra, accanto alle sanzioni già previste, seppure ridotte dal punto di vista dell'entità economica, il meccanismo appunto della ritorsione penale e quindi reclusiva".

[16] Corte cost., sent. 9 luglio 2020, n. 186.

[17] Sono poi definite delle priorità in ordine alle persone da trattenere, vista la limitata disponibilità di posti nei CPR. Si precisano, infine, gli obblighi informativi e di adeguatezza delle condizioni di trattenimento, oltre a ampliare il ruolo del garante delle persone private della libertà personale in relazione a reclami o istanze provenienti da stranieri trattenuti; vedi G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento per l'esecuzione dell'espulsione e dei richiedenti protezione internazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali,* cit.

permessi di soggiorno per motivi di lavoro[18]. Questo aspetto si collega peraltro alla necessità di una nuova disciplina organica degli ingressi e del soggiorno per motivi di lavoro. Come noto, è da un decennio che i decreti flussi bloccano nuovi ingressi, salvo il lavoro stagionale. Un intervento del legislatore sarebbe urgente per ripristinare delle possibilità di entrata regolare nel nostro paese, perché in questi anni la richiesta di protezione (nelle sue varie forme) ha finito per essere l'unico canale di accesso al nostro territorio.

Infine, è da stigmatizzare che non sia stata abrogata la norma sulla revoca della nazionalità italiana, per chi non è cittadino per nascita, in seguito alla condanna per determinati reati. Questa è stata senz'altro una delle norme più smaccatamente incostituzionali del decreto del 2018: la violazione dell'art. 3 Cost., la creazione di un diverso *status civitatis* per chi ha acquisito la cittadinanza italiana rispetto a chi è cittadino per nascita e i rischi di apolidia sono evidenti. Si ritoccano solo i tempi per la conclusione del procedimento di attribuzione della cittadinanza italiana che erano stati allungati a quattro anni (!): adesso vengono fissati in ventiquattro mesi prorogabili fino al massimo di trentasei dalla data di presentazione della domanda.

Giungendo a tirare le fila di questa breve introduzione, pare condivisibile l'impressione di trovarsi di fronte ad un intervento di aggiustamento, ma non di rottura[19]; al di là di alcune dichiarazioni di politici che hanno parlato di "messa in soffitta" dei decreti Salvini, in realtà non si esce del tutto dalla logica dei decreti del 2018-2019. E non si sorte da binari ben più risalenti che hanno visto negli anni, soprattutto nei confronti del diritto di asilo, un continuo conculcamento[20] da parte del legislatore e dell'amministrazione[21].

Come possiamo interpretare questo nuovo ed ulteriore intervento normativo: un primo passo verso la risalita? Sperabilmente un punto di partenza, non certo un punto di arrivo.

---

[18] M. NOCI, *op. cit.*, pp. 61-62.

[19] P. COGNINI, *op. cit.*: "ci sono alcune modifiche che sono positive perché danno delle possibilità che precedentemente non erano previste o che erano previste ma poi cancellate. Ma l'entità di queste migliorie non è tale da consentirci di vedere in questa operazione un punto di rottura".

[20] C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, 2020, n. 23, pp. IV-XLIV.

[21] Cfr. M. ACIERNO, *Introduzione*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 3, p. 7 : "Quella giurisdizionale si è rivelata l'unica risposta proveniente da un'autorità statuale, per definizione non politica né amministrativa (salvo le commissioni territoriali di prima istanza, che tuttavia svolgono funzioni paragiurisdizionali e agiscono come organi muniti di discrezionalità tecnica e con personale ad alta professionalità, selezionato per concorso), non impegnata nel compito di contenere il fenomeno, ma rivolta esclusivamente al riconoscimento delle condizioni per la titolarità e l'esercizio dei diritti umani della persona che il complessivo sistema delle fonti impone di accertare".

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020[*]

EMANUELE ROSSI[**]

Sommario

1. Premessa. Il diritto di asilo e la sua (in)attuazione. – 2. Le modifiche introdotte dal d.l. n. 113/2018. – 3. Il d.l. n. 130/2020 e le novità in tema di protezione speciale e conversione in permesso per motivi di lavoro. – 3.1. L'ambito di applicazione della nuova protezione speciale. – 3.2. Le novità in tema di permessi di soggiorno per cure mediche, per calamità e per i neo-maggiorenni. – 4. Rilievi conclusivi.

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento svolto in occasione del seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: emanuele.rossi@santannapisa.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Premessa. Il diritto di asilo e la sua (in)attuazione

Non è possibile in questa sede ricostruire le vicende che, sul piano normativo e giurisprudenziale, hanno accompagnato l'attuazione della previsione costituzionale concernente il diritto di asilo, contenuta nell'art. 10, terzo comma, della Costituzione: e nondimeno è necessario ricordare, per brevi e quasi allusivi cenni, i termini della questione[1].

Essendo mancata, almeno fino ad oggi, una legge generale di attuazione, si è ritenuto – soprattutto in giurisprudenza – che a ciò abbiano sopperito una serie di previsioni normative, sia di fonte interna che internazionale e dell'Unione europea.

Sinteticamente, e almeno fino all'entrata in vigore del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1 dicembre 2018, n. 132, tale attuazione è dunque avvenuta mediante tre distinte normative.

a) La disciplina relativa allo *status di rifugiato*, come regolata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sullo status dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 (Convenzione di Ginevra), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722. A ciò si è aggiunto l'Accordo tra il Governo italiano e l'ACNUR, reso esecutivo nell'ordinamento italiano con legge 15 dicembre 1954, n. 1271. La Convenzione di Ginevra è stata successivamente integrata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, cui è stata data attuazione nel nostro Paese con la legge 14 febbraio 1970, n. 95.
b) La regolazione della c.d. *protezione sussidiaria*, prevista dalla normativa comunitaria[2], ed in particolare dalla direttiva 2004/83/CE, in favore di quanti siano privi dei requisiti per essere riconosciuti come rifugiati, ma nei cui confronti sussistano fondati motivi per ritenere che, qualora ritornassero nel paese di origine, correrebbero "un rischio effettivo di subire un grave danno": con questo intendendosi la condanna a morte, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, ovvero

---

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Scuola Superiore Sant'Anna.

[1] Per riferimenti alla copiosa bibliografia sul tema sia consentito rinviare a E. ROSSI, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, Pisa, 2020, pp. 149 ss.

[2] Sull'evoluzione della normativa comunitaria in materia di diritto di asilo v., tra gli altri, P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 143 ss.; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, pp. 28 ss.

la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Detta direttiva è stata poi modificata dalla direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha disciplinato anche la condizione di rifugiato.

c) Infine, sempre in forza di una direttiva europea (in particolare, l'art. 6, par. 4, della direttiva 115/2008/UE), è stata prevista la possibilità per gli Stati membri di estendere l'ambito delle forme di protezione tipiche (rifugio e protezione sussidiaria), facendovi ricomprendere anche "motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura"[3]. Questo tipo di protezione era già stato introdotto dalla normativa italiana: dapprima con l'art. 14, comma 3, della legge 30 settembre 1993, n. 388 (contenente la ratifica e l'esecuzione di numerosi Protocolli ed Accordi, tra i quali quello di Schengen), come ipotesi di deroga al rigetto della domanda di permesso di soggiorno, in presenza di "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"; e successivamente mediante l'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. Imm.), che ha attribuito la competenza al rilascio al Questore. Tale permesso di soggiorno ("*per motivi umanitari*") – nella previsione legislativa precedente alla riforma del 2018 – poteva essere rilasciato dal Questore anche su richiesta delle competenti commissioni territoriali in sede di decisione di una richiesta di asilo, quando non sussistevano i presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria ma si era in presenza di "gravi motivi di carattere umanitario" (art. 32, comma 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, anche questo contenente attuazione di una direttiva comunitaria)[4].

Dunque, a fronte dell'inattuazione - in via legislativa *generale* - dell'art. 10, terzo comma, Cost., la materia è risultata "coperta" da tre modalità di tutela di stranieri *in qualche modo ricollegabili* alla previsione costituzionale: lo status di *rifugiato*, il titolare di *protezione sussidiaria*, il permesso di soggiorno per *motivi umanitari*.

Tale conclusione è stata avallata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione - in certa misura confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale - la quale ha ritenuto che il diritto di asilo costituzionale è "oggi interamente attuato e regolato

[3] Va ricordato, al riguardo, che tale protezione è prevista in 20 dei 28 Paesi dell'Unione europea – ora 19 su 27, dopo l'uscita della Gran Bretagna –, pur sulla base di presupposti diversi da Paese a Paese.

[4] Si usa distinguere, al riguardo, tra una protezione per motivi umanitari "esterna" alla procedura di asilo (quella di cui all'articolo 5, comma 6 del T.U. Imm.) e una protezione per motivi umanitari "interna" alla stessa (quella *ex* art. 32, comma 3 del d.lgs. n. 25 del 2008).

attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione" indicati, così che "non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3, Cost." e nemmeno per il diretto e immediato riconoscimento del diritto di asilo costituzionale *tout court*[5].

In base a tale giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale ha ritenuto che "ogni intervento legislativo che, indipendentemente dal suo contenuto, incida (…) sull'uno o sull'altro dei tre istituti che danno vita nel loro complesso alla disciplina dell'asilo costituzionale deve per ciò stesso essere ascritto alla materia denominata «diritto di asilo», di esclusiva competenza dello Stato, in base all'art. 117, secondo comma, lettera a), Cost." (sentenza n. 194/2019).

2. Le modifiche introdotte dal d.l. n. 113/2018

Su tale quadro, sostanzialmente consolidato prima dell'entrata in vigore del richiamato d.l. n. 113/2018, è intervenuta la novella contenuta in tale decreto, che ha significativamente mutato il contesto regolatorio.

Le modifiche hanno riguardato il sistema della *protezione umanitaria* (la "terza gamba" sopra indicata): l'unica sulla quale la legislazione interna poteva intervenire senza mettere in discussione accordi internazionali o il rispetto dei vincoli derivanti all'appartenenza all'Unione europea.

Il permesso *per motivi umanitari* è stato abolito, e sostituito con altri permessi: in particolare con quello per *protezione speciale*, il quale tuttavia ha un ambito di applicazione più ristretto del primo, essendo limitato alle sole ipotesi di pericolo di persecuzione o di tortura (mentre il primo, come si è detto, doveva essere rilasciato in presenza di "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"). Il d.l. n. 113/2018 ha poi ridenominato/introdotto nuovi permessi di soggiorno rilasciabili sulla base di motivi specifici, consistenti in: a) *casi speciali* (che ricomprendono le tre fattispecie particolari già previste dal testo unico sull'immigrazione – T.U. Imm. -, "dei quali mantengono sostanzialmente invariata la portata", secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 194/2019); b) *cure mediche* (art. 19, comma 2, lettera d-bis); c) *calamità* (art. 20 bis); d) motivi di *particolare valore civile* (art. 42 bis).

Tali mutamenti hanno posto un interrogativo, che possiamo così sintetizzare: se la normativa precedente il d.l. n. 113/2018 aveva costituito una *intera attuazione e*

[5] Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 26 giugno 2012, n. 10686, confermata dalla giurisprudenza successiva (tra cui Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 4 agosto 2016, n. 16362; sez. I civ., sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455; sez. I civ., ordinanza 15 maggio 2019, n. 13082; sez. VI civ., ordinanza 19 aprile 2019, n. 11110; sez. I civ., sentenza 30 agosto 2019, n. 21891, n. 21894 e n. 21895; sez. I civ., 25 marzo 2020, n. 7517). Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Roma 6 novembre 2019.

regolazione del diritto di asilo come previsto dalla Costituzione, la nuova disciplina ha modificato tale valutazione complessiva o l'ha mantenuta?

Una valutazione che potrebbe compiersi in astratto, ovvero mediante un confronto tra *disposizioni* normative, ovvero in concreto (potremmo dire, per usare la distinzione crisafulliana, non tra disposizioni bensì tra *norme*): ed è questa seconda la strada indicata dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale, per la quale la portata delle nuove fattispecie può essere valutata soltanto in relazione all'interpretazione che verrà data alle disposizioni da parte delle amministrazioni e della giurisprudenza[6], ed in considerazione dei casi della vita che emergeranno in sede applicativa.

3. Il d.l. n. 130/2020 e le novità in tema di protezione speciale e conversione in permesso per motivi di lavoro

In tale contesto complessivo, si pone ora il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, qui considerato nel testo parzialmente modificato in sede di conversione in legge, che possiamo considerare la "riforma della riforma" rispetto al d.l. n. 113/2018. Analizziamo come esso interviene sulla disciplina dei permessi di soggiorno: anche al fine di valutare se queste innovazioni incidano sulla fattispecie costituzionale prevista dall'art. 10, terzo comma, Cost.

In primo luogo, viene mantenuto il *nomen* "permesso di soggiorno per *protezione speciale*", e non viene ripresa la precedente denominazione di "permesso per protezione umanitaria". Evidentemente si è in tal modo inteso adottare – da parte del legislatore – un atteggiamento di cautela e di non contrapposizione netta e radicale con il precedente intervento normativo (si ricordi che una delle forze politiche dell'attuale maggioranza era in maggioranza anche ai tempi dell'approvazione della precedente normativa), preferendosi agire, invece, sul terreno dei *contenuti* di tale permesso.

Tale permesso viene in primo luogo reso convertibile in permesso per motivi di lavoro, al pari di quelli per calamità, per residenza elettiva, per acquisto della cittadinanza, per attività sportiva, per lavoro artistico, per motivi religiosi, per

[6] Sul punto v. L. MINNITI, *Introduzione. La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione dello straniero in Europa*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, pp. 8 ss.; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, pp. 100 ss.; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, p. 8, per la quale i "seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o da obblighi internazionali" non possono essere oggettivamente predeterminati in quanto risulta impossibile "prevedere tutte le ipotesi nelle quali possono sorgere quelle ragioni umanitarie che impongono la deroga alle ordinarie regole in materia di soggiorno".

assistenza dei minori e per cure mediche (quest'ultima previsione è stata inserita dalla Camera in sede di conversione in legge)[7].

In secondo luogo – ed è questa la novità forse più rilevante – è stato ampliato il novero delle fattispecie nelle quali deve essere riconosciuto detto permesso: si stabilisce infatti, dapprima, il divieto di espulsione e respingimento non soltanto "qualora esistano fondati motivi di ritenere che (la persona) rischi di essere sottoposta a tortura" – come era prima – ma anche "*a trattamenti inumani o degradanti*" ovvero anche "qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, comma 6" (ovvero "obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano")[8]. Per questa seconda parte il decreto recepisce le indicazioni con cui il Presidente della Repubblica aveva accompagnato, con una lettera inviata al Presidente del Consiglio, l'emanazione del decreto legge: in essa si precisava che il rispetto degli obblighi non solo internazionali, ma anche costituzionali, restano fermi, malgrado l'abrogazione della loro esplicita previsione. E ciò è stato confermato dalla stessa Corte costituzionale: la quale, nella più volte richiamata sentenza n. 194 del 2019, ha dedotto che "la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili".

Ciò che risulta più rilevante è la parte successiva della disposizione del decreto legge, ove si precisa che non sono ammessi il respingimento o l'espulsione "qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e di sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo status di rifugiati (…) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"[9]. Inoltre, si precisa che "Ai fini della valutazione del rischio di violazione" di quanto appena riportato, "si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata

[7] Come opportunamente osserva il dossier dei Servizi Studi del Senato e della Camera (11 dicembre 2020), il legislatore ha omesso di novellare con una formulazione di raccordo l'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 32 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25.

[8] S tratta di una previsione che il d.l. 113 del 2018 aveva eliminato e su cui si erano appuntati anche i rilievi del Presidente della Repubblica, il quale in una missiva inviata al Presidente del Consiglio in sede di emanazione del decreto-legge (in data 4 ottobre 2018) precisava che detti obblighi (*recte*: la necessità di rispettare gli stessi) restano fermi, "pur se non espressamente richiamati nel testo normativo", così come resta fermo "quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

[9] Il testo cui si fa riferimento è quello risultante dalla legge di conversione: la parte che inizia con "nonché" è stata aggiunta mediante un emendamento approvato alla Camera.

del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine".

In tali circostanze, il decreto legge stabilisce che deve essere riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale, sulle cui modalità di rilascio diremo subito.

3.1 L'ambito di applicazione della nuova protezione speciale

Soffermiamoci dapprima sul portato della disposizione riportata. Certamente essa amplia *l'ambito di applicazione del permesso per protezione speciale* rispetto a quanto previsto dal d.l. n. 113/2018: ciò è di immediata evidenza e non vi è bisogno di motivarlo.

Piuttosto, occorre soffermarsi sull'allargamento realizzato. La previsione legislativa è formulata, al riguardo, con una parte "positiva", contenente l'elencazione delle fattispecie che impongono il rilascio del permesso (corrispondenti alle circostanze in cui non può essere disposto il respingimento o l'allontanamento) ed una parte contenente i limiti stabiliti a tale allargamento. La prima parte è chiara: non si può procedere a respingimento qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare.

I casi in cui, invece, tale allargamento non si produce (i *limiti*) sono formulati così: "a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e di sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo status di rifugiati". Sufficientemente definiti sono i primi tre ("sicurezza nazionale", "ordine" e "sicurezza pubblica", sebbene non risulti del tutto agevole distinguere il primo dal terzo), mentre particolarmente problematico è l'ultimo riferimento, cioè la "protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo status di rifugiati e della Carta dei diritti fondamentali UE". Per come formulato, infatti, il riferimento alla tutela della salute sembra fungere da *limite* al rilascio del permesso di soggiorno: in altri termini, è come se si dovesse intendere che il permesso di soggiorno deve essere rilasciato se la persona, con l'allontanamento, possa rischiare conseguenze sulla propria vita privata e familiare, e deve al contrario essere negato *se tale allontanamento sia reso necessario per tutelare la salute*. In altri termini, la tutela della salute potrebbe giustificare l'allontanamento e il mancato rilascio del permesso di soggiorno. Questa sembra essere la interpretazione da dare mediante il senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", come impone l'art. 12 delle Preleggi. Né i lavori parlamentari aiutano a risolvere il dubbio: la formulazione è infatti frutto di un emendamento (proposto da Tripodi Elisa, Salafia Angela, Brescia Giuseppe con il n. 1.186) approvato dalla Commissione Affari costituzionali della Camera senza dibattito specifico.

Se questa interpretazione - peraltro confermata anche da dossier del Servizio studi del Senato[10] - fosse quella corretta, se ne dedurrebbe che in tale disposizione la tutela della salute venga evocata nella sua dimensione di interesse collettivo: in altri termini, si dovrebbe ritenere che si deve procedere a respingimento o espulsione nei casi in cui la permanenza dello straniero nel territorio italiano possa pregiudicare la salute collettiva della popolazione italiana.

Mi pare tuttavia che ben difficilmente questo sia il senso (presuntivamente) voluto dal legislatore, il quale forse intendeva stabilire altro: e cioè che la "protezione della salute" debba costituire una delle condizioni (accanto al rispetto della vita personale e familiare) che impediscono il respingimento e impongono il rilascio del permesso di soggiorno. Così farebbe intendere il richiamo alla Convenzione sui rifugiati ed alla Carta dei diritti UE, sebbene nella prima non vi sia alcun riferimento esplicito al diritto alla salute, mentre nella seconda si prevede che (articolo 35) "Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana": formulazione che induce a ritenere che il riferimento del legislatore miri a tutelare la salute individuale più che quella collettiva.

Se così fosse, si tratterebbe di una disposizione che si pone in linea con i ripetuti enunciati della Corte costituzionale, la quale ha costantemente affermato che il "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso" (sentenza n. 252/2001). E pure la giurisprudenza di legittimità ha, anche recentemente, affermato che la *ratio* della protezione umanitaria risiede nella necessità di garantire il diritto alla salute in caso di patologie gravi[11].

A fronte dunque di una formulazione legislativa incerta e ambigua, la giurisprudenza dovrà contribuire a chiarirne la reale portata.

L'altro aspetto da sottolineare della previsione normativa riguarda le condizioni di cui occorre "tenere conto" – secondo la disposizione – ai fini della valutazione del rischio di violazione sopra indicato (ovvero, lo si ripete, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, e forse anche della protezione della salute). Tali

[10] In cui si legge così: "Il divieto è del pari esteso dal decreto-legge a fondati motivi per ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una "violazione al diritto al rispetto della propria vita privata e familiare" - *a meno che depongano in senso contrario* ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, *di protezione della salute*" (corsivi aggiunti).

[11] Corte di Cassazione, sez. I civile, 4 febbraio 2020, n. 2558.

condizioni risultano solo in parte connesse alla tutela del diritto di asilo: potrebbero risultare tali la "natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato", se interpretati alla stregua di relazioni potenzialmente incidenti sul rispetto della vita dello straniero qualora questi fosse respinto nel Paese d'origine; o anche l'esistenza di legami familiari culturali e sociali con il suo Paese d'origine, sebbene non sia facile capire in che senso tali legami possano essere funzionali al divieto di respingimento. E comunque certamente distanti da una tutela del diritto di asilo sono le altre previsioni: ovvero l'*effettivo inserimento sociale in Italia* e la *durata del soggiorno sul territorio nazionale*. Elementi che certamente possono valutarsi positivamente, come espressione di un radicamento sul territorio italiano che è indice di un'avvenuta o comunque iniziata integrazione: ma che difficilmente possono essere considerati come funzionali al diritto di asilo come concepito dalla Costituzione. Anche il dossier dei Servizi studi di Camera e Senato conferma tale conclusione: vi si legge infatti che in tale circostanza "la prospettiva che viene a rilevare sia non già l'approdo in uno Stato altro, ritenuto gravemente pericoloso per l'incolumità e dignità personale, bensì 'l'allontanamento dal territorio nazionale', ritenuto gravemente lesivo di un radicamento".

Ed allora, come prima conclusione, se ne può dedurre la persistente confusione normativa di istituti finalizzati ad assicurare interessi bensì meritevoli di tutela, ma che si pongono su piani diversi: ben vengano, infatti, misure di tutela dello straniero che favoriscano la sua integrazione sul territorio nazionale e la possibilità di instaurare relazioni e rapporti, purché sia chiaro che si tratta di un obiettivo soltanto derivato e conseguenziale al diritto di asilo, al cui centro deve stare, secondo la Costituzione, la garanzia dello straniero "al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana".

Sul piano delle procedure, mediante il nuovo comma inserito dopo il comma 1.1 dell'art. 19 del T.U. Imm. si stabilisce che nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti sopra indicati (oltre ai casi di rischio di persecuzione), "la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale".

Anche in questo caso la formulazione della disposizione non è chiarissima: e comunque essa sembra doversi intendere che il rilascio del permesso per protezione speciale può conseguire a due procedimenti. O il soggetto interessato presenta domanda direttamente al Questore e questi, sentita la Commissione, rilascia il permesso, oppure sarà la Commissione territoriale che, rigettando la

domanda di protezione internazionale ma verificata la ricorrenza dei requisiti stabiliti dalla legge, trasmetterà gli atti al Questore (il quale, in questa circostanza, non dovrà ovviamente richiedere il parere della Commissione).

3.2 Le novità in tema di permessi di soggiorno per cure mediche, per calamità e per i neo-maggiorenni

Sin qui, dunque, le principali novità sul permesso di soggiorno per protezione speciale. Altre novità riguardano i permessi di soggiorno per cure mediche, per calamità, per i neo-maggiorenni e per acquisto della cittadinanza.

Quanto al primo, si muta la previsione precedente (introdotta dal decreto n. 113/2018) che riconosceva tale permesso nel caso di "stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità" per sostituirla con la previsione di "*gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie*". Non del tutto chiaro, anche in questa circostanza, il senso della nuova previsione.

In primo luogo, con essa il legislatore ha probabilmente inteso allargare l'ambito di applicazione alle menomazioni di carattere psichico e non soltanto fisico: ma va ricordato che la nozione di salute internazionalmente accolta, come si sa, è già comprensiva di entrambe le dimensioni[12].

Ancora più incerta è la seconda parte della disposizione, aperta con una congiunzione disgiuntiva ("o"): ma di cui non è chiaro quale sia il termine che regge il periodo "derivanti da gravi patologie". Forse si vuole intendere che quelle derivanti da gravi patologie possano consistere (semplicemente) in "condizioni" (ancorché non "gravi")? E quindi stabilire che si deve rilasciare il permesso in questione quando lo straniero ha subito gravi patologie, ancorché il suo stato psico-fisico attuale sia – al momento in cui si analizza – soddisfacente? Sinceramente non risulta facile restituire una qualche razionalità a tale previsione: sebbene l'*intentio* del legislatore debba intendersi – probabilmente – nel senso di allargare l'ambito di applicazione del divieto di respingimento o espulsione. Da sottolineare anche, in ordine a tale permesso, che esso è dichiarato espressamente convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro: non intendo approfondire tale aspetto, ma certo una qualche perplessità si potrebbe manifestare sulla scelta del legislatore di consentire questo ad una persona in gravi condizioni psico-fisiche e vietarlo per un richiedente asilo.

In merito invece al permesso "per calamità" il cambiamento è più chiaro e del tutto condivisibile. Si elimina la previsione, introdotta dal decreto n. 113/2018, per cui tale permesso poteva essere rilasciato soltanto nella circostanza in cui il Paese di possibile ritorno dello straniero versasse in una situazione "di contingente ed

[12] Anzi, volendo, si potrebbe osservare che la definizione di salute proposta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità è ancora più ampia, essendo riferita, oltre che allo "stato di totale benessere fisico e mentale" anche a quello "sociale".

eccezionale calamità", per sostituirla con il riferimento alla "grave calamità". Si tratta di una novella da reputare senz'altro positivamente, in quanto la previsione precedente impediva, nella sua formulazione, il rilascio del permesso in una condizione di calamità duratura (anziché *contingente*) e normale (anziché *eccezionale*). Anche per tale permesso di soggiorno, come per quelli precedenti, il decreto legge prevede la possibilità di conversione in permesso per motivi di lavoro.

Una novità da valutare positivamente è riferita al permesso di soggiorno previsto dall'art. 32 del T.U. Imm., rilasciabile al compimento del maggiore età del minore straniero: la novità (contenuta nell'art. 1, primo comma, lett. *b)* del d.l. n. 130 del 2020) consiste nella re-introduzione della previsione (già contenuta nel testo unico ed eliminata dal d.l. n. 113 del 2018) del silenzio-assenso relativamente al procedimento di rilascio del permesso di soggiorno in questione, impedendo inoltre che il mancato rilascio del parere obbligatorio del Comitato per i minori stranieri (le cui funzioni peraltro, dal 2012, sono state trasferite agli uffici governativi[13]) consenta il rigetto della richiesta di permesso.

La disposizione ora re-introdotta così espressamente prevede: "Il mancato rilascio del parere richiesto non può legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno. Si applica l'articolo 20, commi 1, 2 e 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241".

La prima parte di essa è riferita alla fase endoprocidementale di rilascio del parere, e va letta in relazione a quanto stabilito dall'art. 16 della legge n. 241 del 1990, in forza del quale "Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni (…) sono tenuti a rendere i pareri ad essi obbligatoriamente richiesti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta". La seconda riguarda invece la conclusione del procedimento di rilascio del permesso, cui ora si applica la disposizione sul silenzio-assenso. Si comprende dunque il senso complessivo della novella (che come, detto, riproduce quanto previsto prima del 2018): entro trenta giorni complessivi dalla richiesta di rilascio del permesso la procedura deve concludersi, e la mancata risposta comporta il rilascio del permesso. Con la riforma del 2018, al contrario, il mancato rispetto del termine da parte dell'amministrazione non comportava il formarsi del silenzio-assenso, ma rendeva applicabile a tale

[13] L'art. 12, comma 20, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha infatti stabilito che "A decorrere dalla data di scadenza degli organismi collegiali operanti presso le pubbliche amministrazioni, in regime di proroga ai sensi dell'articolo 68, comma 2, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, le attività svolte dagli organismi stessi sono definitivamente trasferite ai competenti uffici delle amministrazioni nell'ambito delle quali operano". Tra tali organismi collegiali vi era anche il Comitato per i minori stranieri, ora pertanto inopportunamente (sebbene indirettamente) richiamato.

procedimento la disposizione del quarto comma dell'art. 20 richiamato (che infatti è riferito anche ai procedimenti in materia di "immigrazione, asilo e cittadinanza).

Infine, l'ultima novità riguarda il permesso di soggiorno per acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. *c)*, del d.P.R. n. 394/1999, in forza del quale tale permesso viene rilasciato "a favore dello straniero già in possesso del permesso di soggiorno per altri motivi, per la durata del procedimento di concessione o di riconoscimento". Una previsione, quella del d.P.R., che evidentemente intende estendere il periodo di validità di precedenti permessi al fine di consentire l'espletamento delle pratiche di acquisto della cittadinanza. In relazione ad esso, il decreto legge precisa che tale permesso è convertibile in permesso per motivi di lavoro, a condizione che lo straniero non fosse precedentemente in possesso di un permesso per richiesta asilo. Tale ultimo permesso viene rilasciato in attesa della decisione sulla domanda di asilo, se essa non sia adottata entro sei mesi dalla presentazione della domanda ed il ritardo non sia imputabile al richiedente; ha durata di sei mesi, rinnovabile fino alla conclusione del procedimento, e consente di svolgere un'attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro. Lo scopo della limitazione ora contenuta nel decreto legge dovrebbe consistere nella volontà di impedire la convertibilità in permesso per motivi di lavoro del permesso per richiesta asilo.

4. Rilievi conclusivi

Quelle indicate sono dunque le novità che il d.l. n. 130/2020, nel testo convertito in legge dal Parlamento, ha introdotto sull'impianto normativo esistente in materia di asilo. Quale giudizio finale è possibile esprimere in ordine ad esse?

Sembra emergere con evidenza, intanto, un approccio assai limitato e quasi timido rispetto alle innovazioni introdotte dal decreto legge della precedente maggioranza: è vero che forse gli aspetti più forti e discutibili della riforma giallo-verde erano altri rispetto al diritto di asilo, e tuttavia l'impressione che in questo passaggio si sia inteso operare per limitati aggiustamenti è assai forte. Ricordiamo, al riguardo, come subito dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 era stata lanciata una raccolta di firme popolari con lo slogan "Chiediamo l'abrogazione del decreto Salvini sulla sicurezza", mentre l'iniziale spinta all'abrogazione totale, annunciata nelle prime settimane successive alla nascita del Governo Conte 2, si è poi progressivamente trasformata in una "profonda modifica", poi in una "riscrittura" per approdare infine ad una semplice e limitata "modifica". *Parturient montes, nascetur ridiculus mus* si potrebbe ripetere citando Orazio.

In secondo luogo, si deve osservare che la tecnica legislativa utilizzata (ed al netto dalle imperfezioni e imprecisioni evidenziate) è quella – ancora una volta – di procedere per (ulteriori, ennesime) modifiche ai testi normativi precedenti, ed in particolare al T.U. Imm.: i quali sono ormai venuti ad assumere una forma

rispetto alla quale il vestito di Arlecchino appare come un austero smoking. Ma il problema non è soltanto estetico (sebbene anche la qualità della normazione abbia riflessi sostanziali, come noto) bensì di sostanza: è dal 1998 che il nostro legislatore non ha affrontato in modo serio, complessivo, organico il tema dell'immigrazione, come le circostanze avrebbero imposto di fare. Si è preferito, a seconda delle varie maggioranze che si sono succedute, accentuare quel tema o quell'altro per solleticare il proprio elettorato, mettendo qualche bandierina qua e là in nome una volta della sicurezza e un'altra dell'accoglienza, una volta del "prima gli italiani" e altre volte (meno spesso, direi) della tutela di ogni persona indipendentemente dal passaporto posseduto. Con i risultati che ben conosciamo e che possiamo verificare dalle cronache quotidiane. E ciò vale in particolare per il diritto di asilo, che continua ad essere disciplinato mediante interventi parziali e scoordinati, diversamente da quanto richiederebbe l'art. 10, terzo comma, Cost.[14].

E tuttavia anche questa esigenza di una riforma organica deve essere considerata alla luce delle condizioni politiche date. Un emendamento presentato nel corso della discussione per la conversione in legge del decreto legge in esame proponeva quanto segue: "La nave oggetto di confisca viene affondata entro 15 giorni dal provvedimento del prefetto". Se questa è la prospettiva con cui si intende affrontare il tema dell'immigrazione, forse l'idea di una riforma organica è meglio riporla nel cassetto, in attesa di tempi migliori.

[14] Come da tempo rilevato in dottrina: si v., per tutti, M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*

FILIPPO VENTURI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: il potere del Ministro dell'Interno di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale. – 3. Il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: la clausola di "non applicazione" alle operazioni di soccorso in mare. – 4. Il terzo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: il delitto di inosservanza del decreto del Ministro dell'Interno. – 5. Osservazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento svolto in occasione del seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Dottorando di ricerca in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: filippo.venturi@santannapisa.it.

1. Introduzione

Dopo essere stata per lungo tempo da molti attesa e auspicata, la riforma dei c.d. Decreti sicurezza (d.l. n. 113/2018 e d.l. n. 53/2019) è stata finalmente realizzata dalle forze politiche che compongono l'attuale coalizione di Governo con il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito *in extremis* dal Parlamento con la legge 18 dicembre 2020, n. 173.

Come è noto, tale intervento normativo costituisce l'attuazione di una delle "linee programmatiche" (la numero 18) del c.d. "Programma di Governo" sottoscritto il 4 settembre 2019 dai partiti politici che hanno sostenuto la formazione del nuovo esecutivo: ivi si affermava infatti che, innanzi al "problema della gestione dei flussi migratori", sarebbe stato necessario adottare "un approccio strutturale, che affronti la questione nel suo complesso, anche attraverso la definizione di una organica normativa che persegua la lotta al traffico illegale di persone e all'immigrazione clandestina, ma che - nello stesso tempo - affronti i temi dell'integrazione", dovendosi modificare "la disciplina in materia di sicurezza […] alla luce delle recenti osservazioni formulate dal Presidente della Repubblica". Già da questi vaghi accenni programmatici emerge nitidamente la duplicità di ragioni che hanno ispirato la riforma in commento[1]: da un lato, in continuità con l'indirizzo politico della precedente compagine governativa, l'urgenza (*rectius*, l'ossessione[2]) di contrastare lo spauracchio dell'immigrazione irregolare e, dall'altro lato, nella prospettiva di superare il paradigma legislativo (pre)vigente, l'esigenza di ripristinare un approccio normativo che riconosca la legalità di talune forme di ingresso nel territorio italiano e la conseguente necessità di favorire l'integrazione degli stranieri che siano regolarmente entrati a far parte della comunità nazionale.

Il presente contributo ha ad oggetto una parte limitata dell'intervento riformatore, ossia la nuova disciplina che l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 ha stabilito con riferimento al potere del Ministro dell'Interno di limitare o vietare il passaggio di navi nel mare territoriale e al relativo trattamento sanzionatorio.

[1] Peraltro, ad avviso di chi scrive, tale duplicità si coglie, implicita, anche nel preambolo del d.l. n. 130/2020, ove si rileva "la straordinaria necessità e urgenza di garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia". L'esigenza primaria è ancora quella di garantire la regolarità dei flussi migratori, sebbene tacitamente si riconosca che la normativa previgente, eccessivamente rigorosa e restrittiva, si poneva in tensione con gli obblighi costituzionali e internazionali, rispetto ai quali pertanto si tenta ora di recuperare una maggiore compatibilità legislativa.

[2] Così la definisce, con un termine forte ma icastico, S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo,* Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 265.

Peraltro, squarciando il velo dell'asettico lessico giuridico adottato dalla normativa in commento e tenendo in considerazione l'esperienza applicativa della normativa previgente[3], non v'è alcun dubbio che tali modifiche siano state in verità concepite nella prospettiva di regolare le operazioni di soccorso in mare effettuate da imbarcazioni private e, in particolare, di ONG, le quali si sono negli ultimi anni fatte carico di svolgere quelle doverose attività di ricerca e salvataggio di naufraghi nel mar Mediterraneo di cui lo Stato italiano si è progressivamente disinteressato[4]. Le considerazioni che seguono, pertanto, si focalizzeranno proprio sull'impatto che la riforma pare poter avere sulla disciplina giuridica delle attività di soccorso in mare effettuate dalle ONG, le quali – lo si ribadisce – ne rappresentano il vero obiettivo regolativo.

Anticipando sin d'ora la trama delle presenti riflessioni, si può osservare come, ad una prima lettura della nuova normativa, risulti evidente l'intenzione del legislatore di comunicare giuridicamente alla collettività lo sforzo politico profuso allo scopo di recuperare una maggiore compatibilità con le pertinenti fonti internazionali e costituzionali e di recepire parte delle preoccupate osservazioni che il Presidente della Repubblica aveva formulato al momento della promulgazione della legge di conversione del decreto sicurezza bis[5]. Tuttavia, un'analisi più accorta e meditata della riforma ne rivela immediatamente la natura gattopardesca: laddove se ne consideri l'effettiva capacità performativa, infatti, ci si accorge che essa rappresenta una esemplare applicazione legislativa dell'adagio secondo cui, in taluni casi, se si vuole "*che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*".

In effetti, se dal livello, superficiale e immediato, della constatazione della portata narrativa e simbolica della nuova disciplina si passa a quello, più impegnativo e prospettico, della valutazione della sua effettiva consistenza tecnica e applicativa, non si può ignorare che la discontinuità rispetto a quella che è stata

[3] Cfr. F. FRANCESCHELLI, *Politiche italiane sull'immigrazione e crimini contro l'umanità: osservazioni critiche alla Comunicazione del 3 giugno 2019 alla Corte Penale Internazionale*, in *Cassazione penale*, 2020, p. 2493 ss., che ricorda come le prime applicazioni di tale potere, precedentemente previsto dall'art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm., siano avvenute proprio nei confronti di due navi appartenenti a ONG, ossia la Sea Watch 3 e la Open Arms.

[4] Si tratta di una lettura ricorrente, su cui, tra gli altri, C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 185 ss.

[5] Il riferimento è alle perplessità espresse dal Presidente della Repubblica nella lettera indirizzata lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 8 agosto 2019.

definita giornalisticamente la politica dei "porti chiusi"[6] è molto meno marcata di quanto numerosi commentatori e ONG avevano auspicato. Peraltro, nonostante la disciplina risultante dalla riforma non sia del tutto coerente e sembri anzi risentire della duplicità di ragioni che la hanno ispirata, è comunque possibile in ultima istanza affermare che le modifiche che essa ha introdotto si risolvono in una approssimativa cosmesi del paradigma normativo del decreto sicurezza bis[7], il quale continua (in tale ambito) a persistere pressoché inalterato nei suoi tratti operativi caratterizzanti. In definitiva, dunque, pare che lo slancio innovatore della riforma, la quale – perlomeno nelle dichiarazioni di intenti – era animata anche dalla volontà di porre fine alla conflittuale stagione dei "porti chiusi", sia stato quasi completamente vanificato dalla preoccupazione, prevalente, di conservare la sovranità delle autorità statali sulla gestione dei flussi migratori e sul controllo dei confini nazionali, perpetuando dunque la subalternità assiologica e giuridica delle istanze solidaristiche di cui sono espressione le attività di soccorso in mare svolte dalle imbarcazioni delle ONG.

Chiarito, dunque, il giudizio che complessivamente si ritiene di poter esprimere sulla riforma, se ne deve ora svolgere una analitica disamina formale, la quale giustifichi e sviluppi l'opinione testé sinteticamente espressa. A tale scopo, occorre rilevare che l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 può essere suddiviso in tre norme distinte, le quali corrispondono ai tre periodi che lo compongono. Nel prosieguo dello scritto, si effettuerà quindi una trattazione descrittiva e critica delle novità introdotte da ciascuno dei tre segmenti che compongono l'articolo, tenendo in considerazione anche le modifiche che il Parlamento ha approvato in sede di conversione con la legge n. 173/2020.

2. Il primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: il potere del Ministro dell'Interno di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale

Muovendo dunque dal primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, si può agevolmente rilevare come esso riproponga in maniera pressoché pedissequa il dettato dell'art. 11, comma 1-ter, d.lgs. n. 286/1998 (T.U. Imm.)[8], il quale era

[6] Ci si permette di utilizzare tale espressione anche nelle presenti riflessioni in quanto essa è diffusa anche tra i giuristi. *Ex multis*, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pp. 1859 ss.

[7] Cfr., A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale (art. 1, comma 2, d.l. 130/2020)*, in *La Legislazione Penale online*, in corso di pubblicazione.

[8] Di seguito si riporta, per comodità, il testo dell'art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm.: "Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1 aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma

stato introdotto proprio dal decreto sicurezza bis e che viene ora abrogato e sostituito.

Anche la nuova norma stabilisce infatti che, "fermo restando quanto previsto dall'articolo 83" cod. nav., il Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro dei trasporti, e previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, "può limitare o vietare il transito e la sosta di navi", purché non militari né governative, "nel mare territoriale". Tale potere interdittivo può essere impiegato per due ordini di ragioni, che nel testo originario del decreto legge (sul quale però è intervenuto un emendamento parlamentare, di cui tra breve si dirà) sono esplicitate come segue: "per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero", ai sensi dell'art. "19, paragrafo 2, lettera g)" della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (d'ora in poi UNCLOS), in presenza di una "violazione delle leggi di immigrazione vigenti".

In via di prima approssimazione, si può rilevare come persista, anche dopo la riforma, in capo al Ministro dell'Interno la facoltà di vietare a imbarcazioni private l'accesso ai porti italiani, in maniera analoga a quanto avveniva ai sensi della normativa previgente: anche nell'assetto delineato dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 egli potrà pertanto ostacolare le attività delle navi delle ONG che si dedicano alle operazioni di soccorso di migranti nel mar Mediterraneo. Numerose sono, come è noto, le criticità che i commentatori hanno enucleato con riferimento a tale potere interdittivo per come formulato e disciplinato dall'art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm.[9].

1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare […]. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri". La continuità tra tale disposizione e le direttive precedentemente emanate dal Ministro dell'Interno nell'ambito della politica dei "porti chiusi" è evidenziata da S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019.

[9] Su cui, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia a S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione Giustizia*, 29 luglio 2019, G. CATALDI, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Diritti senza confini*, 26 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it e P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema*

In questa sede, piuttosto che operare una rassegna di tali (spesso condivisibili) rilievi polemici, è opportuno soffermarsi sulle quattro principali novità introdotte a tal riguardo dal primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, le quali verranno illustrate nell'ordine in cui risultano dal testo. Esse, peraltro, paiono avere una portata effettuale assai ridotta e si risolvono, ad avviso di chi scrive, nel tentativo di offrire una differente narrazione giuridica di una realtà normativa che è però rimasta sostanzialmente immutata.

La prima novità è che, nell'*incipit* della norma, è stata introdotta una clausola che fa esplicitamente salvo quanto previsto dall'art. 83 cod. nav., il quale, come è noto, conferisce al Ministro dei Trasporti un potere dal medesimo contenuto (di limitazione o divieto del transito e della sosta "di navi mercantili nel mare territoriale"), fondato su presupposti analoghi ("motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e […] motivi di protezione dell'ambiente marino"). In tal modo, vengono definitivamente fugati i dubbi in precedenza espressi da taluni commentatori con riguardo a una eventuale abrogazione tacita dell'art. 83 cod. nav.[10], senza però fornire, come era stato invece auspicato[11], una esplicita disciplina di coordinamento tra il potere del Ministro dei Trasporti e il potere del Ministro dell'Interno. In definitiva, dunque, l'inciso iniziale si esaurisce in una regola atta a preservare la duplicazione delle facoltà di interdizione del transito e della sosta di navi nel mare territoriale (la cui titolarità subiettiva è quindi conservata nella sua massima estensione) ma che rimette integralmente alle autorità pubbliche competenti il compito di articolare le rispettive attribuzioni secondo logiche che, nell'assenza di una esplicita disciplina giuridica a ciò deputata, saranno necessariamente politiche[12].

---

delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione, in *Diritto pubblico*, 2019, pp. 651 ss.

[10] In questo senso si esprime M. BENVENUTI, *Audizione resa il 30 luglio 2019 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica",* in *Osservatorio AIC*, 2019, pp. 33 ss. Esclude invece un'abrogazione tacita dell'art. 83 cod. nav. A. ZAMPONE, *Il c.d. decreto sicurezza-bis: profili di diritto della navigazione*, in *Diritto pubblico*, 2019, pp. 693 ss.

[11] A. ZAMPONE, *op. loc. ult. cit.* In verità, la disciplina sanzionatoria relativa alle condotte di disobbedienza ai decreti dei due Ministri è stata uniformata, consentendo ciò di escludere eventuali disparità di trattamento punitivo tra condotte di violazione del provvedimento del Ministro dei Trasporti (come aveva prefigurato proprio A. ZAMPONE, *op. loc. ult. cit.*).

[12] In questo senso anche A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

La seconda innovazione è che, a differenza dell'art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm., la nuova disposizione non prevede più che il decreto del Ministro dell'Interno sia vincolato al "rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia". Tuttavia, non v'è dubbio alcuno che tali obblighi continuino ad avere rilevanza in tale materia, sia in virtù della tradizionale gerarchia delle fonti determinata dagli artt. 10 e 117 Cost.[13], sia in virtù del richiamo che ad essi specificatamente opera il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020.

La terza novità, quasi speculare alla precedente, ma di portata emendativa potenzialmente più vasta, deriva da una modifica che il Parlamento ha approvato in sede di conversione del decreto legge: tale intervento ha eliminato, tra i presupposti giustificativi del provvedimento del Ministro dell'Interno, il riferimento esclusivo all'art. 19, paragrafo 2, lett. g), UNCLOS e lo ha sostituito con il requisito generale della conformità dell'atto ministeriale a tutte le previsioni di tale Convenzione. Pertanto, in base alla nuova formulazione del primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, il decreto del Ministro dell'Interno dovrebbe considerare non solo l'art. 19, paragrafo 2, lett. g), UNCLOS, il quale qualifica come "pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero" e dunque come impedibile (art. 25) il passaggio di una nave "impegnata" in attività di "carico o scarico di […] persone in violazione delle leggi […] di immigrazione vigenti", bensì anche gli artt. 18 e 98 UNCLOS, i quali richiamano e disciplinano variamente proprio l'obbligo di salvataggio in mare: il primo, ossia l'art. 18 UNCLOS, consente (non solo il passaggio, ma) anche "la fermata" e "l'ancoraggio" di una nave straniera nel mare territoriale se tali atti "sono finalizzati a prestare soccorso a persone […] in pericolo o in difficoltà", mentre il secondo, ossia l'art. 98 UNCLOS, stabilisce l'obbligo per tutti gli Stati parte di esigere dai comandanti delle navi battenti la propria bandiera di prestare soccorso in mare (comma 1) e in particolare per gli Stati costieri di predisporre "un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso" in mare (comma 2). Ad una prima superficiale lettura potrebbe dunque parere che la formulazione adottata dal Parlamento sia maggiormente idonea, rispetto a quella originariamente prevista dal Governo, a bilanciare tra la sovranità territoriale dello Stato e l'obbligo internazionale, riconosciuto come consuetudinario anche dalla Corte di Cassazione nel caso Sea Watch 3[14], di prestare soccorso ai naufraghi, recependo in

[13] Lo ricordava già G. CATALDI, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913 Governo, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, 2 luglio 2019, disponibile all'indirizzo www.camera.it.

[14] A tal riguardo, approfonditamente, L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2020, pp. 691 ss.

tal modo l'indicazione a suo tempo formulata dal Presidente della Repubblica e ribadita più di recente anche dal Collegio per i reati ministeriali del Tribunale di Palermo nella sua relazione sulla vicenda della nave Open Arms[15]. Tuttavia, la discontinuità assiologica e normativa rispetto all'impianto del Decreto sicurezza bis è più apparente che reale. A ben vedere, infatti, non v'è alcun dubbio che, anche ai sensi dell'ormai sostituito art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm., il provvedimento del Ministro dell'Interno dovesse essere, in ragione dell'ordinaria gerarchia delle fonti configurata dall'art. 117 Cost., conforme a tutte le previsioni UNCLOS[16]. È dunque legittimo interrogarsi sul reale significato da attribuire all'emendamento parlamentare. Esso avrebbe infatti una portata dirompente se consentisse di escludere definitivamente che la violazione delle leggi di immigrazione sia un presupposto giustificativo del decreto del Ministro dell'Interno: tuttavia, la nuova formulazione dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 non permette di pervenire a tale esito interpretativo dato che, proprio ai sensi delle previsioni UNCLOS (in particolare, ai sensi dell'art. 19, paragrafo 2, il quale continua ad avere rilievo ermeneutico e applicativo), anche una violazione delle leggi di immigrazione può configurare un pregiudizio per "il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero" e integrare, dunque, i "motivi di ordine e sicurezza pubblica" richiesti dalla normativa interna per l'emanazione del provvedimento ministeriale[17]. Il rischio è, dunque, che la modifica approvata dal Parlamento rappresenti un'opera di cosmesi legislativa che, pur apparentemente animata da intenzioni commendevoli, si esaurisca nel rendere meno intellegibile una disciplina che rimane però invariata.

Anche se, in verità, si potrebbe forse arrischiare un tentativo di attribuire a tale emendamento un effetto giuridico limitativo: in particolare, considerato che l'art. 19 UNCLOS riguarda esclusivamente il passaggio ("non inoffensivo") di navi straniere, si potrebbe sostenere che il requisito generale di conformità del decreto del Ministro dell'Interno alle previsioni UNCLOS ne circoscriva l'applicabilità alle sole navi straniere, escludendo dunque che ad esso siano assoggettate le imbarcazioni italiane[18]. Trattasi di una proposta ermeneutica non del tutto

[15] Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, p. 37.

[16] Sia consentito ancora il rinvio a G. CATALDI, *Audizione informale*, cit.

[17] Del resto, già G. CATALDI, *Audizione informale*, cit., osservava che "la previsione 'speciale' […] non può certo attribuire poteri nuovi e ulteriori di limitazione del diritto di passaggio inoffensivo rispetto a quelli già deducibili in applicazione degli art. 19 e 25 UNCLOS e che costituiscono il perimetro entro il quale lo Stato costiero può intervenire nei confronti della nave straniera".

[18] La soluzione, riconosciuta comunque come "poco realistica dal punto di vista degli intendimenti politici e dell'applicazione pratica", è suggerita da A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*,

peregrina che, pur non potendosi evincere con immediatezza dal dettato testuale del primo periodo dell'art 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, si fonda però sulla valorizzazione della portata sistematica dell'inciso introdotto dal Parlamento, cui tenta di attribuire una consistenza giuridica autonoma ulteriore rispetto alla (superflua) specificazione della regola già espressa, in via generale, dall'art. 117 Cost.

La quarta ed ultima innovazione introdotta dal primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 consiste nella circostanza che, d'ora in avanti, il decreto del Ministro dell'Interno può limitare o vietare solo il transito e la sosta, ma non anche l'ingresso di navi nel mare territoriale: si tratta di un profilo su cui insistono i dossier preparatori dei lavori parlamentari[19] ma che, a giudizio di chi scrive, rappresenta una modifica il cui impatto nella prassi è destinato ad essere pressoché nullo. Come dimostra infatti l'esperienza applicativa dell'art. 83 cod. nav., che attribuisce anche al Ministro dei Trasporti il potere di limitare o vietare solo "il transito e la sosta" di navi, tale dicitura consente comunque all'autorità di vietare l'accesso ai porti[20] e, più in generale, di vietare "la navigazione, l'ancoraggio e la sosta" di imbarcazioni in porzioni più o meno ampie del mare territoriale[21]: pertanto, anche a seguito della riforma, il Ministro dell'Interno potrà impedire che le navi delle ONG concludano le proprie operazioni di soccorso mediante lo sbarco in un porto italiano dei migranti naufraghi salvati, nonostante lo sbarco rappresenti, come ha ricordato la Corte di Cassazione nel caso Sea Watch 3 muovendo dall'esegesi delle norme della Convenzione SAR, un obbligo "accessorio", "conseguente" e, dunque, complementare rispetto a quello di salvataggio in mare[22].

---

cit., che configurano comunque un residuo margine di applicazione del potere interdittivo del Ministro dell'Interno anche sulle navi italiane per "motivi di ordine e sicurezza pubblica" che non rientrano nelle ipotesi previste dall'art. 19 UNCLOS. Ad ogni modo, data l'ampiezza di tale ultima disposizione, si può ritenere che situazioni di questo genere corrispondano a ipotesi meramente teoriche che possono essere pertanto trascurate, come pare riconoscere anche A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss.

[19] Sia il Dossier n. 305 del 28 ottobre 2020, p. 36, sia il relativo aggiornamento, ossia il Dossier n. 305/1 del 26 novembre 2020, p. 44, entrambi predisposti in merito al d.l. n. 130/2020 (A.C. 2727) dai Servizi Studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

[20] Cfr. decreto del Ministro dei Trasporti del 21 febbraio 2003 e decreto del Ministro dei Trasporti del 18 aprile 2003.

[21] Cfr. decreto del Ministro dei Trasporti del 2 marzo 2012.

[22] Cass. pen., Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 6626. Su tale profilo si sofferma S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete,* in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020. Esplicita tale conclusione, considerando le linee guida del 2004 dell'IMO (International Maritime Organization), anche C. RUGGIERO,

In verità, supponendo che il Ministro dell'Interno non impieghi il suo potere in maniera tanto estesa da impedire *de facto* l'accesso dell'imbarcazione nella parte di mare territoriale che essa può ragionevolmente raggiungere, "l'ingresso" entro i confini nazionali dovrebbe consentire di azionare il divieto di espulsioni collettive di stranieri (art. 4 del IV Protocollo addizionale alla Convenzione EDU) e il dovere di esaminare le richieste di protezione internazionale eventualmente avanzate dai naufraghi soccorsi (art. 10-ter, comma 1, T.U. Imm.). Tuttavia, proprio nella vicenda Sea Watch 3, tale considerazione non ha impedito alle autorità italiane di intimare alla nave di uscire immediatamente dal mare territoriale[23], senza alcun riguardo per gli obblighi giuridici che, anche a fronte dell'illecito apparentemente commesso dal capitano dell'imbarcazione (essendo stato, nel caso di specie, l'ingresso vietato dal decreto ministeriale), dovevano essere comunque adempiuti a tutela dei migranti soccorsi e trasportati. Anche per tale ragione, dunque, è da dubitare che l'esclusione del potere del Ministro dell'Interno di interdire l'ingresso di imbarcazioni nel mare territoriale possa nella prassi produrre effetti giuridici virtuosi.

3. Il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: la clausola di "non applicazione" alle operazioni di soccorso in mare

Per quanto invece riguarda il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, si deve osservare come esso sancisca, in maniera del tutto innovativa rispetto alla disciplina previgente, che il potere interdittivo del Ministro dell'Interno e la relativa disciplina sanzionatoria non si applicano "nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare". Indicazioni che, precisa la disposizione anche in virtù di un emendamento approvato dal Parlamento in sede di conversione, devono essere emesse "sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare", dalla Convenzione EDU, e dalle norme "nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo", fermo comunque restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione di Palermo sul contrasto al traffico illecito di migranti.

Prima di svolgere alcune riflessioni critiche sulla portata effettuale di tale clausola di "non applicazione", occorre sgombrare il campo da un equivoco che potrebbe essere ingenerato dal richiamo (maliziosamente improprio) operato dalla

Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare, cit., pp. 185 ss.

[23] G.i.p. Agrigento, ordinanza del 2 luglio 2019, caso Sea Watch 3, p. 7 (punto 17).

norma in commento al Protocollo sul contrasto allo *smuggling* di migranti: è necessario infatti ribadire che le operazioni di salvataggio di naufraghi effettuate dalle imbarcazioni delle ONG non possono essere certamente qualificate come "traffico" ai sensi dell'art. 3, lett. a), del Protocollo in quanto difettano dello scopo di profitto[24]. Il riferimento a questa normativa internazionale è, pertanto, inappropriato e probabilmente costituisce una minacciosa[25] scoria dell'inflessibilità persecutoria che, come anticipato, il legislatore intende simbolicamente (continuare a) ostentare rispetto al fenomeno dell'immigrazione irregolare.

Ciò chiarito, si può rilevare come ad una prima superficiale lettura potrebbe parere che il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 consenta di escludere *tout court* che le operazioni di soccorso in mare svolte dalle navi delle ONG siano soggette al potere restrittivo del Ministro dell'Interno e alla relativa disciplina sanzionatoria, traducendo così finalmente in legge un principio esplicitato dal Tribunale di Palermo nella vicenda Open Arms[26]. E, probabilmente, sul piano comunicativo e politico, è proprio questo l'illusorio messaggio che vuole veicolare la riforma.

---

[24] *Amplius*, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss. il quale nota come la normativa interna ed europea, prescindendo dal dolo specifico di profitto, potrebbe invece condurre a ritenere che operazioni umanitarie di salvataggio in mare integrino il fatto tipico del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Di norma, peraltro, l'esclusione della responsabilità dei comandanti delle imbarcazioni delle ONG è giustificata dalla configurabilità di cause di giustificazione (per una ricognizione a tal proposito, L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" - la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 804 ss. e C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 185 ss.) anche se non mancano coloro che tentano di escludere *ab origine* la tipicità del fatto asserendo che non vi sarebbe alcuna violazione della normativa in materia di immigrazione in quanto i soggetti fatti sbarcare sul suolo italiano andrebbero qualificati non come migranti, bensì come naufraghi: in tal senso, C. PITEA, S. ZIRULIA, "*Friends, not foes": qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SidiBlog*, 26 luglio 2019. Cfr. anche l'originale approfondimento di A. DI MARTINO, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, pp. 1 ss., secondo cui a mancare sempre (in tali situazioni) sarebbe il dolo di "trasporto".

[25] Tale termine è ripreso da A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit., che osservano come "il significato di questa proposizione è tanto indeterminato quanto minaccioso".

[26] Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, p. 37.

Tuttavia, un'esegesi più accorta della disposizione, la quale consideri anche il contesto in cui essa si colloca, conduce a conclusioni differenti, ossia a constatarne una portata applicativa assai modesta e, ad avviso di chi scrive, insoddisfacente. Occorre evidenziare infatti che l'art. 1, comma 2 del d.l. n. 130/2020 tutela esclusivamente le operazioni di soccorso "regolari", ossia immediatamente comunicate alle autorità competenti ed "effettuate nel rispetto delle indicazioni" da esse fornite. È noto, tuttavia, come la Convenzione SOLAS e la Convenzione SAR stabiliscono che gli Stati sono tenuti solamente a cooperare per la rapida identificazione di *un place of safety,* senza però prevedere un corrispondente obbligo giuridico di indicarne uno nel proprio territorio[27]. Trattasi di una disciplina "asimmetrica"[28], che nel mar Mediterraneo ha determinato esiti distorti, principalmente per quattro ragioni: la prima è rappresentata dalla scarsa cooperazione di Malta (che, come è noto, non ha ratificato gli emendamenti del 2004 alle due Convenzioni poc'anzi menzionate); la seconda è costituita dall'estensione della zona SAR della Libia, che tuttavia non possiede autorità competenti idonee a coordinare le operazioni di salvataggio[29]; la terza è rappresentata dal ritardo con cui giungono le indicazioni delle autorità, spesso a valle di estenuanti trattative tra i Paesi europei sulla ripartizione dei migranti naufraghi salvati[30]; la quarta ed ultima ragione deriva invece dalla prassi, non infrequente, della Guardia Costiera Italiana (quale I.M.R.C.C.) di indicare come autorità competenti e come *place of safety* le autorità e i porti libici (c.d. "esternalizzazione delle frontiere")[31], nonostante la Libia sia, come ha ricordato l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani in una lettera del 15 maggio 2019, un luogo dove i migranti "sono soggetti a diverse violazioni dei diritti

[27] *Amplius*, Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, pp. 25 ss. (anche se poi i giudici giungono ad asserire che lo Stato italiano aveva, nelle circostanze concrete, l'obbligo di fornire un *place of safety*), nonché A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss. Cfr. anche la esaustiva trattazione di L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, cit., pp. 691 ss.

[28] G. CATALDI, *Audizione informale*, cit.

[29] Su tali due ragioni, G. CATALDI, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, cit.

[30] L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione": alcune riflessioni in tema di soccorso marittimo*, disponibile all'indirizzo www.fabbricadeidiritti.it.

[31] Per una ricostruzione della storia recente di tale prassi e, più in generale, della collaborazione tra Italia e Libia nell'ambito della gestione dei flussi migratori, si v. S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione*, cit., pp. 272 ss. Cfr. anche C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 185 ss. e, con dovizia di particolari, F. FRANCESCHELLI, *Politiche italiane sull'immigrazione e crimini contro l'umanità*, cit., pp. 2493 ss.

umani, tra cui il traffico di persone, prolungate detenzioni arbitrarie in condizioni disumane, torture e maltrattamenti, uccisioni illegali, stupri e altre forme di violenza sessuale, lavori forzati, estorsioni e sfruttamento". Nonostante, dunque, l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 prescriva che le indicazioni della competente autorità SAR siano emesse in base agli obblighi derivanti dalle fonti internazionali, la prassi amministrativa invalsa sinora ha frequentemente determinato la violazione di tali obblighi e, in particolare, del principio di *non refoulement*, del divieto di espulsioni collettive e dell'obbligo di cooperare per la rapida identificazione di un (vero) *place of safety*, il quale è certamente infranto laddove si prescriva come luogo di sbarco la Libia[32].

La clausola di esenzione del secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, tuttavia, non consente di escludere che anche indicazioni di questo genere, ossia "contrarie al diritto internazionale", vincolino sul piano operativo i comandanti delle navi delle ONG. Occorre considerare, infatti, che essa configura un'eccezione alla regola generale della valenza del potere interdittivo del Ministro dell'Interno (e della relativa disciplina sanzionatoria). Tale eccezione si fonda su due requisiti, ossia la "regolarità" delle operazioni di soccorso e la conformità delle indicazioni della competente autorità SAR agli obblighi derivanti dal diritto internazionale[33]: ciò implica che essa certamente non si applichi (e che, dunque, valga la norma generale) quando una di tali condizioni venga a mancare, ossia laddove vi sia un'operazione di soccorso che viola indicazioni dell'autorità SAR conformi ai pertinenti obblighi internazionali ovvero nel caso, speculare (e che non genera controversie), in cui vi sia un'operazione di soccorso che esegue indicazioni dell'autorità SAR contrarie ai pertinenti obblighi internazionali. Come si accennava, però, non è possibile asserire, *a contrario*, che la clausola di "non applicazione" operi anche laddove difettino entrambi i requisiti, ossia laddove vi sia un'operazione di soccorso che viola indicazioni dell'autorità SAR contrarie ai pertinenti obblighi internazionali[34]: opinando altrimenti, infatti, si introdurrebbe surrettiziamente una ulteriore e diversa eccezione alla regola generale, non prevista dalla legge. Al contrario, ad avviso di scrive, se mancano entrambe le condizioni

[32] Per alcuni riferimenti giurisprudenziali, G.i.p. Trapani, sentenza 23 maggio 2019, caso Vos Thalassa, nonché Corte EDU, Hirsi Jamaa e altri c. Italia, 23 febbraio 2012, n. 27765/09. In dottrina, S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis*, cit., e F. FRANCESCHELLI, *Politiche italiane sull'immigrazione e crimini contro l'umanità*, cit., pp. 2493 ss. Parla di "vero e proprio dovere di non sbarcare i naufraghi in un porto non sicuro" (come la Libia) anche A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss.

[33] Articolano ulteriormente tali requisiti, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

[34] *Contra*, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

richieste dal secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, la clausola di esenzione non può operare e il Ministro dell'Interno ha quindi la facoltà di emanare il decreto restrittivo di sua competenza, potendosi prospettare, in caso di inosservanza, l'avvio di un processo penale.

Peraltro, occorre precisare che tali considerazioni valgono solo con riferimento alla (inconsistente) portata applicativa della clausola di esenzione in commento, senza implicare alcuna necessitata conseguenza in termini di responsabilità penale del comandante dell'imbarcazione di una ONG che violi le determinazioni dell'autorità SAR a loro volta contrarie ai pertinenti obblighi internazionali. Tale violazione non ha infatti alcuna rilevanza né sulla qualificazione della sua condotta quale favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12, comma 1, T.U. Imm.)[35] né tantomeno sull'integrazione del delitto di inosservanza del decreto ministeriale previsto proprio dall'art. 1, comma 2, del n. 130/2020, rispetto al quale a valere sul piano della tipicità è esclusivamente la violazione del contenuto precettivo del provvedimento del Ministro dell'Interno, occorrendo poi comunque valutare l'eventuale configurabilità di cause di giustificazione ordinarie (anche putative, dato che, trattandosi di delitto, è richiesta la presenza del dolo) nonché la legittimità dell'atto ministeriale, la quale dovrà anzi essere sindacata con maggiore scrupolo proprio in ragione del contrasto tra le indicazioni fornite dalle autorità SAR competenti e il diritto internazionale.

Fatta tale doverosa precisazione, permane comunque la constatazione della assai modesta consistenza effettuale della clausola di "non applicazione" prevista dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020. La sua formulazione la condanna (intenzionalmente) alla ineffettività: trattasi di una evidente criticità della riforma, di cui si sono immediatamente avveduti non solo i commentatori[36], ma anche la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, che infatti aveva proposto un emendamento, poi purtroppo non recepito dall'Assemblea, volto proprio a escludere che le indicazioni della competente autorità SAR siano vincolanti anche nell'ipotesi in cui esse siano "contrarie al diritto internazionale" e ad evitare, di conseguenza, "che le navi che abbiano osservato gli obblighi internazionali di soccorrere le persone in mare debbano anche obbedire a centri di coordinamento

[35] Si tratta di una considerazione rimarcata da diversi autori. In particolare, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss. e, da ultimo, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

[36] ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, ove si propone di sostituire il requisito della "regolarità" delle operazioni di soccorso (rispetto alle indicazioni della competente autorità SAR) con quello della loro conformità ai pertinenti obblighi internazionali.

diversi da quello italiano, che potrebbero ordinare di portare le persone soccorse in mare in Paesi in cui avvengono violazioni dei diritti umani"[37].

Ad ogni modo, nella sua configurazione attuale, e salvo una interpretazione costituzionalmente orientata che esplicitamente ammetta di introdurre una ulteriore (rispetto a quella prevista dalla legge) eccezione alla regola generale, la clausola di "non applicazione" prefigurata dal secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 non può operare in vicende analoghe a quella della Sea Watch 3[38], in cui cioè le autorità SAR intimino al comandante di una imbarcazione di una ONG di affidare i migranti naufraghi salvati agli ufficiali libici ed egli si rifiuti di farlo[39]. Sul piano operativo, pertanto, questa clausola impone sempre la vincolatività delle indicazioni dell'autorità pubblica competente. In tal modo, il secondo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, innanzi all'antinomia tra i doveri gravanti sul capitano di una nave, ossia da una parte quello di attenersi alle prescrizioni impartite dalle istituzioni statali e dall'altra quello di rispettare gli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare e di protezione dei diritti umani dei migranti, attribuisce priorità (operativa) al primo, ossia all'obbligo di rispettare la sovranità dello Stato sui propri confini. E lo fa con una formulazione volutamente ambigua che, lungi dall'adempiere la promessa di un cambio di paradigma normativo, rafforza in verità l'assunto, già alle fondamenta del Decreto sicurezza bis, secondo cui anche le attività umanitarie in mare, per essere meritevoli di tutela giuridica (*rectius*, per non essere sottoposte a pena), debbono conformarsi alle determinazioni del potere pubblico cui spetta la gestione dei flussi migratori e, dunque, "obbedire" alle contingenti estrinsecazioni della legalità nazionale, rimanendo invece le pretese avanzate dalla legalità sovranazionale sullo sfondo[40], quasi fossero un incoercibile e sbiadito orpello legislativo. Ma, ovviamente, gli

[37] La proposta emendativa così prosegue: "sarebbe pertanto utile prevedere che l'articolo 1, comma 2, non si applichi nei confronti di navi che abbiano prestato soccorso in mare, anche rifiutandosi di rispettare indicazioni di coordinamento incompatibili con la salvaguardia della vita e della sicurezza in mare, oppure che abbiano agito in assenza di coordinamento in ragione del rifiuto di prendere in carico la situazione da parte di tutte le autorità potenzialmente competenti" (Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, 18 novembre 2020, parere sul d.l. 130 del 2020, favorevole con osservazioni).

[38] Per una più approfondita ricostruzione del fatto, G.i.p. Agrigento, ordinanza del 2 luglio 2019, caso Sea Watch 3.

[39] In senso analogo, ma con argomentazioni lievemente dissimili, L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione"*, cit.

[40] Trattasi di situazioni paradigmaticamente espressive della *inter-legality*, come ricordano A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit. (richiamando l'elaborazione di J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019).

obblighi internazionali tali non sono e possono anzi acquisire una decisiva valenza liberatoria nelle dinamiche di applicazione della nuova fattispecie penale posta a presidio del decreto del Ministro dell'Interno, come si è già accennato e come tra breve si dirà.

4. Il terzo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 130 del 2020: il delitto di inosservanza del decreto del Ministro dell'Interno

Il terzo ed ultimo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 ha infatti modificato il trattamento sanzionatorio cui è assoggettata la condotta di inosservanza del provvedimento ministeriale, con un intervento riformatore gravido di interessanti e, in parte, probabilmente inattese conseguenze. In particolare, a seguito della riforma, la violazione del decreto restrittivo del Ministro dell'Interno è qualificata come delitto, mentre ai sensi della disciplina previgente essa costituiva un mero illecito amministrativo. Tale metamorfosi punitiva si pone, ad avviso di chi scrive, in termini di continuità sul piano simbolico ma di parziale discontinuità sul piano pratico rispetto all'assetto normativo precedentemente delineato dal Decreto sicurezza bis.

Prima di illustrare le considerazioni a sostegno di questa conclusione, occorre però più nel dettaglio rilevare come la nuova disciplina sanzionatoria abroghi e sostituisca quella in precedenza prevista dall'art. 12, comma 6-bis, 6-ter e 6-quater T.U. Imm., la quale prevedeva per il comandante della nave una sanzione amministrativa estremamente onerosa e afflittiva[41], ossia il pagamento di una somma da determinarsi tra i 150 mila euro e 1 milione di euro sempre unita alla confisca della nave utilizzata per commettere la violazione. Si trattava di una punizione palesemente abnorme, sulla cui proporzionalità anche il Presidente della Repubblica aveva, nella lettera indirizzata ai Presidenti delle Camere in occasione della promulgazione della legge di conversione del Decreto Sicurezza bis, espresso le sue perplessità. Come accennato, comunque, l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 trasforma l'illecito da amministrativo a penale e, mediante il rinvio all'art. 1102 cod. nav., commina la pena della reclusione fino a 2 anni congiunta alla pena pecuniaria della multa tra i 10 mila e i 50 mila euro. Non è in alcun caso prevista, invece, la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione. Si noti, per inciso, che, mediante l'impiego della fattispecie delittuosa prevista dall'art. 1102

[41] Secondo G. CATALDI, *Audizione informale*, cit., era sproporzionata già la sanzione amministrativa prevista originariamente dal d.l. n. 53/2019 (da 10.000 a 50.000 euro, unita alla confisca della nave nei casi di reiterazione dell'illecito), la quale è stata poi considerevolmente inasprita dalla l. di conversione n. 77/2019.

cod. nav., si realizza una pressoché integrale[42] parificazione della disciplina punitiva della violazione del decreto restrittivo del Ministro dell'Interno a quella già stabilita per l'inosservanza dell'analogo provvedimento che il Ministro dei Trasporti può emanare ai sensi dell'art. 83 cod. nav., così in parte attenuando l'irrazionalità della non coordinata coesistenza delle due facoltà interdittive[43].

Questa breve didascalia dei contenuti della riforma della disciplina sanzionatoria consente di comprendere le ragioni per le quali si ritiene che essa presenti tratti di continuità simbolica e, al contempo, di discontinuità pratica con l'assetto normativo previgente, essendo dunque connotata da "ombre e luci"[44]. Sul primo versante, ossia quello della continuità simbolica con la disciplina precedente, risulta infatti evidente che la qualificazione della condotta di inosservanza del decreto ministeriale che "chiude i porti" come delitto porti a compimento quel percorso normativo di *crimmigration*[45] che, recentemente, si è indirizzato verso la criminalizzazione delle attività di soccorso in mare delle ONG, anche in ragione del ruolo protagonistico che esse hanno assunto, in eclatante contrasto con l'attitudine ostentatamente inerte e ostile delle istituzioni pubbliche, nell'attuazione degli obblighi internazionali di salvaguardia della vita in mare[46]. La riforma sancisce infatti definitivamente che i comandanti delle navi delle ONG che si dedicano ad operazioni di salvataggio in mare commettono un delitto quando operano in contrasto con le determinazioni delle autorità SAR competenti e del Ministro dell'Interno: sul piano semantico, dunque, la violazione (anche) per ragioni umanitarie della sovranità statale sulla gestione dei flussi migratori e sul controllo dei confini nazionali è censurata con la punizione più stigmatizzante, ossia la pena[47].

---

[42] Permane in verità una (consistente) differenza con riguardo all'importo della multa comminata, che per la violazione del decreto del Ministro dei Trasporti ha una soglia massima di 516 euro.

[43] Sulla previgente ingiustificata disparità di trattamento, si v. A. ZAMPONE, *op. cit.*, p. 693 ss.

[44] Come rileva L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione"*, cit.

[45] Come è noto, l'espressione è stata coniata da J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review,* 2006, p. 378.

[46] Su cui, tra gli altri, L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici"*, cit., pp. 804 ss. e C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 185 ss.

[47] In particolare, si v. le efficaci parole di A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss., secondo cui lo "*smuggling* umanitario" sarebbe "una sorta di *crimen laesae majestatis*, un atto di disobbedienza, che viene essenzialmente colpito per la sua dimensione semantica, dunque politica, più che per le sue implicazioni effettuali. È il significato politico dell'azione umanitaria delle ONG che, all'interno di una più ampia e risalente strategia di

Passando al secondo versante, ossia quello della parziale discontinuità pratica rispetto alla normativa precedente, si deve però osservare che, alla indubbia severità punitiva che caratterizza la dimensione politica e comunicativa di tale parte della riforma, fanno da contraltare delle dinamiche applicative, probabilmente in parte inattese, che impongono, sulle interazioni tra poteri pubblici e attività umanitarie in mare delle ONG, un sindacato di legalità (nazionale e internazionale) più stringente rispetto a quello che in precedenza connotava l'assetto del Decreto Sicurezza bis.

Innanzitutto, con riguardo all'afflittività della sanzione, occorre rilevare come essa sia ora maggiormente proporzionata, essendo la multa comminata più mite e venendo definitivamente esclusa la confisca della imbarcazione impiegata per commettere la violazione[48]. Peraltro, la pena è pressoché sempre passibile di essere assoggettata al beneficio della sospensione condizionale (art. 163 c.p.).

Soprattutto, però, la circostanza che l'illecito sia ora un reato implica che l'applicazione della sanzione non giunga più all'esito di un procedimento amministrativo, discrezionale, sommario e affidato al potere esecutivo, ma all'esito del processo penale, con tutte le conseguenze in termini di tutela del diritto di difesa dell'imputato che lo caratterizzano[49]. Ciò è importante soprattutto per due ragioni. La prima è che il giudice penale potrà valutare con la dovuta attenzione l'eventuale sussistenza di cause di giustificazione ordinarie, la cui configurabilità in tali scenari non può essere esclusa o affermata in base ad un esame del fatto approssimativo (come quello che può effettuare l'autorità amministrativa): è noto, infatti, che quando si tratti di operazioni di salvataggio di migranti naufraghi potrebbero trovare applicazione non solo le scriminanti della legittima difesa (art. 52 c.p.)[50] o dello stato di necessità (art. 54 c.p.)[51], ma anche quella

crimmigration, si cerca di delegittimare come *hors la loi*, inquadrandola alla stregua di un favoreggiamento dell'immigrazione clandestina".

[48] Peraltro, il previgente illecito amministrativo faceva "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", in tal modo implicitamente prospettando un gravoso cumulo punitivo con la pena prevista per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, come ricorda L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione"*, cit. Non si può comunque escludere che, anche in futuro, la pubblica accusa contesti il delitto *ex* art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 in concorso (formale) con il delitto *ex* art. 12, comma 1, T.U. Imm.

[49] Cfr. L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione"*, cit. e A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

[50] Cfr. le battute conclusive di A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

[51] *Amplius*, C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 185 ss. Sulla diversa interpretazione elaborata a tal

dell'adempimento di un dovere (derivante dal diritto nazionale e internazionale) (art. 51 c.p.), prospettata dalla Corte di Cassazione nel caso Sea Watch 3 con consenso non unanime dei commentatori[52]. Peraltro, è opportuno ricordare che, poiché il reato di inosservanza del decreto del Ministro dell'Interno è un delitto, il quale pertanto, in assenza di un'esplicita previsione di punibilità per colpa, deve necessariamente essere commesso con dolo (art. 42, comma 2, c.p.), l'eventuale errore del comandante della nave sul fatto della presenza di una causa di giustificazione (art. 59, comma 4, c.p.) ne escluderà comunque la responsabilità penale.

In secondo luogo, e soprattutto, il giudice penale potrà sindacare, in via incidentale, la legittimità del provvedimento ministeriale, potendo eventualmente disapplicarlo *in bonam partem*. Si tratta di una rilevante innovazione dell'intervento di riforma: mentre, infatti, nella disciplina previgente la legittimità del decreto ministeriale poteva essere valutata da un giudice ordinario (quello civile) solo in presenza di un'opposizione dei soggetti sanzionati amministrativamente, nell'assetto delineato dal d.l. n. 130/2020 il giudice penale è sempre chiamato a verificare tale legittimità in via incidentale prima di applicare la pena, e ciò proprio in quanto la fattispecie delittuosa gravita attorno alla violazione del provvedimento del Ministro dell'Interno, il quale rappresenta dunque il perno della tipicità della condotta illecita. Laddove il giudice penale dovesse ritenerlo invalido, dovrebbe disapplicarlo e il comandante dell'imbarcazione verrebbe assolto con formula piena, perché "il fatto non sussiste"[53]. In definitiva, dunque, la nuova normativa impone che l'effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi

riguardo dal G.i.p. del Tribunale di Catania (27 marzo 2018) e dal G.i.p. del Tribunale di Ragusa (16 aprile 2018) in merito alla richiesta di sequestro preventivo della nave Open Arms, si rinvia a S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione*, cit., pp. 281-282.

[52] Condividono l'opinione della Suprema Corte, C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, cit., nonché G. CATALDI, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis"*, cit. *Contra*, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss., secondo cui invece non può essere configurato alcun obbligo giuridico positivo di sbarco dei migranti naufraghi salvati in un porto italiano, perlomeno fino a quando gli Stati competenti non lo abbiano concretamente individuato come *place of safety*. Più articolata è l'opinione di L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, cit., pp. 691 ss., che distingue la situazione in cui la nave sia in *distress* da quella in cui non lo sia.

[53] Sul sindacato incidentale *in bonam partem* degli atti amministrativi da parte del giudice penale, si rinvia a M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 742 ss.

del decreto del Ministro dell'Interno, nonché la sua compatibilità con i pertinenti obblighi internazionali vengano sempre vagliate prima di infliggere la sanzione da un giudice terzo e imparziale, ossia il giudice penale, nell'attento contradditorio tra le parti: e non si può escludere che tale valutazione si concluda con la constatazione dell'invalidità del provvedimento ministeriale, come suggerito dalle speculari[54] pronunce del Tribunale di Palermo e del G.i.p. di Agrigento sui casi Open Arms e Sea Watch 3[55] nonché da numerosi commentatori[56]. Trattasi, però, di una valutazione estremamente complessa e delicata, che richiede un'attenta dissezione di interrogativi ancora insoluti, tra i quali: può una operazione di salvataggio e sbarco di migranti naufraghi essere qualificata come "carico o scarico di […] persone in violazione delle leggi […] di immigrazione vigenti" (art. 19, paragrafo 2 lett. g) UNCLOS)[57]? A fronte dell'inerzia (o diniego) degli altri Paesi competenti, può configurarsi in capo allo Stato italiano un obbligo di fornire un *place of safety* sul proprio territorio[58]? A fronte dell'inerzia (o diniego) degli altri Paesi competenti, un decreto interdittivo del Ministro dell'Interno può integrare un (rischio di) *refoulement* collettivo dei migranti[59], equivalendo funzionalmente a un ordine di tornare in Libia? E laddove l'imbarcazione della ONG abbia già fatto ingresso nel mare territoriale, un divieto di transito e sosta che, per la sua estensione, le imponga *de facto* di uscire dai confini nazionali può rappresentare

[54] Rileva la specularità dei processi penali avviati a seguito di controverse vicende di salvataggio in mare ad opera delle ONG (alcuni dei quali attengono alla responsabilità penale dei comandanti delle imbarcazioni private e altri dei quali attengono invece alla responsabilità penale dei funzionari pubblici) L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici"*, *cit.*, pp. 804 ss., il quale parla di "due facce della stessa medaglia".

[55] Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, p. 61, e G.i.p. Agrigento, ordinanza del 2 luglio 2019, caso Sea Watch 3, p. 11.

[56] In particolare, C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 185 ss., S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, cit., e S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis*, cit.

[57] Si v. a tal riguardo la proposta ermeneutica di C. PITEA, S. ZIRULIA, *op. cit.*, in *SidiBlog*, 26 luglio 2019. In senso negativo, con argomenti convincenti, anche A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit.

[58] Come afferma Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, p. da 40 a 65 (in particolare, p. 52).

[59] Si tratta di una intuizione di A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto d'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit. Anche secondo A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., pp. 1859 ss., in questi casi sarebbe configurabile la scriminante della legittima difesa.

una misura equivalente a una espulsione collettiva di stranieri[60]? E, sempre nella situazione in cui la nave della ONG sia già entrata nel mare territoriale, il decreto interdittivo del Ministro dell'Interno può configurare una violazione del diritto di asilo dei richiedenti protezione internazionale (che verosimilmente vi sono) a bordo[61]? Infine, come si coordina il provvedimento ministeriale, e dunque l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, con il dettato dell'art. 10-ter, comma 1, T.U. Imm., il quale prevede che "lo straniero […] giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso" i c.d. *hotspot*[62]? Si tratta di quesiti problematici, la cui soluzione, non agevole, implica un'attenta considerazione dei connotati del caso concreto *sub iudice* e del regime normativo, nazionale e internazionale, che ad esso deve essere specificatamente applicato.

Proprio per tale ragione, rimane comunque preferibile che la legittimità del decreto del Ministro dell'Interno sia valutata dai competenti Tribunali amministrativi (eventualmente, nell'ambito di un procedimento cautelare *ex* art. 55 ss. cod. proc. amm., come avvenuto nella vicenda Open Arms[63]) sia perché essi sono maggiormente idonei a giudicare questioni di questo genere, sia perché altrimenti il processo penale sarebbe trascinato troppo frequentemente nell'agone politico, ove la sua legittimazione, già precaria, rischia di essere ulteriormente

[60] Lo suggerisce S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis*, cit. Peraltro, a tal proposito, andrebbe considerata anche la recente pronuncia della Corte EDU, N.D. e N.T. c. Spagna, 13 febbraio 2020, n. 8675/15 con cui, come sottolinea F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SidiBlog*, 19 marzo 2020, la Corte di Strasburgo ha spostato "a favore degli Stati il punto di equilibrio nel bilanciamento tra la tutela dell'interesse degli stessi alla protezione delle proprie frontiere rispetto all'ingresso irregolare di migranti".

[61] Cfr. G. CATALDI, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis"*, cit.

[62] Tale norma è richiamata da G.i.p. Agrigento, ordinanza del 2 luglio 2019, caso Sea Watch 3, p. 4 e 5.

[63] Presidente del TAR Lazio, Sez. I ter, decreto del 14 agosto 2019, con cui il decreto interdittivo del Ministro dell'Interno era stato interinalmente sospeso sulla base della considerazione secondo cui "il ricorso in esame non appare del tutto sfornito di fondamento giuridico in relazione al dedotto vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti e di violazione delle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso, nella misura in cui la stessa amministrazione intimata riconosce, nelle premesse del provvedimento impugnato, che il natante soccorso da Open Arms in area SAR libica – quanto meno per l'ingente numero di persone a bordo – era in '*distress*', cioè in situazione di evidente difficoltà (per cui appare, altresì, contraddittoria la conseguente valutazione effettuata nel medesimo provvedimento, dell'esistenza, nella specie, della peculiare ipotesi di "passaggio non inoffensivo" di cui all'art. 19, comma 2, lett. g), della legge n. 689/1994)".

erosa. In questa prospettiva, dunque, non si può non rilevare il rischio che il terzo ed ultimo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 contribuisca ad alimentare ulteriormente la preoccupante tendenza volta a rendere la giustizia penale il luogo istituzionale privilegiato per la manifestazione dei conflitti che, più o meno fisiologicamente, rappresentano la trama politica della democrazia italiana[64]. Inutile dire che all'ombra della pena tali conflitti non hanno alcuna speranza di essere ricomposti, essendo anzi destinati a estremizzarsi e inasprirsi ulteriormente.

5. Osservazioni conclusive

In conclusione, dunque, sono chiare le ragioni che inducono a ritenere che la riforma della disciplina giuridica delle operazioni di salvataggio in mare si riduca a modifiche di portata perlopiù declamatoria e simbolica, le quali però lasciano pressoché inalterato il regime normativo precedentemente delineato dal Decreto sicurezza bis, i cui tratti operativi e assiologici più caratterizzanti persistono immutati (e solo parzialmente dissimulati)[65]. Come si è detto, infatti, il primo periodo dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 attribuisce al Ministro dell'Interno un potere interdittivo sostanzialmente identico a quello di cui già disponeva ai sensi dell'art. 11, comma 1-ter, T.U. Imm.; il secondo periodo dell'articolo, invece, esentando dalla disciplina restrittiva e punitiva in commento solo le operazioni di soccorso in mare "regolari", ribadisce il postulato secondo cui le attività umanitarie (quand'anche svolte in adempimento dei pertinenti obblighi internazionali) sono meritevoli di riconoscimento e tutela giuridica solo se "obbediscono" alle decisioni amministrative in concreto assunte dal potere sovrano dello Stato; il terzo ed ultimo periodo dell'articolo, infine, censurando le condotte inosservanti del provvedimento ministeriale con la sanzione più stigmatizzante (ossia la pena), rafforza in tale materia la valenza semantica del principio di autorità e al contempo attribuisce (in maniera forse non del tutto intenzionale) al giudice penale un ruolo di garante della validità dell'atto amministrativo che, pur potendo egli interpretare in maniera tale da assicurare l'effettività della legalità non solo nazionale ma anche internazionale, rischia tuttavia di logorare nel tempo la sua legittimazione istituzionale.

In definitiva, dunque, la trama politico-legislativa del Decreto sicurezza bis continua, anche dopo la riforma, a rappresentare l'intelaiatura della disciplina giuridica delle operazioni di soccorso in mare. Il tanto celebrato slancio

[64] Il tema, s'intende, è di elevata complessità ed ampiezza. Per una prima trattazione e per ulteriori riferimenti si rinvia a S. DE SANTIS, *L'uso politico degli strumenti processuali penale*, in *Archivio Penale*, 2012, n. 3, pp. 1 ss.

[65] Tendenzialmente analogo è il giudizio complessivamente espresso da L. BRIGIDA, *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione"*, cit.

riformatore che avrebbe dovuto connotare il d.l. n. 130/2020 nel segno di un ripensamento strutturale della normativa in materia di immigrazione si è quindi ridotto, perlomeno con riguardo alla regolamentazione delle attività umanitarie in mare svolte dalle ONG, a pochi aggiustamenti dalla valenza prevalentemente cosmetica. *Parturient montes, nascetur ridiculus mus*[66].

Peraltro, occorre anche rilevare come tali aggiustamenti non siano del tutto coerenti tra di loro, né sul piano simbolico né su quello pratico[67]. Tali contraddizioni devono farsi risalire alla duplicità di ragioni che, come accennato nelle battute introduttive di questo scritto, hanno ispirato l'intervento legislativo, il quale pare in definitiva essere stato concepito ed edificato senza un nitido progetto di riforma, la cui assenza ha ineludibilmente condotto a un compromesso "al ribasso" in cui il superamento della conflittuale stagione dei "porti chiusi" non è altro che una finzione narrativa restituita da formule giuridicamente superflue o dalla ridotta capacità performativa. A prevalere è stata, senza dubbio, la preoccupazione di conservare la sovranità delle autorità statali sul controllo dei flussi migratori e dei confini nazionali: la nuova disciplina, apparentemente più ecumenica, tradisce infatti le medesime fondamenta politico-culturali del regime normativo previgente. Se, come pare, è questa la visione che ha ispirato l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, è allora opportuno rilevare che, con riferimento alle operazioni di soccorso in mare, non si può parlare di vera riforma, quanto piuttosto di revisione o, addirittura, di mera riscrittura del Decreto sicurezza bis. Dietro la nuova facciata legislativa, esteticamente più gradevole, si cela il medesimo edificio disciplinare, angusto e inospitale: è stato cambiato tutto, dunque, ma in verità tutto è stato lasciato com'è.

A ben vedere, nella prospettiva di segnare una reale "rottura" con l'impianto giuridico previgente, la soluzione da adottare sarebbe stata infatti giuridicamente

[66] Riprendendo l'espressione che, acutamente, è richiamata da E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

[67] Più nel dettaglio: sul primo versante, ossia quello simbolico, al riconoscimento della meritevolezza delle operazioni "regolari" di soccorso in mare mediante la clausola di "non applicazione" (secondo periodo dell'articolo) si contrappone la severità della censura penale stabilita per le attività umanitarie "disubbidienti" (terzo periodo dell'articolo); mentre sul secondo versante, ossia quello pratico, al destino di ineffettività cui è intenzionalmente condannata la clausola di "non applicazione", circoscritta ai casi (che non sarebbero comunque stati controversi) in cui non vi sia alcun conflitto tra autorità pubbliche e ONG (secondo periodo dell'articolo), si accompagna l'attribuzione al giudice penale di una facoltà, quella di sindacare incidentalmente la legittimità del decreto del Ministro dell'Interno, potenzialmente tale da determinare, mediante il riferimento alla legalità sovranazionale, un sistematico (ma, alla lunga, logorante) sovvertimento delle determinazioni assunte dal potere sovrano dello Stato (terzo periodo dell'articolo)

assai semplice: prevedere che la clausola di "non applicazione" della disciplina dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 valesse per tutte le operazioni di soccorso in mare di naufraghi, prescindendo da qualsiasi riferimento al rispetto delle indicazioni fornite dalle autorità pubbliche competenti[68]. Ma, evidentemente, a difettare non è stata tanto la competenza tecnica quanto piuttosto, come si accennava poc'anzi, la volontà politica di superare l'assetto del Decreto sicurezza bis e di attribuire preminenza assiologica e normativa ai doveri di solidarietà e di tutela della vita umana in mare.

Deliberatamente fallita dal legislatore l'occasione di rovesciare il paradigma giuridico previgente, spetterà dunque in futuro al Ministro dell'Interno[69] e alla Guardia costiera (quale *Italian Maritime Rescue Coordination Centre* - I.M.R.C.C.) il compito di attenuare la conflittualità tra le attività umanitarie in mare delle ONG e l'azione delle competenti istituzioni pubbliche mediante prassi amministrative che consentano l'immediata e incondizionata attuazione dei pertinenti obblighi internazionali, i quali gravano innanzitutto proprio sugli Stati (costieri). Ma è ovvio che qualsiasi risultato si ottenga in tale prospettiva, pur auspicabile, resterà comunque precario fintanto che permanga una disciplina di rango primario che ostenta diffidenza e ostilità nei confronti delle operazioni di soccorso in mare delle ONG e che enfatizza la priorità assiologica e operativa della sovranità statale sul controllo dei flussi migratori e dei confini nazionali[70].

---

[68] Come proposto dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, 18 novembre 2020, parere sul d.l. 130 del 2020, favorevole con osservazioni, e suggerito anche da ASGI, *op. cit.*, 4 novembre 2020. Peraltro, tali proposte richiedevano comunque, ai fini dell'esenzione, la conformità delle operazioni di soccorso ai pertinenti obblighi internazionali: ma tale esigenza, a ben vedere, si può ritenere implicita nella stessa qualificazione di "operazioni di soccorso", la quale ineludibilmente postula l'adempimento del dovere di salvataggio in mare per come delineato dalle Convenzioni SOLAS, SAR e UNCLOS.

[69] Il quale peraltro gode di ampia discrezionalità, come aveva rilevato già il Presidente della Repubblica nella lettera indirizzata lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 8 agosto 2019 e come ribadisce anche F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in *Archivio Penale*, 2019, pp. 1 ss.

[70] Con un bilanciamento di interessi opposto rispetto a quello configurato, secondo Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, caso Open Arms, p. 37, dalle previsioni UNCLOS, le quali, "tra gli opposti interessi, quello della difesa delle frontiere, espressione della sovranità statale, e quello della tutela della vita umana", scelgono di far *recedere* il primo "laddove l'ingresso degli stranieri nello Stato sia motivato dall'esigenza di portare a termine le operazioni di soccorso in mare, venendo qui in considerazione un bene giuridico supremo che non consente limitazioni di sorta, qual è quello della salvaguardia della vita umana in pericolo".

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*

ANTONELLA BUZZI, FRANCESCO CONTE**

Sommario

1. L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo: un percorso a ostacoli. – 2. Il domicilio non basta: la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale. – 3. L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo il "Decreto Lamorgese". Un ritorno al passato (con qualche eccezione).

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

A. BUZZI, F. CONTE, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento svolto in occasione del seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Antonella Buzzi è avvocata e studente del master "Esperto in politiche e gestione dei flussi migratori" nell'Università degli studi "Niccolò Cusano" telematica – Roma; lavora come consulente legale per stranieri e minori stranieri non accompagnati Indirizzo mail: buzzi.antonella@gmail.com. Francesco Conte è dottore di ricerca in Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale nell'Alma mater studiorum – Università degli studi di Bologna e Avvocato del Foro di Bologna. Indirizzo mail: francesco.conte85@gmail.com.

1. L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo: un percorso a ostacoli

Con il decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130, convertito in legge 18 dicembre 2020 n. 173[1], il legislatore è intervenuto nuovamente (anche) sulla disciplina dell'iscrizione anagrafica dei cittadini stranieri richiedenti asilo, che negli ultimi anni è stata al centro di diverse modifiche e di un acceso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, culminato con la recente sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2020, alla luce della quale è appunto nuovamente intervenuto il d.l. n. 130/2020.

Proviamo a ricostruire brevemente le tappe principali della vicenda, al fine di meglio inquadrare le previsioni contenute nel d.l. n. 130/2020.

Il d.lgs. n. 142/2015 ("Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale") nel suo testo originario si limitava a qualificare espressamente, all'art. 5, terzo comma, le strutture ospitanti come "dimora abituale ai fini dell'iscrizione anagrafica"[2].

Il d.l. n. 13/2017, convertito con modificazioni dalla legge n. 46/2017 (cd. Decreto Minniti), aveva interpolato il d.lgs. n. 142/2015, introducendo l'art. 5-bis, contenente una disciplina speciale per l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ospitati nelle strutture di accoglienza[3]. In base a tale disciplina, ove non vi fosse stata iscrizione individuale, si sarebbe provveduto d'ufficio con applicazione dell'istituto della convivenza anagrafica (*ex* art. 5 D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223) sulla base di una comunicazione del responsabile della struttura. Inoltre, in deroga alla normativa generale, veniva prescritta la cancellazione anagrafica del richiedente asilo con effetto immediato nelle ipotesi di revoca dell'accoglienza e di allontanamento non giustificato dalla struttura di accoglienza, comunicati dal responsabile della convivenza.

[1] Pubblicato in G.U. n. 314 del 19 dicembre 2020.

[2] Mentre l'art. 6, settimo comma, del d.lgs. n. 286/1998 prevede che "[…] la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi", il testo originario dell'art. 5 del D. Lgs. 142/2015 prevedeva che, per i richiedenti asilo, "il centro o la struttura rappresenta luogo di dimora abituale ai fini della iscrizione anagrafica", senza quindi richiamare il presupposto della "documentata ospitalità da più di tre mesi".

[3] Nello specifico, nei centri di prima accoglienza (art. 9), nei centri di accoglienza straordinaria (art. 11) e nei centri afferenti al Sistema di Protezione per richiedenti asilo e rifugiati, predisposti dagli enti locali (art. 14).

Successivamente, l'art. 13 d.l. n. 113/2018, entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e convertito con modificazioni dalla legge n. 130/2018 (cd. Decreto Salvini), interveniva nuovamente sul d.lgs. n. 142/2015.

In primo luogo, all'art. 4, veniva previsto che il permesso di soggiorno per richiesta asilo fosse qualificato come documento di riconoscimento (primo comma), ma che lo stesso non costituisse "titolo per l'iscrizione anagrafica" (comma 1-bis). In secondo luogo, all'art. 5, terzo comma, veniva cancellata la previsione che il centro di accoglienza rappresentasse per il richiedente asilo luogo di dimora abituale ai fini dell'iscrizione anagrafica e sostituita con la previsione che l'accesso ai servizi erogati da parte del richiedente asilo fosse "assicurato nel luogo di domicilio". In terzo luogo, veniva del tutto abrogato l'art. 5-bis (che per l'appunto disciplinava l'iscrizione anagrafica "speciale" dei richiedenti asilo).

Nella relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge di conversione del d.l. n. 113/2018 si leggeva che "[l]'esclusione dall'iscrizione anagrafica si giustifica per la precarietà del permesso per richiesta asilo e risponde alla necessità di definire preventivamente la condizione giuridica del richiedente[4]".

Sin dall'approvazione del decreto-legge, è stato osservato che la disposizione che assicurava i servizi nel luogo di domicilio non fosse sufficiente a garantire l'accesso dei richiedenti asilo ad alcuni servizi territoriali e diritti sociali o che comunque rendesse tale accesso molto più difficoltoso[5], al punto da far dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto, per violazione dell'art. 3 Cost.[6], in difetto di una ragionevole motivazione che giustificasse il differente trattamento del cittadino straniero richiedente asilo. E ciò anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il cittadino straniero "titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona"[7].

[4] Disegno di legge n. 840 del Senato presentato il 4 ottobre 2018.

[5] J. LONG, S. ALBANO, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo: il tribunale di Bologna fa luce sulle ombre del decreto sicurezza*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, n. 12, p. 1128, osservano che "la procedura online per richiede l'indennità di disoccupazione prevede l'inserimento di un PIN che può essere ottenuto solo inserendo i dati anagrafici e di residenza. Lo stesso vale per la patente di guida, per la quale si richiede l'esibizione della carta di identità, che può essere ottenuta solo previa iscrizione anagrafica"; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it*, 21 dicembre 2018.

[6] Cfr. il documento ASGI "Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113".

[7] Così, C. Cost. sent. n. 148/2008; v. anche la giurisprudenza ivi citata. Cfr. P.S. PIAZZA, *L'iscrizione anagrafica*, in A. CONZ, L. LEVITA (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e* sicurezza, Dike, Roma, 2018, p. 281.

Una parte della dottrina[8], nella dichiarata finalità di superare gli aspetti maggiormente critici della novella legislativa, aveva proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata[9] dell'art. 13 del d.l. n. 113/2018, sostenendo che, a discapito delle intenzioni del Governo, non comportasse un radicale divieto di iscrizione dei richiedenti asilo nei registri anagrafici e che anzi l'iscrizione rimanesse un precipuo dovere degli ufficiali d'anagrafe, in presenza dei presupposti disciplinati in via generale. Essenzialmente, le modifiche introdotte dal decreto Salvini avrebbero determinato semplicemente l'abrogazione delle modalità "speciali" di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo con conseguente *riespansione* della normativa generale sull'iscrizione anagrafica degli stranieri. Avrebbero dunque trovato (nuovamente) applicazione, anche per i richiedenti asilo, le disposizioni generali contenute nel T.U. Immigrazione[10].

I due diversi orientamenti interpretativi hanno conosciuto alterne fortune sia nella prassi applicativa[11] che presso i giudici di merito[12] chiamati per lo più a pronunciarsi su ricorsi presentati *ex* art. 700 c.p.c. da richiedenti asilo, al fine di ottenere l'iscrizione anagrafica.

Alcuni, come i Tribunali di Firenze e Bologna, aderivano all'interpretazione costituzionalmente orientata e, ritenendo che il d.l. n. 113/2018 non precludesse il diritto all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, accoglievano le istanze dei ricorrenti, ordinando ai Comuni resistenti di procedere all'iscrizione nei registri della popolazione residente. Altri Tribunali ritenevano, al contrario, che le modifiche introdotte dal "Decreto Salvini" fossero preclusive dell'iscrizione anagrafica (in particolare il novellato art. 4, comma 1-bis, del d.lgs. n. 142/2015, che, come accennato, escludeva che il permesso per richiesta asilo costituisse

[8] E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini*, in *L'altro diritto*, 2019; D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione Giustizia*, 8 gennaio 2019.

[9] Interpretazione a suo tempo ritenuta condivisibile anche da chi scrive, in "Ma cosa prevede davvero il 'decreto Salvini' sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?", su lacostituzione.info.

[10] Cfr. in particolare l'art. 6, settimo comma, del d.lgs. n.286/1998, secondo cui le "iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione" e "in ogni caso la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza".

[11] Cfr. A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il 'decreto sicurezza': la tortuosa via per la Corte costituzionale*, su *Consulta On Line*, 2019, n. 1, pp. 1 ss.

[12] Una rassegna aggiornata curata da ASGI è reperibile all'indirizzo: www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/iscrizione-anagrafica-decreto-sicurezza-giurisprudenza.

"titolo" per l'iscrizione). Tra questi ultimi, alcuni giudici rigettavano i ricorsi[13]; altri, invece, ritenevano che il divieto di iscrizione anagrafica fosse in contrasto con la Costituzione e sollevavano questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 10, 77, secondo comma, 117, primo comma, Cost.

2. Il domicilio non basta: la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale

Sui giudizi di legittimità costituzionale promossi dai Tribunali di Milano, Salerno e Ancona, la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 186/2020, pubblicata il 31 luglio, condividendo le censure mosse dai giudici rimettenti circa l'effetto discriminatorio e l'irragionevolezza delle disposizioni contenute nel decreto-legge 113/2018.

In particolare, l'interpretazione adeguatrice non è stata ritenuta praticabile alla luce di una lettura complessiva e sistematica della novella normativa (ma che sembrerebbe dare rilievo anche ad una interpretazione teleologica in senso storico-soggettivo) da cui emerge "l'intento del legislatore di escludere i richiedenti asilo dal riconoscimento giuridico della dimora abituale operato per il tramite dell'iscrizione anagrafica". Tale ricostruzione sarebbe suffragata, oltre che dalla menzionata relazione illustrativa, anche dalle circolari diramate dal Ministero dell'Interno dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, in una delle quali, appunto, si leggeva che "il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale […] non potrà consentire l'iscrizione anagrafica[14]".

Ulteriore conferma di tale impostazione si rinverrebbe in diversi elementi letterali dell'art. 13 del "Decreto Salvini", "che puntano a sostituire il riferimento al luogo di residenza con quello al luogo di domicilio"[15].

Ma proprio la *ratio legis* così enucleata ha indotto i giudici costituzionali ad accogliere le questioni di legittimità sollevate, per violazione dell'art. 3 Cost., sia sotto il profilo dell'irrazionalità intrinseca della disposizione censurata, che sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento.

Innanzi tutto, infatti, "a dispetto del dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio"[16].

[13] Secondo quanto riportato da ASGI, i provvedimenti che hanno rigettato le domande dei richiedenti sono tre, due del Tribunale di Trento e una del Tribunale di Torino.

[14] Circ. n. 15 del 18 ottobre 2018, recante "D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (G.U. n. 231 del 4/10/2018). Art. 13 (Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica)".

[15] Benché al primo comma dell'art. 5 del D. Lgs. 142 del 2015 era "sopravvissuto" un riferimento alla "residenza".

[16] Corte cost. sent. 186/2020, § 4.1 del considerato in diritto.

La Corte ha anche evidenziato, per altro verso, come lo stesso presupposto della "precarietà" della permanenza dei richiedenti asilo nel territorio statale con tale *status* (presupposto che avrebbe dovuto giustificare la preclusione dell'iscrizione anagrafica) apparisse del tutto insussistente, in quanto "nella stragrande maggioranza dei casi, il periodo complessivo di permanenza dei richiedenti asilo nel nostro Paese risulta essere di almeno un anno e mezzo […], soprattutto a causa dei tempi di decisione sulle domande[17]".

Sotto il profilo della disparità di trattamento, la Corte ha osservato come il divieto di iscrizione anagrafica riservasse un trattamento differenziato e certamente peggiorativo dei richiedenti asilo (anche rispetto agli altri stranieri regolarmente soggiornanti) in assenza di una ragione giustificatrice. Infatti, a fronte della mera situazione oggettiva dell'abitualità della dimora, "la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini", osservando come neppure la garanzia della prestazione dei servizi nel "luogo di domicilio" potesse ritenersi adeguata[18].

E proprio in considerazione dell'unitarietà dell'intento che, ad avviso della Corte, ispirava l'intero art. 13 del decreto legge, la pronunzia ha dichiarato l'illegittimità consequenziale dell'intero articolo, comprese quindi le disposizioni non oggetto di censura da parte dei giudici rimettenti.

Quest'ultimo aspetto assume un'importanza peculiare in relazione alla nuova disciplina contenuta nel cd. "Decreto Lamorgese". Infatti, con la declaratoria di illegittimità dell'intero art. 13 del d.l. n. 113/2018, è venuta meno anche l'abrogazione dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 142/2015 contenente la disciplina "speciale" dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (il che avrebbe potuto comportarne la "reviviscenza"[19], quantomeno fino al nuovo intervento legislativo).

[17] *Ibidem*.

[18] "Non si può negare che la previsione della fornitura dei servizi nel luogo di domicilio, anziché in quello di residenza (art. 13, comma 1, lettera b, numero 1, del d.l. n. 113/2018), rende, quantomeno, ingiustificatamente più difficile l'accesso ai servizi stessi, non fosse altro che per gli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta dell'erogazione – che fanno quasi sempre riferimento alla residenza e alla sua certificazione a mezzo dell'anagrafe – e per la stessa difficoltà di individuare il luogo di domicilio, a fronte della certezza offerta invece dal dato formale della residenza anagrafica", *ibidem*, § 4.2 del considerato in diritto.

[19] Tra le "ipotesi tipiche e molto limitate" della reviviscenza di norme abrogate, la Corte ha individuato proprio "l'ipotesi di annullamento di norma espressamente abrogatrice da parte del giudice costituzionale" (sent. 13/2012).

3. L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo il "Decreto Lamorgese". Un ritorno al passato (con qualche eccezione).

E proprio nel "solco" tracciato dalla Corte costituzionale[20], l'art. 3, comma 2, lett. a), del d.l. n. 130/2020 ha reintrodotto (benché con una formulazione parzialmente diversa) l'art. 5-bis del d.lgs. n. 142/2015.

Nel primo comma del novellato art. 5-bis è previsto che il richiedente protezione internazionale, al quale sia stato rilasciato il permesso di soggiorno per richiesta asilo o la ricevuta della presentazione della domanda di protezione internazionale, è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente a norma del D.P.R. n. 223/1989 (Regolamento anagrafico della popolazione residente). La legge di conversione ha specificato che l'iscrizione avviene, in particolare, ai sensi degli articoli 3, 5 e 7 del Regolamento anagrafico, i quali prevedono, rispettivamente, la definizione di popolazione residente (art. 3), la definizione di convivenza anagrafica (art. 5), le modalità di iscrizione anagrafica (art. 7, che contiene anche disposizioni specificamente rivolte ai cittadini stranieri).

Nel secondo comma si prevede che i richiedenti ospitati nei centri di cui agli artt. 9 e 11 del d.lgs. n. 142/2015 (dunque i centri di prima accoglienza e di accoglienza straordinaria) siano iscritti all'anagrafe ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. n. 223/1989, vale a dire in convivenza anagrafica. È fatto obbligo al responsabile di dare comunicazione delle variazioni della convivenza al competente ufficio di anagrafe entro venti giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti.

Nel terzo comma si prevede che la comunicazione, da parte del responsabile della convivenza anagrafica, della revoca delle misure di accoglienza o dell'allontanamento non giustificato del richiedente costituisce motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato. La legge di conversione ha specificato che ci si riferisce ai richiedenti asilo ospitati nei centri di cui agli artt. 9 e 11 del d.lgs. n. 142/2015, nonché nelle strutture del sistema di accoglienza e integrazione, di cui all'art. 1-sexies del d.l. n. 416/1989, convertito dalla legge n. 39/1990. Il sistema di accoglienza e integrazione è il sistema di accoglienza integrata che fa capo agli enti territoriali, che accedono ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche i servizi dell'asilo, e che, a seguito delle modifiche introdotte dallo stesso Decreto Lamorgese, è aperto anche ai cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale[21].

[20] Come si legge nella relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione; cfr. disegno di legge n. 2727 della Camera presentato il 21 ottobre 2020.

[21] Detto sistema, in passato denominato "Sistema di protezione per richiedenti asilo, rifugiati e minori stranieri non accompagnati", era stato modificato dal d.l. n. 113/2018, che lo aveva ridenominato "Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati" e aveva escluso la possibilità di accesso ai cittadini stranieri richiedenti asilo.

Singolarmente, il riferimento alle strutture di accoglienza e integrazione è presente nel terzo comma (e aggiunto in sede di conversione), ma non nel secondo (che invece si riferisce ai soli centri di prima accoglienza e di accoglienza straordinaria). Le ragioni di tale differenziazione, *prima facie*, appaiono oscure.

Ne consegue forse che i richiedenti asilo accolti nelle strutture del sistema di accoglienza e integrazione non possano essere iscritti in convivenza anagrafica? Piuttosto, sembrerebbe che per questi ultimi l'iscrizione in convivenza anagrafica sia meramente eventuale, potendo trovare applicazione anche l'iscrizione individuale; mentre per i richiedenti ospitati nelle strutture di prima accoglienza e di accoglienza straordinaria, l'iscrizione debba avvenire *necessariamente* in convivenza anagrafica.

Da una lettura complessiva, sembrerebbe venire fuori una situazione tripartita per il cittadino straniero richiedente asilo a seconda della sua dimora abituale.

La prima ipotesi riguarda il cittadino straniero richiedente asilo ospitato nei centri di prima accoglienza e accoglienza straordinaria, il quale viene sicuramente (e obbligatoriamente) iscritto in convivenza anagrafica, in applicazione dei commi 2 (per l'iscrizione) e 3 (per l'eventuale cancellazione) dell'art. 5–bis.

La seconda ipotesi riguarda il richiedente asilo ospitato in una struttura afferente al sistema di accoglienza e integrazione, il quale può essere iscritto sia in convivenza anagrafica sia nelle forme ordinarie. La *ratio* di questa distinzione (ove non si ritenga che sia frutto di una mera "dimenticanza" in sede di conversione) potrebbe spiegarsi dal momento che il sistema di accoglienza e integrazione prevede in effetti una pluralità di forme di accoglienza (essendo un sistema diffuso), e una pluralità di soggetti ospitati, titolari di situazioni di soggiorno anche molto differenziate tra loro: in considerazione di ciò, possiamo ritenere che il legislatore non abbia voluto "imporre" ai responsabili di tali strutture di procedere all'iscrizione d'ufficio nelle forme della convivenza anagrafica (che, in concreto, potrebbe anche non sussistere laddove, ad esempio, in una struttura sia ospitato un solo nucleo famigliare). Qualora il richiedente asilo ospitato nel sistema di accoglienza e integrazione sia però effettivamente iscritto in convivenza anagrafica, nell'ipotesi di revoca dell'accoglienza o di allontanamento ingiustificato dalla struttura, troverebbe applicazione la disposizione speciale del comma 3, e la comunicazione, da parte del responsabile della convivenza, di tali eventi comporterebbe la cancellazione anagrafica con effetto immediato (diversamente dalla normativa generale che prevede tempistiche più lunghe per la cancellazione, dovendo l'ufficiale d'anagrafe procedere autonomamente all'accertamento dell'irreperibilità).

Infine, il cittadino straniero richiedente asilo che abbia una dimora abituale diversa da un centro di prima accoglienza o di accoglienza straordinaria o da una struttura afferente al sistema di accoglienza e integrazione, può essere iscritto sia nelle modalità ordinarie sia in convivenza anagrafica, a seconda del caso specifico,

ma nei suoi confronti non troverà comunque applicazione il meccanismo di cancellazione con effetto immediato di cui al terzo comma del novellato art. 5-bis (che comunque, difficilmente, potrebbero riguardarlo, trattandosi di avvenimenti che riguardano richiedenti asilo inseriti nel sistema di accoglienza), bensì la normativa generale (che consente la cancellazione per irreperibilità a seguito di accertamenti ripetuti[22]).

Per concludere, segnaliamo infine che il quarto e ultimo comma del novellato art. 5-bis prevede che ai richiedenti protezione internazionale iscritti in anagrafe sia rilasciata, sulla base delle norme vigenti, una carta di identità, di validità limitata al territorio nazionale (come già previsto per tutti i cittadini stranieri dall'art. 6, comma 9, del d.lgs. n. 286/1998) e della durata di tre anni. Tale ultima previsione introduce un trattamento differenziato rispetto ai cittadini stranieri non richiedenti asilo dal momento a questi ultimi è generalmente rilasciata una carta di identità di durata pari a quella dei cittadini italiani (10 anni)[23].

[22] L'art. 11 del D.P.R. n. 223/1989 prevede: "La cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente viene effettuata: (…); per irreperibilità accertata a seguito delle risultanze delle operazioni del censimento generale della popolazione, ovvero, quando, a seguito di ripetuti accertamenti opportunamente intervallati, la persona sia risultata irreperibile, nonché, per i cittadini stranieri per irreperibilità accertata, ovvero per effetto del mancato rinnovo della dichiarazione di cui all'articolo 7, comma 3, trascorsi sei mesi dalla scadenza del permesso di soggiorno o della carta di soggiorno, previo avviso da parte dell'ufficio, con invito a provvedere nei successivi 30 giorni".

[23] Prevedendo, infatti, l'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286/1998 che "le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione", possiamo ritenere applicato anche ai cittadini stranieri l'art. 3 del R.D. 773/1931 secondo cui alle "persone aventi nel comune la loro residenza o la loro dimora" viene rilasciata dal sindaco una carta d'identità di durata decennale. Si evidenzia inoltre che la regolarità del soggiorno è presupposto per l'iscrizione anagrafica dei cittadini stranieri ed è un requisito che deve essere costantemente mantenuto, a pena della cancellazione anagrafica (cfr. art. 7 e 11 D.P.R. n. 223/1989).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA ISSN 2281-2113

Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE**

Sommario

1. Premessa. Le stagioni dell'accoglienza. – 2. Il "Sistema di accoglienza e integrazione" (SAI). – 3. La nuova disciplina dei servizi erogati nei centri di prima accoglienza e nei centri di accoglienza straordinaria. – 4. I criteri di priorità per il trasferimento nel SAI e l'accoglienza dei minori stranieri. – 5. Gli interventi di integrazione oltre il periodo di accoglienza. – 6. Rilievi conclusivi.

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento svolto in occasione del seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: francesca.biondi@santannapisa.it.

1. Premessa. Le stagioni dell'accoglienza

Il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, interviene in tema di accoglienza dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale sotto molteplici profili, riformando la disciplina introdotta dal previgente d.l. 4 ottobre 2018, convertito con modificazioni dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132.

Prima di entrare nel merito delle modifiche introdotte, appare utile delineare l'articolazione del sistema di accoglienza per come inizialmente definito dal d.lgs. n. 142/2015, di recepimento delle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE (c.d. decreto accoglienza), e poi modificato nel 2018.

L'impianto del d.lgs. n. 142/2015 muove dal quadro delineato con l'intesa, approvata in Conferenza unificata il 10 luglio 2014, con la quale fu adottato il primo "piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati", che sancì e rese operativa l'azione integrata tra i vari livelli di governo nazionale e locale, articolando il sistema di accoglienza in distinte fasi.

Nel suo primo impianto, il d.lgs. n. 142/2015 prevedeva l'articolazione del sistema in una fase di "prima di accoglienza", gestita nell'ambito dei centri governativi (CPA), e nella cosiddetta "seconda accoglienza", nell'ambito del sistema Sprar (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati). Per le esigenze di prima accoglienza e per l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica, lo straniero veniva accolto nei centri governativi di prima accoglienza. Espletate tali operazioni, il richiedente veniva trasferito nelle strutture dello Sprar. Tuttavia, in caso di temporanea indisponibilità di posti in tali ultime strutture, il richiedente rimaneva nei centri governativi "per il tempo strettamente necessario al trasferimento".

Accanto al percorso sopradescritto, si prevedeva poi che, nel caso in cui fosse temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno centri governativi e dello Sprar, l'accoglienza fosse disposta in strutture temporanee (c.d. CAS, centri di accoglienza straordinaria), individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, sentito l'ente locale nel cui territorio era situata la struttura. Mentre per le funzioni di soccorso, prima assistenza e identificazione, si richiamavano le strutture allestite ai sensi del d.l. n. 451/1995, convertito con modificazioni, dalla l. n. 563/1995[1].

[1] Si tratta di una normativa risalente, anche conosciuta come "legge Puglia", richiamata dal previgente art. 8 del d.lgs. n. 142/2015, adottata per disciplinare, per la prima volta, la costruzione di centri di primo soccorso e assistenza in Puglia nel periodo degli sbarchi di migranti sulla costa Adriatica. Per le esigenze di soccorso e prima assistenza lo straniero può essere condotto anche nei ai c.d. "punti di crisi" di cui all'art. 10-ter del d.lgs. n.

Fino all'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, il richiedente asilo, che aveva formalizzato la domanda e che risultava privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata al sostentamento proprio e dei propri familiari, poteva accedere, con i familiari, alla seconda fase di accoglienza nell'ambito dello Sprar. Tale sistema è stato sviluppato grazie alla collaborazione tra gli enti locali e gli organismi del terzo settore che, accedendo al Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (FNPSA), gestito dal Ministero dell'interno, realizzano progetti di accoglienza sul territorio nazionale. Le peculiarità di tale sistema, considerato "buona pratica" a livello europeo, risiedono nell'organizzazione di una "accoglienza integrata" basata su un "approccio olistico" ai servizi che unisce all'accoglienza materiale la mediazione linguistica e interculturale, l'orientamento e l'accesso ai servizi del territorio, la formazione e riqualificazione professionale, l'orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo e abitativo, la tutela psico-socio-sanitaria[2]. Si tratta di un'accoglienza diffusa sul territorio nazionale e

286/1998 (T.U. Imm.), sulla cui incerta natura ampio è il dibattito in dottrina. Si veda sul punto M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 2, pp. 1 ss.; L. MASERA, G. SAVIO, *La "prima accoglienza"*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 49 ss. Con particolare riferimento alla condizione dei migranti negli *hotspots* di Italia e Grecia si veda FRA, *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy*, febbraio 2019 (disponibile all'indirizzo https://fra.europa.eu). Si riferisce agli hotspot come "limbo giuridico" il Garante Nazionale delle persone private della libertà personale nella sua Relazione a Parlamento 2018, p. 231, disponibile all'indirizzo https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

[2] Cfr. art. 1-sexies del d.l. n. 416/1989, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39/1990. Il sistema di finanziamento dello Sprar è, come noto, in larga parte statale, attraverso una modalità di contribuzione per bando, al quale gli enti locali partecipano su base volontaria. Nell'ambito dello Sprar (poi successivamente ridenominato), l'ente locale è chiamato ad assicurare le misure di accoglienza per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, e, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione. In via generale il ricorrente, privo di mezzi sufficienti, usufruisce delle misure di accoglienza per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale. Per un approfondimento, cfr. M. GIOVANNETTI, *L'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 821 ss.; ID, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2019, pp. 2 ss.; F.V. VIRZÌ, *La "seconda accoglienza"*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, cit.,

incentrata sulla dimensione locale, attraverso la gestione di centri di piccole dimensioni, ove vengono a crearsi "progetti di accoglienza strutturati sulla vocazione, sulle capacità e competenze degli attori locali, tenendo conto delle risorse (professionali, strutturali, economiche), degli strumenti di welfare e delle strategie di politica sociale sperimentate negli anni sul territorio stesso"[3].

Deve tuttavia rilevarsi come tale forma di accoglienza non fosse, nei fatti, garantita a tutti i richiedenti asilo, in considerazione del limitato numero di posti disponibili rispetto al totale dei migranti in accoglienza. Tale profilo è stato rilevato anche dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza[4], evidenziando la marcata divergenza tra l'astratto modello di sistema di accoglienza normativamente delineato dal d.lgs. n. 142/2015 e la sua concreta attuazione, rilevando in particolare come i CAS – che avrebbero dovuto rappresentare l'eccezione – avevano superato di gran lunga il numero dei centri Sprar, che al contrario avrebbero dovuto rappresentare la regola. Pertanto l'ingresso casuale in una delle tante porte dei vari centri di accoglienza ha determinato, assai spesso, «le sorti nel medio e lungo periodo di uomini, donne e bambini giunti nel nostro paese», generando diritti "differenziati"[5].

A partire dal 2018, poi, con il citato d.l. n. 113/2018, il sistema di accoglienza è stato riformato, escludendo in radice dalla seconda fase dell'accoglienza i richiedenti asilo. Lo Sprar è stato ridenominato Siproimi in ragione dei nuovi beneficiari di detta accoglienza, limitandola ai soli titolari di protezione internazionale, ai minori stranieri non accompagnati e ai titolari di taluni permessi di soggiorno indicati dalla legge (vittime di violenza o tratta, vittime di violenza

pp. 63 ss. P. BONETTI, *Accoglienza nell'emergenza: la recente evoluzione*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 124; S. PENASA, *Enti locali e sistema di protezione: da una accoglienza "di emergenza" a una accoglienza "integrata"?,* in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione*, cit., pp. 167 ss.

[3] Si veda Atlante Sprar/Siproimi 2018, p. 1, e Atlante Siproimi 2019, disponibili all'indirizzo www.siproimi.it.

[4] Cfr. Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo, Comunicata alla Presidenza della Camera dei deputati il 20 dicembre 2017, Doc. XXII-bis, n. 21, p. 122.

[5] Sul punto cfr. OXFAM, *La lotteria dell'accoglienza*, 8 novembre 2017, pp. 1 ss., disponibile all'indirizzo *www.oxfamitalia.org*.

domestica, motivi di salute, vittime di sfruttamento lavorativo, permesso per calamità, permesso per atti di particolare valore civile)[6].

La riforma del 2018 muove dall'esigenza di "segnare una netta differenziazione tra gli investimenti in termini di accoglienza e integrazione da destinare a coloro che hanno titolo definitivo a permanere sul territorio nazionale rispetto ai servizi di prima accoglienza e assistenza, da erogare a coloro che sono in temporanea attesa della definizione della loro posizione giuridica"[7]. Tuttavia, considerando i lunghi tempi occorrenti alla definizione dello status dei richiedenti asilo, l'esclusione dallo Sprar ha fortemente inciso sulla loro condizione, privandoli di una forma di accoglienza volta all'acquisizione dell'autonomia della persona e all'integrazione sul territorio nazionale.

Il sistema di accoglienza è stato poi fortemente sollecitato dalla pandemia causata dal virus Covid-19 e dalla conseguente emergenza sanitaria, che ha messo in luce le profonde disuguaglianze formali e sostanziali sofferte da molti stranieri, per i quali la precarietà giuridica, alloggiativa, lavorativa ha determinato rischi specifici e differenti[8]. Basti pensare alle concrete difficoltà di assicurare il rispetto delle prescrizioni legali e di salvaguardia della salute nelle strutture caratterizzate da grandi concentrazioni, inclusi i centri di accoglienza, tanto che con alcuni provvedimenti di urgenza è stata prevista la possibilità di accogliere anche i richiedenti asilo in centri Siproimi[9].

---

[6] Per un approfondimento sulle modifiche del sistema di accoglienza, cfr. M. GIOVANNETTI, *Disposizioni in materia di accoglienza dei richiedenti asilo*, in F. CURI (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, pp. 147 ss. Più in generale, sul diritto di asilo dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, cfr. P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto pubblico*, 2019, n. 3, p. 669; E. ROSSI, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 174.

[7] Cfr. circolare Ministro dell'Interno 18 dicembre 2018, n. 83774.

[8] Per un approfondimento, cfr. ASGI, *Emergenza Covid-19. L'impatto sui diritti delle/dei cittadine/i straniere/i e le misure di tutela necessarie: una prima ricognizione*, disponibile all'indirizzo www.asgi.it. Sul tema in via generale P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it*, 2020, Osservatorio emergenza Covid-19, 20 maggio 2020; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa*, 8 giugno 2020, pp. 36 ss.

[9] Cfr. art. 86-bis del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, ove si prevede che le strutture Siproimi possono essere utilizzate dalle Prefetture ai fini dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e dei titolari di protezione umanitaria sottoposti alle misure di quarantena. Le medesime strutture, ove disponibili, possono essere utilizzate

Arriviamo quindi all'ottobre del 2020 e all'approvazione del d.l. n. 130/2020, il quale è intervenuto nuovamente sul sistema di accoglienza, sia in riferimento ai beneficiari che in relazione alla tipologia di servizi erogati nei centri. Nel presente contributo saranno dunque indagati i caratteri del nuovo "Sistema di accoglienza e integrazione" (SAI) e i servizi erogati nei centri di prima accoglienza e accoglienza straordinaria, mettendo altresì in luce l'impatto sulla condizione dei minori stranieri.

2. Il "Sistema di accoglienza e integrazione" (SAI)

Il d.l. n. 130/2020 ripristina il sistema originariamente delineato dal d.lgs. n. 142/2015, con alcune differenze in relazione ai servizi erogati. In particolare, ai sensi del riformato art. 8, le funzioni di prima assistenza sono assicurate – come già nella disciplina previgente – nei centri governativi di prima accoglienza e accoglienza straordinaria, facendo oggi espresso riferimento anche all'art. 10-ter del d.lgs. n. 286/1998 (T.U. Imm.) "per le procedure di soccorso e di identificazione dei cittadini stranieri irregolarmente giunti nel territorio nazionale". A differenza di quanto previsto nel 2018, però, i richiedenti protezione internazionale possono nuovamente accedere al sistema di accoglienza ex Sprar/Siproimi[10], conseguentemente ridenominato "Sistema di accoglienza e integrazione" (SAI).

Come già previsto nel 2018, a tale nuovo sistema accedono i titolari di protezione internazionale, i minori non accompagnati e i titolari di taluni permessi di soggiorno, qualora non accedano a sistemi di protezione specificamente dedicati, secondo un elenco che è stato riformato dal d.l. n. 130/2020. Si fa in particolare riferimento ai titolari del permesso di soggiorno "per protezione speciale", così come definito ai sensi dell'art. 19, commi 1 e 1.1, del T.U. Imm., del permesso di soggiorno "per cure mediche", del permesso di soggiorno "per protezione sociale", del permesso di soggiorno per vittime di violenza o sfruttamento, del permesso di soggiorno per vittime di "violenza domestica", del permesso di soggiorno "per calamità", del permesso di soggiorno per vittime di sfruttamento lavorativo, del permesso di soggiorno per atti di particolare valore

dagli enti locali titolari del progetto di accoglienza fino al termine dello stato di emergenza, previa autorizzazione del Ministero dell'interno. Sul tema è intervenuto anche l'art. 16 del d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020, il quale dispone che i posti disponibili nelle strutture Siproimi possono essere utilizzati per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (per un termine non superiore ai sei mesi successivi alla cessazione dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020).

[10] Si veda la nuova formulazione dell'art. 1-sexies del citato d.l. n. 416/1989, convertito dalla l. n. 39/1990.

civile. Possono entrare nel SAI anche i titolari del permesso di soggiorno per casi speciali rilasciato ai sensi dell'art. 1, comma 9, del d.l. n. 113/2018[11].

Particolarmente rilevante ai fini della protezione dei minori in transizione verso l'età adulta è anche la previsione che dispone l'accesso al SAI per gli stranieri affidati ai servizi sociali al compimento della maggiore età ai sensi dell'art. 13, comma 2, della legge n. 47/2017 (c.d. prosieguo amministrativo). Tale disposizione dispone l'affidamento ai servizi sociali anche oltre il compimento dei 18 anni e fino all'età massima di 21 anni, per effetto di un decreto adottato dal Tribunale per i minorenni, dei neo maggiorenni che necessitano di un supporto prolungato finalizzato al buon esito del percorso di inserimento sociale intrapreso[12].

Oltre ai beneficiari del SAI, la seconda novità introdotta dal d.l. n. 130/2020 riguarda l'articolazione dei servizi prestati nell'ambito dei progetti degli enti locali finalizzati all'accoglienza. Questi vengono infatti distinti in due tipologie: servizi di primo livello, cui accedono i richiedenti protezione internazionale, e servizi di secondo livello, cui accedono tutte le altre categorie di beneficiari del sistema. Tra i servizi di primo livello sono incluse le prestazioni di accoglienza materiale, l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio[13]. I servizi di secondo livello si aggiungono a quanto appena evidenziato e sono finalizzati all'integrazione sul territorio, comprendendo l'orientamento al lavoro e la formazione professionale.

Viene dunque ad essere reintrodotta una distinzione tra richiedenti asilo e gli altri beneficiari del SAI che rischia di incidere profondamente sul percorso di integrazione dei richiedenti in attesa della definizione del proprio status giuridico che, come già anticipato, richiede spesso tempi assai lunghi. A tal proposito la relazione illustrativa al d.l. n. 130/2020 sottolinea come tale differenziazione sia stata dettata dalla opportunità di seguire le indicazioni fornite dalla Corte dei Conti nella relazione sulla gestione del Fondo nazionale per i servizi dell'asilo, ove si rilevava la necessità di «evitare di riconoscere un 'diritto di permanenza indistinto' a tutti coloro che sbarcano e, quindi, ammettere un'accoglienza di molti mesi (se non anni) durante i quali i migranti, non avendone titolo, vengono di fatto inseriti anche nei c.d. percorsi di formazione professionale finalizzati all'integrazione, con

[11] Si tratta in particolare del permesso rilasciato allo straniero in attesa del rilascio del permesso per motivi umanitari a seguito della decisione della commissione territoriale adottata prima del 5 ottobre 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n.113/2018).

[12] Sul punto si veda già la circolare n. 22146 del 27 dicembre 2018.

[13] Si tratta degli stessi servizi che devono essere assicurati nei centri governativi di prima accoglienza, come ridefiniti dal d.l. n. 130/2020, sui cui *infra* § 3.

oneri finanziari gravosi a carico del bilancio dello Stato»[14]. Occorre tuttavia ricordare che in quell'occasione la Corte dei Conti auspicava per il sistema dei richiedenti asilo «un metodo di valutazione e vaglio maggiormente celere, che preveda, ad esempio, "qualificate commissioni ristrette" che, risolvendo l'annosa questione del sovraccarico di lavoro delle commissioni ordinarie, assumano le determinazioni sulle istanze nei tempi più brevi possibili»[15]. Una tale differenziazione di servizi sembra infatti tollerabile se vi è un investimento reale sui tempi di definizione dei procedimenti di asilo, che vada a ridurre quella sorta di "limbo" in cui si trova il richiedente asilo, sospeso tra la possibilità di ottenere protezione e quella di essere allontanato dal territorio.

In merito a tale previsione sono state sollevate alcune perplessità[16] proprio in considerazione del fatto che "i richiedenti protezione internazionale, a causa dei lunghi tempi di definizione del loro status, potrebbero rimanere anni sul territorio nazionale in attesa di una decisione definitiva, senza poter accedere alle misure di orientamento al lavoro e formazione professionale". La disciplina sarebbe stata sicuramente più ragionevole se l'accesso ai servizi di secondo livello fosse stato possibile "dopo un lasso di tempo definito riferito, ad esempio, alla durata ordinaria della procedura amministrativa di esame delle domande di protezione internazionale". È stato inoltre rilevato come tale previsione non sarebbe neppure coerente con le riforme recate dal d.l. n. 130/2020 in materia di protezione speciale, con particolare riferimento al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU che trova nell'inserimento sociale del richiedente asilo uno dei profili da considerare ai fini del riconoscimento di detta protezione[17].

---

[14] Cfr. Corte dei conti, deliberazione 7 marzo 2018, n. 3/2018/G, p. 63. Sul punto si veda anche cfr. Dossier Senato d.d.l. A.S. 2040, 11.12.2020, p. 103.

[15] Cfr. Corte dei conti, deliberazione 7 marzo 2018, cit., p. 62.

[16] Cfr. M. GIOVANNETTI, *Il sistema di accoglienza e integrazione l'accoglienza dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020,* Pacini Giuridica, Pisa, in corso di stampa, che sul punto richiama la proposta di emendamento di ASGI all'art. 4, comma 2, lettera c), del decreto, con il quale si proponeva di aggiungere il seguente periodo: «Decorsi sei mesi dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, i richiedenti la protezione internazionale accedono ai servizi di secondo livello di cui alla lettera b)». La proposta è contenuta nel documento ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, disponibile all'indirizzo www.asgi.it.

[17] Sul punto Cfr. M. GIOVANNETTI, *ult. op. cit.*, la quale evidenzia come l'art. 19, comma 1.1, T.U. Imm. stabilisca che nell'accertamento del rischio di lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU si debba tenere conto nel testo riformato «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo

3. La nuova disciplina dei servizi erogati nei centri di prima accoglienza e nei centri di accoglienza straordinaria

Proprio in tema di servizi, appare altresì rilevante la modifica introdotta all'art. 10 del d.lgs. n. 142/2015 in tema di modalità di accoglienza.

Per effetto della novella, in aggiunta a quanto già previsto, il decreto ora dispone la necessità di assicurare nei centri governativi di prima accoglienza e in quelli di accoglienza straordinaria adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, secondo criteri e modalità che saranno stabiliti con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata. Nel corso dell'esame della legge di conversione la disposizione è stata integrata prevedendo altresì che nei citati centri siano assicurati adeguati standard di sicurezza, nonché idonee misure di prevenzione, controllo e vigilanza, relativamente alla partecipazione o alla propaganda attiva a favore di organizzazioni terroristiche internazionali.

Si prevede inoltre che in tali centri siano erogati, oltre alle prestazioni di accoglienza materiale, l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio, secondo le disposizioni analitiche contenute nel capitolato di gara di cui all'articolo 12 del d.lgs. n. 142/2015. Come si evince della formulazione letterale, si tratta dei medesimi servizi di primo livello da garantire ai richiedenti asilo nell'ambito del SAI. Tali servizi possono essere erogati anche con modalità di organizzazione su base territoriale, ossia, come enunciato a titolo esemplificativo nella relazione illustrativa, anche a livello comunale, sovracomunale o provinciale, oltre che nei singoli centri di accoglienza.

Appare dunque positiva la previsione con rango primario di tali servizi, lasciando soltanto la disciplina analitica al capitolato di gara d'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi relativi al funzionamento dei centri.

Resta ferma la previsione, già contemplata nella disciplina previgente, circa il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze ai sensi dell'articolo 17 del d.lgs. n. 142/2015.

---

inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine». Per un approfondimento sulle modifiche introdotte dal d.l. n. 130/2020 in tema di protezione speciale si veda E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it.

4. I criteri di priorità per il trasferimento nel SAI e l'accoglienza dei minori stranieri

Particolarmente significative ai fini dell'esame delle novità in tema di accoglienza sono anche alcune previsioni relative al trasferimento dei richiedenti asilo dai centri di prima accoglienza alle strutture del SAI.

Ai sensi del riformato art. 9 del d.lgs. n. 142/2015 si prevede che il richiedente sia accolto nei centri governativi di prima accoglienza per il tempo necessario all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute. Espletati tali adempimenti, il richiedente dovrebbe essere trasferito nelle strutture del SAI, nei limiti dei posti disponibili. A tal proposito, si introduce un criterio di priorità ai fini di detto trasferimento per quei richiedenti asilo portatori di esigenze particolari, sulla base delle specifiche vulnerabilità. Si ricorda a tal proposito che, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 142/2015, le misure di accoglienza devono tenere conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali «i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali»[18].

La novella legislativa prevede altresì che la verifica della sussistenza di esigenze particolari e di specifiche situazioni di vulnerabilità, anche ai fini del trasferimento prioritario del richiedente asilo e dell'adozione di idonee misure di accoglienza, debba effettuata secondo le linee guida emanate dal Ministero della salute, d'intesa con il Ministero dell'interno e con le altre amministrazioni eventualmente interessate, da applicare nei centri di prima accoglienza e nei centri di accoglienza straordinaria.

In considerazione della vulnerabilità connessa allo status di minore ma anche alla condizione dei genitori singoli con figli minori, occorre altresì evidenziare come il d.lgs. n. 142/2015 già dedicasse alcune specifiche disposizioni all'accoglienza dei minori stranieri e dei minori non accompagnati[19]. In particolare

[18] L'art. 17 richiama i servizi speciali di accoglienza per le persone vulnerabili da garantire nei centri di accoglienza.

[19] Cfr. artt. 18, 19 e 19-bis del d.lgs. n. 142/2015, così come modificati dalla l. n. 47/2017 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati). Sul tema si veda M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, pp. 519 ss.; C. COTTATELLUCCI, *Minori stranieri non accompagnati:*

si prevede espressamente che nell'applicazione delle misure di accoglienza assume carattere di priorità il superiore interesse del minore «in modo da assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età, con riguardo alla protezione, al benessere ed allo sviluppo anche sociale del minore, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo»[20].

I figli minori dei richiedenti e i richiedenti minori sono alloggiati con i genitori, i fratelli minori non coniugati o altro adulto legalmente responsabile ai sensi degli articoli 343 e seguenti del codice civile. E nella predisposizione delle misure di accoglienza devono essere assicurati i servizi destinati alle esigenze della minore età, comprese quelle ricreative.

Per quanto riguarda i minori non accompagnati, questi sono accolti in strutture governative di prima accoglienza a loro destinate per le esigenze di soccorso e di protezione immediata. La prosecuzione dell'accoglienza avviene nelle strutture del SAI, e in particolare nei progetti specificamente destinati a tale categoria di soggetti vulnerabili[21].

---

linee evolutive del quadro normativo e questioni aperte, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di*), Ius migrandi*, cit., pp. 327 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, in *Politica del diritto*, 2017, n. 4, pp. 581 ss.; G.G. VALTOLINA (a cura di), *I minori non accompagnati in Italia*, McGraw-Hill Education, Milano, 2014.

[20] Ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 142/2015, per la valutazione dell'interesse superiore del minore occorre procedere all'ascolto del minore, tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale, anche al fine di conoscere le esperienze pregresse e valutare il rischio che il minore sia vittima di tratta di esseri umani, nonché a verificare la possibilità di ricongiungimento familiare ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, purché corrisponda all'interesse superiore del minore.

[21] Secondo i dati disponibili nel citato Atlante Siproimi 2019, nel 2019 il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (FNPSA) ha finanziato complessivamente 844 progetti (-3,8% rispetto all'anno precedente). Dall'analisi della distribuzione dei progetti per tipologia si evince che nel 2019 tre progetti su quattro sono stati dedicati all'accoglienza di persone afferenti alla categoria "ordinari" (631 progetti, pari al 74,8%), circa uno su cinque è stato destinato all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (166 progetti "MSNA", pari al 19,7%), mentre la quota restante ha interessato progetti specificatamente deputati all'accoglienza di persone affette da disagio mentale e/o disabilità fisiche (47 progetti, 5,5%). Nel 2019 sono stati accolti complessivamente 39.686 beneficiari. La maggior parte dei beneficiari (86%) è stato accolto all'interno di progetti ordinari, il 12% nei progetti per minori stranieri non accompagnati e il restante 2% nei progetti per persone con disabilità e disagio mentale. Nonostante il numero complessivo dei beneficiari accolti sia leggermente diminuito rispetto al 2018, si segnala l'aumento dei MSNA che si attestano a 4.752 unità facendo registrare un +22,6% rispetto all'anno precedente.

In caso di temporanea indisponibilità in tali strutture, l'assistenza e l'accoglienza del minore sono temporaneamente assicurate dalla pubblica autorità del Comune in cui il minore si trova. Ed in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati, qualora l'accoglienza non possa essere assicurata dai Comuni, sarà competenza del Prefetto attivare strutture ricettive temporanee esclusivamente dedicate ai minori non accompagnati[22].

In ogni caso, al fine di garantire il diritto all'unità familiare è tempestivamente avviata ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore non accompagnato richiedente protezione internazionale. Oltre alle previsioni specificatamene dedicate ai minori in accoglienza, trovano poi applicazione tutte le disposizioni in tema di accesso a diritti e prestazioni che in via generale sono previste nel T.U. Imm.

5. Gli interventi di integrazione oltre il periodo di accoglienza

In stretta connessione con il nuovo sistema di accoglienza, l'art. 5 del d.l. n. 130/2020 prevede inoltre che per i beneficiari del SAI siano avviati ulteriori percorsi di integrazione alla scadenza del periodo di accoglienza previsto dalle norme sul funzionamento del medesimo Sistema, a cura delle Amministrazioni competenti[23].

A tal fine si richiama il Piano nazionale per l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale[24] e la necessità che, per il periodo 2020-2021, siano individuate le linee di intervento volte a favorire l'autonomia individuale dei cittadini stranieri beneficiari di protezione internazionale, con particolare riferimento a quattro ambiti: formazione linguistica (finalizzata alla conoscenza della lingua italiana almeno di livello A1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue); conoscenza dei diritti e dei doveri sanciti nella Costituzione della Repubblica Italiana; orientamento ai servizi pubblici essenziali; orientamento all'inserimento lavorativo.

La previsione offre dunque copertura legislativa a quegli interventi di integrazione che si pongono in stretta connessione con il percorso di integrazione già avviato durante la fase di accoglienza sul territorio. Come evidenziato anche nella direttiva 2011/95/UE, affinché i beneficiari di protezione internazionale

[22] L'art. 19 del d.lgs. n. 142/2015 prevede espressamente che il minore non accompagnato non possa essere trattenuto o accolto presso i centri di cui agli articoli 6 e 9 del medesimo decreto.

[23] Per un approfondimento di tale previsione sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *I percorsi di accoglienza e integrazione e il loro finanziamento*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, cit., in corso di pubblicazione.

[24] Cfr. art. 29, comma 3, d.lgs. n. 251/2007.

possano far valere effettivamente i diritti e i benefici sanciti dalla presente direttiva, «è necessario tenere conto delle loro particolari esigenze e degli specifici problemi di integrazione cui devono far fronte»[25]. Pertanto i «programmi di integrazione rivolti ai beneficiari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria dovrebbero tenere conto, per quanto possibile, delle particolari esigenze e delle specificità della situazione degli interessati»[26]. Inoltre tali interventi potranno avere riflessi positivi anche sull'effettiva integrazione degli stranieri appartenenti alle altre categorie ammesse al SAI ma estranee alla procedura di asilo. Del resto, come si evince dalla nuova denominazione del sistema, "accoglienza" e "integrazione" sono poste in stretta relazione, come profili inscindibili di un percorso che porta all'autonomia della persona nel contesto (territoriale e sociale) in cui è inserita.

Deve comunque evidenziarsi che tali tipologie di intervento erano già possibili e peraltro auspicabili anche nel quadro normativo previgente al d.l. n. 130/2020, quale impegno delle varie Amministrazioni competenti per l'effettiva integrazione dei rifugiati e migranti presenti sul territorio.

Si richiama a tal proposito il ruolo che Stato, Regioni ed Enti locali sono chiamati a svolgere con riferimento alle misure di integrazione da adottarsi nei vari settori ove si svolge la vita della persona: dalla scuola al lavoro, dalla salute all'assistenza sociale, dall'accesso ai servizi di base all'abitazione. In questo contesto, e nel rispetto del riparto di competenze definito dall'art. 117 Cost. tra Stato e Regioni[27], assumono una particolare rilevanza le forme di collaborazione tra Stato e Regioni attivate nella forma di accordi di programma e/o programmi di finanziamento finalizzati alla realizzazione di interventi coordinati di integrazione sul territorio regionale/locale, nonché la collaborazione tra enti territoriali ed enti del terzo settore.

Tali forme di collaborazione risultano oggi ancora più rilevanti dal momento che gli interventi di integrazione menzionati nel d.l. n. 130/2020 dovranno essere

[25] Cfr. considerando 41 della Direttiva 2011/95/UE, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

[26] Cfr. considerando 47 della Direttiva 2011/95/UE cit.

[27] Tra i vari contributi sul tema, cfr. P. BONETTI; *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2002, pp. 483 ss.; D. STRAZZARI, *Riparto di competenza tra Stato e Regioni in materia di immigrazione: alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, 2006, n. 5, pp. 1036 ss.; C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 229 ss.; C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Diritto pubblico*, 2018, n. 1, pp. 141 ss.

attivati nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Sarà peraltro assai utile affiancare, in un'ottica di complementarietà, alle risorse nazionali disponibili (a livello statale, regionale e locale) quelle derivanti dalle fonti finanziarie dell'Unione europea, come il FAMI (Fondo asilo migrazione e integrazione), il FSE (Fondo sociale europeo) e il FESR (Fondo europeo di sviluppo regionale).

6. Rilievi conclusivi

Il d.l. n. 130/2020 incide positivamente sull'accoglienza dei richiedenti asilo, sia in relazione ai servizi erogati nei centri di prima accoglienza e in quelli di accoglienza straordinaria, che in riferimento all'accesso al SAI. A tale ultimo proposto viene tuttavia introdotto un diverso trattamento nell'accesso a servizi di primo livello e di secondo livello, che torna a introdurre una differenziazione non tanto *dei* percorsi accoglienza (come previsto dal d.l. n. 113/2018) ma *nei* percorsi di accoglienza, toccando peraltro un ambito – quello dell'accesso ai servizi di formazione professionale e orientamento al lavoro – che risulta centrale per l'integrazione dello straniero. Si ricorda peraltro che il richiedente asilo può svolgere attività lavorativa trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda.

Sebbene la riforma vada ad attenuare la differenza di trattamento tra richiedenti e titolari di protezione internazionale, non si può non rilevare come la piena integrazione del richiedente asilo sul territorio sia in qualche modo "sospesa", fino alla decisione sul riconoscimento di una qualche forma di protezione, e "condizionata" al buono esito della sua domanda di asilo[28]. Solo in tale ultimo caso potrà avviarsi pienamente quel percorso di integrazione volto ad includere anche i servizi connessi all'inserimento lavorativo, che potrà favorire il passaggio dall'accoglienza all'autonomia della persona. Si tratta tuttavia di un cammino che rischia di essere avviato con ritardo e sul quale incideranno, inevitabilmente, i tempi occorrenti alla definizione dello status del richiedente asilo.

Deve poi evidenziarsi la necessità che il SAI costituisca davvero il nuovo nucleo del sistema di accoglienza e che dunque possano accedervi tutti i migranti indicati dal d.l. n. 130/2010, dal quale peraltro non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica[29]. Infatti, se da un lato sono maggiori gli oneri

[28] Sul punto sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *I richiedenti asilo e i diritti dell'integrazione*, in *Diritto Costituzionale*, 2020, n. 2 (fascicolo *Migrazioni*, a cura di F. CORTESE, S. PENASA), p. 140.

[29] La clausola di invarianza finanziaria è contemplata all'art. 14 del d.l. n. 130/2020. L'invarianza della spesa è assicurata, ove necessario, anche mediante variazioni compensative tra gli stanziamenti dei capitoli di bilancio iscritti nello stato di previsione del Ministero dell'interno, nell'ambito del pertinente programma 5.1 denominato "Flussi

relativi ai servizi aggiuntivi che dovranno essere resi a favore dei richiedenti asilo nei centri di prima accoglienza e in quelli di accoglienza straordinaria, dall'altro sussistono risparmi di spesa derivanti dal minor periodo di permanenza dei richiedenti nei centri governativi di accoglienza in vista del trasferimento nelle strutture del SAI, ove saranno accolti solo nel limite dei posti disponibili in relazione ai progetti attivati dagli enti locali e ammessi a finanziamento dal Ministero dell'interno[30]. La riforma non prevede tuttavia alcuna misura volta ad incentivare o assicurare l'adesione degli enti locali alla rete SAI, che resta volontaria[31], né dispone un aumento delle risorse finanziarie dedicate. Il che sollecita una riflessione sulla capacità effettiva del nuovo SAI di consentire che tutti i beneficiari individuati dalla novella legislativa abbiano accesso ad una forma di accoglienza integrata e diffusa sul territorio. Se infatti il sistema di accoglienza continuasse a basarsi in misura significativa sulle disponibilità dei CAS potrebbe essere compromesso il disegno riformatore del d.l. n. 130/2020, con riflessi negativi anche sugli interventi integrazione da avviare oltre il periodo di accoglienza nel SAI.

A fronte dell'incertezza sui numeri dell'accoglienza nel prossimo futuro[32], si segnala comunque positivamente la previsione di una priorità nel trasferimento dalle strutture governative al SAI dei migranti con vulnerabilità, tra cui rientrano i minori stranieri, nel quadro di una disciplina che, sebbene nella sua attuazione

migratori, interventi per lo sviluppo della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose". Tali variazioni sono adottate secondo quanto previsto dall'articolo 33, comma 4, della legge di contabilità e finanza pubblica n. 196/2009. Per un approfondimento della copertura finanziaria delle modifiche introdotte, cfr. Servizio Bilancio dello Stato, *Verifica delle quantificazioni A.C. 2727*, 3.11.2020, p. 38, e Servizio Bilancio dello Stato, *Verifica delle quantificazioni A.C. 2727*, 24.11.2020.

[30] Rileva a tal fine il capitolo 2352 "Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo ed interventi connessi ivi compresi quelli attuati nelle materie in adesione a programmi e progetti dell'Unione europea anche in regime di cofinanziamento".

[31] In riferimento al sistema Sprar/Siproimi e alle funzioni in tema di accoglienza da affidare in via ordinaria ai Comuni cfr. P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, cit., pp. 802-803.

[32] Negli ultimi anni si sono registrati variazioni significative del numero di richieste di asilo: da 83.970 nel 2015 a 123.600 nel 2016, da 130.119 nel 2017 a 53.596 nel 2018 e 43.783 nel 2019. Per un approfondimento sui numeri e le statistiche in tema di asilo, si veda la sezione dedicata sul sito *www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it*, nonché a livello europeo *www.easo.europa.eu/asylum-trends-annual-overview*. Per un'analisi dei dati con riferimento al caso italiano, cfr. F. CORTESE, *La crisi migratoria nell'Unione europea: la prospettiva italiana*, in L. DE LUCIA, F. WOLLENSCHLÄGER (a cura di), *Sfide e innovazioni nel diritto pubblico*, Giappichelli-Nomos, Torino-Baden-Baden, 2019, p. 26.

pratica presenti talvolta delle criticità, conferma la particolare protezione che deve essere assicurata ai richiedenti asilo e ai titolari di protezione internazionale in ragione della minore età.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*

CHIARA SCISSA**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Una breve ricostruzione storico-giuridica della protezione per disastri naturali. – 3. Il d.l. 113/2018 e il permesso di soggiorno per calamità. – 4. Il d.l. 130/2020 e il permesso di soggiorno per calamità.

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

C. SCISSA, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato in relazione al seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: chiara.scissa@santannapisa.it.

1. Introduzione

Secondo il Rapporto 2020 redatto dall'*Internal Displacement Monitoring Centre* sugli sfollati interni[1], nel solo 2019 quattro Paesi del Sud-est asiatico (India, Filippine, Bangladesh e Cina) ospitavano più di diciassette milioni di nuovi sfollati interni a causa di disastri ambientali sia a lenta che rapida insorgenza. Tra il 2015 e il 2019, ricerche confermano una media di venti milioni di nuovi dislocamenti associati a disastri come inondazioni e siccità ogni anno[2].

Lo spostamento di interi villaggi e comunità a rischio inondazione in zone più interne del territorio di alcuni Paesi del Pacifico e del Sud-est asiatico[3] pare essere l'unica alternativa plausibile per garantire l'integrità delle popolazioni locali. In tale contesto, la decisione del 7 gennaio 2020 resa in *Teitiota c. Nuova Zelanda* da parte del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite assume portata storica. Essa infatti riconosce la possibilità che gli effetti del cambiamento climatico, se non contrastati, comportino la violazione dei diritti fondamentali alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, stabilendo altresì, in via astratta, che il rischio di subire tali effetti nel Paese di origine rientri nelle cause di inespellibilità in virtù del principio cogente di non respingimento[4].

I progressi che a livello internazionale segnano un'apertura verso il riconoscimento del legame indissolubile tra ambiente, diritti umani e migrazione sono controbilanciati a livello nazionale da una progressiva compressione della

[1] INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE, *Global Report on Internal Displacement*, April 2020, disponibile all'indirizzo www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/2020-IDMC-GRID.pdf. Sul punto si veda anche *Special Issue on Data, Human Mobility and the Environment – MECC & DTM*, speciale di *Migration Policy Practice*, Vol. X, Number 1, January–March 2020.

[2] INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE, *Global Report on Internal Displacement*, April 2019.

[3] S. ALTIERO, M. MARANO (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi al tempo dei cambiamenti climatici*, 2018, disponibile all'indirizzo http://cdca.it/wp-content/uploads/2019/11/crisi-ambientale-e-migrazioni-forzate-2018-WEB-1_compressed-1.pdf. Con riferimento alle isole Figi, si veda, ad esempio, TODA PEACE INSTITUTE, *Climate Change, Relocation and Peacebuilding in Fiji: Challenges, Debates, and Ways Forward*, Policy Brief Nn. 97, November 2020. Per una disamina delle strategie adottate in Bangladesh e in alcune isole del Pacifico, si segnala: DISPLACEMENT SOLUTIONS, *Climate Change Displaced Persons and Housing, Land and Property Rights: Preliminary Strategies for Rights-Based Planning and Programming to Resolve Climate-Induced Displacement*, 2009.

[4] Sul punto A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, rubrica "Diritti senza confini", 14 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it.

portata degli istituti costitutivi della disciplina dell'asilo costituzionale e, in particolar modo, della protezione umanitaria. L'obiettivo di questo contributo è quindi quello di ripercorrere e valutare le tappe principali della configurazione sul piano normativo del bisogno di protezione da minacce ambientali e climatiche, dalla sua origine fino ad oggi.

2. Una breve ricostruzione storico-giuridica della protezione per disastri naturali

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ha caratterizzato l'ordinamento giuridico italiano in materia di immigrazione e asilo per oltre venticinque anni. In occasione dell'adozione della l. n. 388/1993 di autorizzazione alla ratifica del protocollo di adesione all'accordo di Schengen del 1985, il legislatore apportò alcune modifiche alla l. n. 39/1990 (cd. Legge Martelli) disciplinante le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Stato terzo, includendo anche la possibilità di diniego e revoca del permesso di soggiorno. Proprio in questo contesto[5], fu proposto dall'allora Partito democratico della sinistra l'adozione di un emendamento che derogasse il divieto generale nell'ipotesi in cui "[…] ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario, o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"[6]. Tale emendamento venne approvato e trovò definitiva adozione nell'articolo 5, comma 6, della l. n. 40/1998 (cd. Legge Turco-Napolitano) poi confluita nel d.lgs. n. 286/1998, Testo Unico Immigrazione (in seguito T.U. Imm).

Parimenti interessante è, a parere di chi scrive, la ricostruzione storico-giuridica della protezione per cause ambientali[7]. Una prima proposta in merito fu presentata, in una veste assai diversa da quella che conosciamo oggi, il 30 maggio 1996, dall'On. Vasco Giannotti, anch'egli deputato del Partito democratico della sinistra, nell'ambito di una proposta di legge concernente norme in materia di immigrazione, collocamento e soggiorno dei cittadini di Paesi non appartenenti alla Comunità europea. La formulazione proposta da Giannotti così recitava: "*L'asilo umanitario è riconosciuto allo straniero che non può ottenere lo status di rifugiato, ma che non può tornare nel Paese d'origine a causa di grave pericolo per la propria vita, sicurezza e libertà personale, violazione dei diritti fondamentali della persona umana, gravi e persistenti turbamenti dell'ordine pubblico, eventi naturali o*

[5] M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 1, p. 3.

[6] *Ibidem*. Vedasi anche: Emendamento 14.2 all'art. 32, comma 4, della proposta di legge, in AP Camera, XI legislatura, III Commissione permanente, sed. dell'1 luglio 1993.

[7] La presente ricostruzione non ha la pretesa di avere carattere esaustivo, ma si augura di fornire al lettore alcuni elementi chiave sul tema.

bellici per i quali venga posto in essere l'intervento umanitario da parte anche di altri Paesi".

Gli eventi naturali suindicati denotavano un carattere sì generico che ben avrebbero potuto includere, *prima facie*, ogni evento di natura geologica (terremoti o eruzioni vulcaniche), idro-meteorologica (dalla valanga di neve alle esondazioni fluviali, alla siccità) e biologica (pandemie ed epidemie). Ad uno sguardo più attento, tuttavia, si notano alcuni elementi potenzialmente limitativi dello scopo di applicazione della disposizione proposta. Anzitutto, specificando che tali eventi naturali dovessero essere suscettibili di intervento umanitario esterno, si tende ad escludere le ipotesi di minore rilevanza, ovvero quei casi in cui il solo intervento dello Stato affetto da un evento naturale fosse sufficiente a ripristinare le condizioni di sicurezza. Inoltre, la norma proposta richiedeva che tale soccorso assistenziale fosse posto in essere da più Stati ("da parte anche di altri Paesi"), dunque sottintendendo che gli eventi di cui sopra fossero di proporzioni straordinariamente rilevanti. Ciò detto, pare ragionevole concludere che un ingente numero di cittadini di Stato terzo, in luogo del singolo straniero cui la norma faceva riferimento, avrebbe potuto essere potenzialmente affetto da tale circostanza, capace di determinare un vero e proprio flusso migratorio più che richieste di protezione sporadiche ed isolate. Infine, la menzione degli eventi naturali, che non venne approfondita in sede di relazione introduttiva alla proposta di legge, sembra dunque non essere sorretta da precise indicazioni circa la sua estensione normativa.

Questa prima proposta di riconoscimento del bisogno di protezione da eventi naturali, sebbene non abbia poi avuto seguito in quella circostanza, fu ripresa nel disegno di legge (d.d.l.) presentato il 19 febbraio 1997 dal Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore* alla Camera dei Deputati. L'art. 18 (Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali) del suddetto d.d.l. prevedeva la possibilità di adottare interventi straordinari di accoglienza per rilevanti esigenze umanitarie al verificarsi di conflitti, *disastri naturali* o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea. In particolare, la norma prevedeva non già il rilascio di permessi di soggiorno umanitari, quanto l'adozione di misure di protezione temporanea in deroga alle disposizioni del summenzionato d.d.l.. Ancora più attento ai diritti fondamentali dei richiedenti protezione fu il d.d.l. comunicato il 13 maggio 1997 dal Ministro dell'Interno e dal Ministro degli Affari Esteri *pro tempore* al Senato, il cui art. 9 (Decisione di impossibilità temporanea al rimpatrio) contemplava non solo la protezione temporanea in caso di disastri naturali, ma anche la possibilità per coloro che ne avessero beneficiato di richiedere, una volta cessata, il riconoscimento del diritto di asilo. Anche quest'ultimo progetto non ebbe poi seguito. Infatti, sarà poi nella già citata legge Turco-Napolitano che troverà riconoscimento una disposizione espressamente

dedicata alla protezione da cause ambientali, poi confluita nell'art. 20 del T.U. Imm., oggetto di analisi nei paragrafi successivi.

Dall'analisi fin qui svolta emerge chiaramente come il legislatore avesse intenzione di riconoscere alle persone giunte in Italia a causa di disastri naturali nel Paese di origine, che potremmo quindi ragionevolmente definire "migranti ambientali", una forma di protezione differente rispetto a quelle fino a quel momento riconosciute dalla disciplina costituzionale d'asilo (status di rifugiato e protezione umanitaria[8]). Come si è visto, i disastri naturali venivano invece regolamentati dal sopracitato art. 20 T.U. Imm. tramite specifiche misure straordinarie di accoglienza e protezione temporanea in caso di flussi migratori massicci che, a parere di chi scrive, molto aveva in comune con la successiva disciplina comunitaria di protezione temporanea di cui la direttiva 2001/55/CE[9]. L'affinità tra i due istituti sembrò altresì confermata da una nota breve pubblicata dal Servizio Studi del Senato[10], in cui la protezione di cui l'art. 20 T.U. Imm. viene definita come una "protezione temporanea per motivi umanitari"[11] che, parimenti alla protezione temporanea a livello comunitario, si caratterizzava per il carattere collettivo della tutela, ma da cui al contempo se ne contraddistingueva per il fatto che la sua attuazione prescindeva dal previo riconoscimento dell'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati.

Fondamentale ai fini della presente indagine è ricordare che in virtù dell'art. 20 T.U. Imm. vennero adottate misure di protezione temporanea per le persone in fuga rispettivamente dalle guerre balcaniche alla fine degli anni '90 e successivamente dalle primavere arabe nel 2011. In quest'ultimo caso, venne

[8] Nel 1998, il T.U. Imm. prevedeva, infatti, un permesso "generale" di soggiorno umanitario ai sensi dell'art. 5, comma 6, affiancato da un solo permesso di soggiorno per fattispecie particolare (art. 18 protezione sociale) e quattro fattispecie chiuse di inespellibilità (art. 19, comma 2), le quali non consentivano l'allontanamento dei minori stranieri, degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, comunque di nazionalità italiana e, infine, delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto. Sul punto, si veda E. ROSSI, *Il diritto d'asilo tra costituzione e normativa di attuazione*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre la frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, Pisa, 2020, pp. 172 ss.

[9] Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi

[10] L. BORSI (a cura di), *Nota Breve: Protezione temporanea, protezione umanitaria, protezione temporanea per motivi umanitari*, Servizio Studi del Senato, nota n. 80, giugno 2015,

[11] *Ibidem*, p. 4

rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari ai cittadini del Nord Africa giunti in Italia tra il 1° gennaio e il 5 aprile 2011 per un periodo iniziale di sei mesi, parimenti rinnovato per tre volte consecutive, e che sanciva la libera circolazione negli Stati membri dell'Unione europea. Al contrario, fino al 2018 non si sono ravvisati casi di protezione temporanea *ex* art. 20 T.U. Imm. per disastri ambientali.

Al contempo, la mancata tipizzazione[12] dei seri motivi umanitari di cui l'art. 5, comma 6, T.U. Imm. ha condotto sia la dottrina[13] che la giurisprudenza a ritenere aperto il catalogo dei diritti da tutelare[14]. Come ravvisato dalla Corte Costituzionale, "condizione per il rilascio di un permesso di natura umanitaria D.lgs. n. 286/98, ex art. 5, co. 6, è il riconoscimento di una situazione di *vulnerabilità da proteggere* alla luce degli obblighi costituzionali ed internazionali gravanti sullo Stato italiano"[15] (corsivo aggiunto). Alla luce di tale interpretazione, la protezione umanitaria assunse nel tempo un carattere sempre più ampio e comprensivo delle situazioni soggettive di vulnerabilità, tali da ricomprendere l'età o la salute del soggetto, piuttosto che condizioni oggettive attinenti al Paese di origine. Come ritenuto dal Tribunale di Milano, queste ultime ben si potevano riferire anche a carestie, disastri naturali o ambientali[16] (tra cui il fenomeno del *land grabbing*[17]) e alle generali condizioni ambientali e climatiche del territorio di provenienza che potevano mettere a repentaglio i diritti civili, politici, socio-economici e culturali dell'individuo.

È in quest'ottica che, nel gennaio 2008, il Ministero dell'Interno comunicò ai Prefetti tramite circolare[18] la temporanea sospensione *ex* art. 14, comma 5-*ter*, del T.U. Imm. dei provvedimenti di espulsione di cittadini del Bangladesh a causa dei gravi danni causati nel novembre del 2007 dal violento ciclone Sidr su parte del

[12] N. MORANDI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, del D.lgs. n. 286/98*, giugno 2017, p. 8, disponibile all'indirizzo www.asgi.it.

[13] Si vedano tra i molti, F. MANGANO, *L'interpretazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 3; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani,* in *Questione Giustizia*, 2018, n. 2; S. CANDELA, *Le condizioni di vulnerabilità ambientale tra i «seri motivi di carattere umanitario» in relazione al permesso di soggiorno: prospettive giuridiche della figura dell'eco-migrante (nota a Tribunale di L'Aquila, Ordinanza del 18 febbraio 2018, n. R.G. 1522/17)*, in *Amministrativamente*, 2019, n. 2.

[14] Corte Costituzionale, sent. n. 381/1999

[15] Corte di Cassazione, sent. n. 22111/2014.

[16] Tribunale di Milano, ordinanza del 16 settembre 2015.

[17] Si segnalano Tribunale L'Aquila, sent. n. 1522/2017 e Tribunale di Salerno, Prima Sezione Civile, ordinanza del 16 agosto 2018.

[18] Circolare n. 400/C/2008/128/P/1.281 del 9 gennaio 2008 Ministero dell'Interno: Bangladesh ciclone SIDR. Problematiche varie

territorio[19], tuttavia, senza che a questi fosse necessariamente concesso un permesso di soggiorno per motivi umanitari[20]. La prassi applicativa delle Commissioni Territoriali e dei Tribunali rafforzò poi questa impostazione, riconoscendo la protezione umanitaria sia per gravi calamità naturali[21] o altri gravi fattori locali ostativi[22] ad un rimpatrio in dignità e sicurezza[23] così come per alluvioni[24], inondazioni[25] e terremoti.

Se da un lato, quindi, sia a livello amministrativo che giurisprudenziale si prendeva sempre più coscienza dei fattori climatici della migrazione, dall'altro la protezione umanitaria, secondo alcuni autori[26], avrebbe dovuto essere estesa

[19] GOVERNMENT OF BANGLADESH, *Cyclone Sidr in Bangladesh Damage, Loss and Needs Assessment for Disaster Recovery and Reconstruction*, April 2008, disponibile all'indirizzo https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/F2FDFF067EF49C8DC12574DC00455142-Full_Report.pdf. Nelle cronache italiane, si vedano tra i molti: CORRIERE DELLA SERA, *Bangladesh: ciclone Sidr, 1100 morti,* 16 novembre 2007, disponibile all'indirizzo www.corriere.it/cronache/07_novembre_16/ciclone_sidr_bangladesh.shtml; LA REPUBBLICA, *Bangladesh, la strage del ciclone Sidr. Oltre 2.000 le vittime, un milione gli sfollati*, 17 novembre 2007, disponibile all'indirizzo www.repubblica.it/2007/11/sezioni/esteri/ciclone-bangladesh/nuovo-bilancio/nuovo-bilancio.html

[20] MINISTERO DELL'INTERNO, www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/0834_2008_02_23_richieste_asilo_cittadini_bangladesh.html_279145315.html, Sezione Notizie, 23 febbraio 2008,

[21] Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma, sez. II, provvedimento assunto il 21 dicembre 2015. Si consideri anche Tribunale di Catanzaro, sez. specializzata immigrazione, ordinanza del 15 gennaio 2018

[22] Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino – sezione di Genova, provvedimento assunto il 10 giugno 2016. Tra questi, ad esempio, l'assenza di mezzi di sostentamento in virtù dell'estrema povertà della zona rurale di provenienza. Si veda, Tribunale di Genova, ordinanza del 4 luglio

[23] Ministero dell'Interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo. Circolare prot. 00003716 del 30 luglio 2015

[24] Si segnalano, Tribunale L'Aquila, sent. n. 1522/2017 e Tribunale di Napoli, ordinanza del 5 giugno 2017.

[25] Tribunale di Catanzaro, sez. specializzata immigrazione, ordinanza del 15 gennaio 2018.

[26] Si vedano A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 2, pp. 1 ss., e N. MORANDI, *Protezione internazionale, protezione speciale e nuove tipologie di permesso di soggiorno introdotte dal d.l. n. 113/2018*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre la frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, cit., pp. 189 ss.

uniformemente anche ad eventi ambientali a lenta insorgenza, quali la desertificazione, la siccità[27] o l'innalzamento del livello delle acque.

3. Il d.l. 113/2018 e il permesso di soggiorno per calamità

Come più volte ribadito[28], il d.l. del 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132, ha in parte modificato il sistema di accoglienza vigente in Italia ed il panorama normativo di protezione umanitaria. Senza entrare nel merito delle modifiche in tema di protezione umanitaria, né dei singoli permessi di soggiorno per protezione speciale e per casi speciali con cui essa è stata, in parte, sostituita, questa sezione si propone di identificare e valutare i cambiamenti apportati nell'ambito della protezione per cause ambientali.

L'art. 1, comma 1, lettera h), del d.l. n. 113/2018 introduceva accanto all'art. 20 T.U. Imm. il nuovo art. 20-*bis* che così recitava: "*1. Fermo quanto previsto dall'articolo 20, quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, il questore rilascia un permesso di soggiorno per calamità. 2. Il permesso di soggiorno rilasciato a norma del presente articolo ha la durata di sei mesi, ed è rinnovabile per un periodo ulteriore di sei mesi se permangono le condizioni di eccezionale calamità di cui al comma 1; il permesso è valido solo nel territorio nazionale e consente di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.".*

In primo luogo, sembra rilevante sottolineare che il taglio operato dal legislatore alle garanzie offerte dall'ordinamento ai richiedenti asilo ha lasciato intatta la facoltà di fornire protezione temporanea in caso di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità. Anzi, a parere di chi scrive, sembra che la ragion d'essere alla base dell'art. 20-*bis* andava a sovrapporsi a quella già vigente, in

[27] Tribunale di Cagliari, ordinanza del 31 marzo 2019.

[28] E. ROSSI, *Il diritto d'asilo tra costituzione e normativa di attuazione*, cit., p. 174. Sul punto anche N. MORANDI, *Protezione internazionale, protezione speciale e nuove tipologie di permesso di soggiorno introdotte dal d.l. n. 113/2018*, cit., pp. 189 ss.; P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 751 ss. Si segnala anche M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, 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 la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, n. 3, 17 ottobre 2018.

quanto entrambe le disposizioni erano atte a riconoscere una forma di protezione laddove non fosse possibile far ritorno in maniera sicura nel proprio Paese d'origine per motivi di carattere calamitoso.

Prima di passare in rassegna le peculiarità del permesso di soggiorno per calamità, tuttavia, preme indicare le principali differenze – di tipo sostanziale, procedurale e contenutistico – tra le due fattispecie sopra richiamate.

Per quanto concerne il primo aspetto, mentre l'art. 20 T.U. Imm. ha carattere collettivo, come suindicato, l'art. 20-*bis* (nel testo introdotto nel 2018) sembrava rivolgersi ad istanze individuali di protezione. In altre parole, mentre i titolari della prima fattispecie si rifanno a flussi massicci di sfollati, la seconda tipologia di protezione riguardava singoli individui vulnerabili. Sotto il profilo procedurale, mentre la protezione temporanea viene concessa per DPCM, il permesso di soggiorno per calamità veniva rilasciato esclusivamente[29] dal Questore, senza che tale circostanza fosse qualificata come eventuale. La previsione di tale potere discrezionale si prestava, e si presta tuttora, a rilevanti critiche[30].

In ultimo, come rammentato nel caso della protezione temporanea per motivi umanitari conferita ai cittadini dei Paesi del Nord Africa durante le primavere arabe, la durata del permesso *ex* art. 20 T.U. Imm. viene decisa con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri[31] e può essere rinnovata all'occorrenza. Al contrario, il permesso *ex* art. 20-*bis* aveva durata di sei mesi e, solamente in caso di permanenza delle condizioni di eccezionale calamità, questo avrebbe potuto essere rinnovato per un periodo di pari durata. Sebbene secondo alcuni[32] la norma si sarebbe dovuta interpretare nel senso di ritenersi rinnovabile fino al perdurare della calamità nel Paese di provenienza, a parere di chi scrive la formula normativa lasciava poco spazio a questa, seppur ragionevole, interpretazione per due ordini di motivi: *in primis*, la disposizione faceva riferimento ad un rinnovo per un ulteriore "periodo" (singolare, non plurale) di sei mesi; *in secundis*, nonostante essa

[29] M. BENVENUTI, *Il dito e la luna*, cit., p. 29: la formula normativa è, infatti, «il questore rilascia» e non «il questore può rilasciare».

[30] Sul punto si veda ASGI, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018 - Prime osservazioni*, 25 ottobre 2018, ove si evidenzia come la previsione di una discrezionalità così ampia in capo al Questore possa non soltanto violare la riserva di legge di cui l'art. 10, comma 2, Cost., ma anche il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., poiché crea i presupposti per una disparità di trattamento delle richieste di protezione dei richiedenti per casi tra loro analoghi.

[31] L'art. 20 T.U. Imm. prevede che il decreto sia adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale con gli altri Ministri eventualmente interessati.

[32] N. MORANDI, *Protezione internazionale, protezione speciale e nuove tipologie di permesso di soggiorno introdotte dal d.l. n. 113/2018*, cit., p. 212.

consentisse al titolare di svolgere attività lavorativa, il permesso di soggiorno non poteva essere convertito in un permesso per motivi di lavoro, confermando pertanto il carattere estremamente precario e temporaneo della permanenza.

Se ci concentriamo ora sul concetto di "calamità" e sul suo carattere contingente ed eccezionale, molteplici sono i quesiti che scaturiscono da tali riflessioni. In primo luogo, il legislatore non ha qualificato la natura della calamità. Dato che l'ordinamento italiano prevede molteplici e differenti definizioni[33] di calamità, appare verosimile che avrebbero potuto ricadere nell'ambito applicativo dell'allora art. 20-*bis* le calamità naturali, sia ambientali che climatiche, antropiche e, secondo una tesi recentemente avanzata, sanitarie[34], come nel caso di epidemie o pandemie. Come efficacemente notato[35], la tipizzazione dei permessi di soggiorno per esigenze di carattere umanitario mal si conciliava con la vaghezza della disposizione in esame. In secondo luogo, il carattere contingente ed eccezionale degli eventi calamitosi restringeva inevitabilmente il campo di applicazione della norma ad eventi improvvisi e singolari, quali terremoti o inondazioni, lasciando quindi eventi a più lenta insorgenza scoperti da siffatti casi di protezione speciale.

4. Il d.l. 130/2020 e il permesso di soggiorno per calamità

Come operato in precedenza, questa ultima sezione si concentrerà sulle modifiche specificamente apportate all'art. 20-*bis* T.U. Imm. dal d.l. 130/2020 convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173.

L'art. 1, comma 1, lettera f), concernente il permesso di soggiorno per calamità, novella l'art. 20-*bis* T.U. Imm. in molteplici aspetti, lasciandone immutati altri di eguale rilevanza. Innanzitutto, nella nuova formulazione si richiede che la calamità sia "grave" e non più "contingente" né "eccezionale", permettendo pertanto un'interpretazione più ampia dell'evento calamitoso in base al grado di severità del fatto e non della sua rapida/lenta insorgenza o progressione nel tempo. Ciò nonostante, il legislatore ancora una volta si trattiene dallo specificare la natura

[33] M. BENVENUTI, *Il dito e la luna*, cit., p. 27. Sul punto, l'autore cita altresì M. LUCIANI, *Audizione resa il 16.10.2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, 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 la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*. Disponibile all'indirizzo webtv.senato.it/4621?video_evento=424

[34] N. MORANDI, *Protezione internazionale, protezione speciale e nuove tipologie di permesso di soggiorno introdotte dal d.l. n. 113/2018*, cit., p. 211.

[35] M. LUCIANI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018*, cit., minuto 14 e seguenti.

della calamità in questione che, dunque, può caratterizzarsi, come suindicato, in un evento naturale, antropico o, per riprendere una tesi già incontrata, sanitario. L'immutata vaghezza del termine si presta a potenziali interpretazioni "a fisarmonica" da parte del Questore, la cui discrezionalità risulta parimenti inalterata dato che rimane ancora l'unica autorità competente a valutare l'esistenza e, se del caso, la gravità della calamità accorsa con conseguente discrezionalità decisionale nel concedere o negare la protezione. A tal proposito, il legislatore non sembra aver accolto quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 11535/2009, in cui si attribuivano tutte le competenze di valutazione e riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria alle Commissioni Territoriali e ai giudici ordinari, facendo venir meno "ogni margine di apprezzamento *politico* delle condizioni del paese di provenienza […] e lascia residuare al questore nulla più che un compito di mera attuazione dei deliberati assunti sulla posizione dello straniero dalla Commissione stessa"[36].

Di contro, il legislatore[37] sembra recepire l'indirizzo giurisprudenziale fornito dalla Corte di Cassazione[38] in altra occasione per cui ove il richiedente affermi di essere emigrato dal proprio Paese d'origine a causa di calamità (nel caso preso in esame di un'alluvione), occorre tener conto dell'art. 20-*bis* T.U. Imm. Nella novella è stato eliminato il riferimento specifico al rinnovo del permesso di soggiorno per un periodo di sei mesi, lasciando quindi intendere che esso possa essere rinnovato *fintanto che* permangano le condizioni di insicurezza ambientale nel Paese d'origine. Tramite l'art. 1, comma 1, lettera b), che novella l'art. 6 T.U. Imm. introducendo il comma 1-*bis*, si consente altresì la conversione del permesso di soggiorno in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, pertanto rendendo più stabile e regolare la permanenza del beneficiario sul territorio italiano. Dalla tipologia di lavoro eventualmente svolto dipenderà la durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro[39], in ogni caso di validità non superiore ai 24 mesi, rinnovabile. Si concede, infine, ai titolari di un permesso *ex* art. 20-*bis* di essere accolti nel novello Sistema Accoglienza e Integrazione[40], purché non accedano a sistemi di protezione specificamente destinati.

[36] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 11535/2009, p. 8.

[37] Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Dossier n. 305/2 dell'11 dicembre 2020, Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza approvato dalla Camera dei deputati, D.L. 130/2020 – A.S. 2040.

[38] Corte di Cassazione Civile, Sezione I, n. 2563/2020.

[39] Per la disciplina del permesso di soggiorno per motivi di lavoro si rinvia agli artt. 21-27 T.U. Imm.

[40] Per un'analisi delle novità introdotte dal d.l. 130/2020 nel sistema di accoglienza e integrazione, si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema d'accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in www.forumcostituzionale.it.

In conclusione, non si può che concordare con chi sostiene che vi sia un "prima" e un "dopo" d.l. 113/2018[41] che abbia inevitabilmente mutato la disciplina dell'asilo costituzionale. La tipizzazione di un permesso di soggiorno per calamità, rispetto all'allora più ampia fattispecie sancita all'art. 5, comma 6, T.U. Imm., indubbiamente restringe la possibilità per i richiedenti di aver accesso a protezione per cause calamitose, ambientali e non. I tempi sono tuttavia troppo prematuri per permettere un esame più approfondito della novella disposizione. Al momento della valutazione delle circostanze che spingono alla fuga dal proprio Paese di origine, ci si augura, così come richiesto espressamente dalla Corte di Cassazione e come testimoniato dall'approccio giurisprudenziale innovativo del Comitato dei diritti umani dell'Onu, che si tenga conto sia delle condizioni soggettive dell'individuo sia delle condizioni oggettive dello Stato di provenienza, anche in ragione di un pianeta sempre più vulnerabile all'avanzata dei cambiamenti climatici.

[41] E. ROSSI, *Il diritto d'asilo tra costituzione e normativa di attuazione*, cit., p. 183.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Prime note sull'immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020*

LUCA MINNITI**

Sommario

1. Premessa. – 2. La disciplina transitoria. – 2.1. L'efficacia nel tempo dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 130/2020, lett. a). – 2.2. L'efficacia nel tempo delle nuove norme contenute all'articolo 19, comma 1.1., T.U. Imm. – 2.3 L'efficacia nel tempo delle modifiche ai permessi per casi speciali. - La efficacia "orizzontale" dell'art. 15 del d.l. n. 130/2020 – 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 5 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

L. MINNITI, *Prime note sull'immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato in relazione al seminario *Il diritto di asilo dopo il d.l. n. 130/2020 in tema di immigrazione e protezione internazionale*, organizzato da Francesca Biondi Dal Monte e Emanuele Rossi presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 16 dicembre 2020. Il contributo è inserito nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2021 del *Forum di Quaderni Costituzionali*.

** Magistrato ordinario presso il Tribunale di Firenze, Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione die cittadini dell'Unione europea.

1. Premessa

La disamina del regime di efficacia nel tempo delle norme prodotte dalle disposizioni adottate merita una considerazione preliminare.

La nuova disciplina della protezione complementare (umanitaria e per casi speciali) ha evidentemente perseguito lo scopo, finale, di restituire effettività al diritto costituzionale di asilo, ritenuto solo in parte attuato dalle norme internazionali e sovranazionali e dai relativi strumenti di recepimento. Ma ha anche perseguito un'ulteriore finalità, strumentale alla prima, quella di elidere, *ex tunc*, gli effetti restrittivi del d.l. n. 113/2018, costruendo un ponte tra la ultrattività della disciplina previgente al decreto legge del 2018 e le nuove norme introdotte nel d.l. n. 130/2020, convertito in legge n. 173/2020. Un ponte teso ad estinguere, *medio tempore*, tutti gli effetti restrittivi del diritto di asilo, prodotti dal d.l. n. 113/2018 sui procedimenti amministrativi e sui processi, in corso alla data di entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, in materia di protezione internazionale.

Vedremo nel prosieguo come il ponte sia stato costruito. Non prima di aver svolto una ulteriore considerazione, forse utile alla comprensione della specifica problematica di diritto transitorio.

Nel regime previgente il d.l. n. 113/2018, il decisore delle domande di asilo poteva disporre, per dare effettiva attuazione all'art. 10, comma 3, Cost., non solo delle norme di recepimento della disciplina convenzionale ed eurounitaria, ma anche del permesso di protezione per seri motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/1998 (T.U. Imm.), contenente una clausola generale suscettibile di adattare i presupposti della protezione degli stranieri a variabili fonti di minaccia dei diritti umani.

Com'è noto, per effetto del regime giuridico introdotto dal d.l. n. 113/2018 la clausola generale aperta fu sostituita da un ristretto novero di ipotesi di protezione per casi speciali, tendenzialmente tassative nella intenzione del Governo legislatore.

Con l'entrata in vigore del nuovo regime introdotto dal d.l. n. 130/2020, convertito in l. n. 173/2020, il decisore torna, invece e per la prima volta, ad avere a sua disposizione entrambi gli strumenti:

- la clausola generale dell'art. 5, comma 6, T.U. Imm. con il diretto richiamo degli obblighi costituzionali e internazionali ed il rinvio, applicativo, al permesso per protezione speciale;
- le ipotesi tipiche dei casi speciali, con i nuovi ampliati presupposti dal d.l. n. 130/2020.

I due menzionati strumenti, per la prima volta affiancati, sono integrati con le norme di recepimento del principio di *non refoulement*: anch'esso attuato con il permesso per protezione speciale, strumento di protezione dello straniero dalla

violazione degli obblighi consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La nuova disciplina, secondo la nuova formulazione, è esplicitamente rivolta alla tutela della dignità umana dal rischio di trattamento inumano e degradante e dal pericolo di violazioni gravi della vita privata e familiare (con riferimento agli artt. 3 ed 8 CEDU) che lo straniero dovesse correre in conseguenza del suo allontanamento dal territorio nazionale.

I tre strumenti, da un lato attraverso il richiamo dei presupposti dell'art. 10, comma 3, Cost, più ampi dei presupposti della protezione di fonte internazionale, dall'altro attraverso il richiamo degli artt. 3 ed 8 CEDU oltre che dei permessi casi speciali, garantiscono un ampio raggio di copertura dei diritti umani dello straniero, oggi più estesa della protezione garantita, in passato, dal permesso per seri motivi umanitari di matrice costituzionale.

Il permesso per protezione speciale di matrice costituzionale, internazionale e convenzionale[1] offre più solida copertura normativa agli approdi cui nel tempo è pervenuta, in via interpretativa, la giurisprudenza nazionale[2].

2. La disciplina transitoria

In questo mutato contesto si inserisce la disposizione transitoria. L'articolo 15 del d.l. n. 130/2020, rubricato "disposizioni transitorie", prescrive al primo comma che le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettere a), e) ed f), si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto avanti alle commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali, con esclusione dell'ipotesi prevista dall'articolo 384, comma 2, del codice di procedura civile. Mentre prevede al secondo comma che le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b, c), d) ed e) si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto avanti alle commissioni territoriali.

L'art. 15 del decreto citato è entrato in vigore il 22 ottobre 2020 ed a seguito di conversione in legge risulta immutato ed attualmente vigente nell'ordinamento.

Questo commento posa le sue ragioni su due passaggi di lettura del testo che si sottopongono all'attenzione del giurista.

Il primo passaggio è volto a dare rilievo al fatto che la norma contenuta nell'art. 15 prevede l'immediata applicazione delle *disposizioni* che richiama. Dunque, l'immediata applicazione delle disposizioni normative in essa contenute e non, invece, l'immediata applicazione delle norme che risultano dall'inserimento di

[1] Per una prima disamina si legga E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021; C. DE CHIARA, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Questione Giustizia On Line*.

[2] Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 1104 del 2020, commentata da C. PRATESI, *La protezione umanitaria nel solco della Costituzione*, in *Questione Giustizia On Line*.

dette disposizioni normative nell'ordinamento giuridico. In altre parole l'immediata applicazione della norma modificante, non della norma modificata.

La distinzione tra disposizione modificante e norma modificata appare come uno snodo ermeneutico dirimente ai fini della determinazione della portata dell'art. 15, per quel che si dirà, con riferimento a tutti e tre gli interventi normativi che hanno toccato la protezione umanitaria o complementare.

Una diversa impostazione è invece adottata dalla tesi secondo la quale, non le singole disposizioni normative modificative delle distinte previsioni di legge ma il complessivo nuovo regime della protezione[3], dovrebbe trovare immediata applicazione.

La distinzione qui proposta appare destinata a produrre conseguenze diversificate sul piano del regime transitorio con riferimento ai tre distinti interventi di modifica adottati dal legislatore, con il risultato di evitare che si dia ingiustificatamente "luogo a trattamenti differenziati"[4].

Il secondo passaggio sul quale si intende porre attenzione muove dalla identificazione delle diverse modalità con le quali il legislatore ha apportato le modifiche normative in esame, adottando tecniche differenti in grado di produrre modifiche normative (sulle "norme" e non sulle "disposizioni") con efficacia nel tempo, tra loro, differenziata.

Ed invero va considerato che, mentre sull'art. 5, comma 6, del T.U. Imm. il legislatore è intervenuto ripristinando una parte (solo una parte) del contenuto normativo espunto dal d.l. n. 113/2018, sull'art. 19 T.U. Imm. si è invece intervenuti sostituendo integralmente il comma 1.1 (oltre che introducendo il nuovo comma 1.2). E, terzo piano di intervento, sulla disciplina dei permessi per casi speciali per motivi di salute e per calamità, introdotta ex novo dal d.l. n. 113/2020, si sono sostituite od aggiunte alcune espressioni volte ad ampliare la portata dei presupposti.

Il mero esame di queste differenze dovrebbe consentire di trarre alcune conclusioni sul regime differenziato di applicazione delle norme nel tempo.

Com'è noto il nuovo *Governo legislatore* ha inteso evitare le problematiche interpretative cui è andato incontro il d.l. n. 113/2018 in punto di abrogazione del permesso di soggiorno per gravi motivi umanitari, come disciplinato principalmente dall'art. 5, comma 6, del T.U. Imm. Problematiche che portarono

[3] Per una disamina delle conseguenze di tale diversa impostazione si veda Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione su novità normativa Rel. n. 94 del 2020, *PROTEZIONE INTERNAZIONALE - Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare - D.l. 21 ottobre 2020, n. 130*, disponibile in: https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio_ecs.page?contentId=ECS24678.

[4] Rischi descritti nella Relazione del Massimario, p. 8, di cui alla nota precedente.

ad un contrasto di orientamenti in primo luogo tra Commissione Nazionale Asilo e Commissioni Territoriali, da una parte, e Giudici di merito, dall'altra. Poi anche ad un contrasto interno alla Corte di Cassazione risolto definitivamente dalle sentenze n. 29459 e n. 29460 del 2019 della Corte di Cassazione, in favore della efficacia dell'art. 5, comma 6, nel testo previgente con riferimento alle domande, anche amministrative, proposte prima del 5 ottobre 2018[5].

La mancata disciplina della successione di norme nel tempo ad opera del d.l. n. 113/2018 fu scelta consapevole del legislatore che, anche in sede di conversione in legge e pur a fronte delle prime avvisaglie di conflitti interpretativi, scelse di non intervenire omettendo di prevedere una norma transitoria.

L'applicazione dell'art. 11 delle preleggi al codice civile orientato dai principi generali dell'ordinamento ed in particolare dal rispetto del principio, di rango costituzionale, di eguaglianza e di quello dell'affidamento, posero correttamente rimedio alla mancanza di una disciplina interna al d.l. n. 113/2018.

Ma, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, il contrasto rimase aperto per oltre un anno (dal giorno successivo alla entrata in vigore della norma, sino al 13 novembre 2019[6]) e determinò, com'è noto, l'esplosione del numero dei ricorsi proposti avverso l'impennata di dinieghi emessi dalle commissioni territoriali, fondati sulla ritenuta efficacia immediata, nei procedimenti in corso, dell'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari: dinieghi aumentati in misura esponenziale come conseguenza anche della restrittiva applicazione dei permessi per casi speciali e di protezione speciale. Il tutto con un aggravio delle sopravvenienze nei Tribunali che è ancora oggi motivo di sofferenza degli uffici di primo grado, tutt'ora prevalentemente impegnati a trattare le impugnazioni delle domande di asilo presentate in via amministrativa prima del 5.10.2018.

Va salutata quindi con favore la diversa opzione adottata dal Governo e dal Parlamento in occasione dell'adozione delle nuove norme.

Nella relazione di presentazione al Parlamento della legge di conversione del d.l. n. 130/2020 si legge infatti che "*L'articolo 15 introduce disposizioni transitorie dirette a prevenire le incertezze interpretative sull'applicabilità del nuovo assetto normativo ai procedimenti in corso. Il comma 1 si riferisce a norme che possono incidere sull'esatta determinazione dell'attuale posizione giuridica degli stranieri. La previsione della loro immediata applicabilità ai procedimenti in corso, nella fase sia amministrativa che giurisdizionale, previene la duplicazione dei procedimenti*

[5] Tra i primi commenti si legga C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *Questione Giustizia On Line*.

[6] Il 13 novembre 2019 è la data di deposito delle sentenze n. 29459 e n. 29460 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione.

amministrativi e di eventuali contenziosi, evitando la presentazione di nuove istanze, domande o ricorsi".

Questo commento non esaminerà l'impatto e l'efficacia nel tempo delle norme menzionate dal *comma secondo* dell'art. 15 del d.l. n. 130/2020 che concerne i soli procedimenti amministrativi in corso. Nella citata relazione al Parlamento si legge infatti che "*La disposizione transitoria di cui al comma 2 si riferisce all'articolo 2 del decreto-legge, che apporta modifiche ad alcune procedure speciali che si svolgono davanti alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e introduce specifiche garanzie per alcune categorie di soggetti vulnerabili, tra i quali i minori non accompagnati, oltre a prevedere specifiche garanzie per l'esame preliminare delle domande reiterate".* L'applicabilità dell'art. 15, comma secondo, del d.l. n.130/2020, con riferimento ai procedimenti amministrativi in corso non pone particolari problemi trattandosi di norme sul procedimento e non di norme di diritto sostanziale. Né l'immediata applicabilità di queste disposizioni – quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b, c), d) ed e) – dovrebbe ridondare sui procedimenti giudiziari relativi ai provvedimenti emessi all'esito dei procedimenti amministrativi riformati, se non come eventuale vizio del provvedimento impugnato, vizio il cui effetto è delimitato dalla funzione, integralmente devolutiva, del ricorso giurisdizionale.

Il tema della portata dell'art. 15, comma 1, del d.l. n. 130/2020 merita invece di esser distintamente affrontato con riferimento alle singole disposizioni di cui si prescrive l'immediata applicazione, alla data di entrata in vigore del decreto legge, davanti alle Sezioni specializzate dei Tribunali.

Ciò perché, come si esporrà in seguito, l'intervento modificativo sulla disciplina preesistente ha prodotto una efficacia nel tempo differenziata, ad avviso di chi scrive necessariamente differenziata.

2.1 L'efficacia nel tempo dell'art. 1, comma 1 del d.l. n. 130/2020, lett. a).

L'art. 1 al comma 1 del d.l. n. 130/2020, lett. a), è intervenuto sull'art. 5, comma 6, del T.U. Imm. prevedendo che ad esso sia apportata la seguente modificazione: "*dopo le parole «Stati contraenti» sono aggiunte le seguenti: «, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»*".

La disposizione ha quindi introdotto una nuova norma, diversa sia da quella contenuta nel testo previgente al d.l. n. 113/2018, che prevedeva i seri motivi umanitari come fatto costitutivo del diritto al permesso di soggiorno, sia da quella prodotta dall'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, che tale presupposto del diritto aveva espunto unitamente all'obbligo di *rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.*

Il testo dell'art. 5, comma 6, T.U. Imm. rimane pertanto amputato – anche dopo la modifica introdotta dal d.l. n. 130/2020 – del riferimento ai "seri motivi, in particolare di carattere umanitario" disposta a suo tempo dal d.l. n. 113/2018.

In altre parole, poiché la nuova norma contenuta nel d.l. n. 130/2020, limitandosi a reinserire nella disciplina ordinaria il doveroso rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali (anche diversi dalla CEDU) gravanti sullo Stato italiano, quale motivo ostativo al rifiuto del permesso di soggiorno, interviene sul testo in precedenza già modificato dal d.l. n. 113/2018, essa lascia intatto il quadro giuridico regolativo della successione di leggi nel tempo, con riferimento alla modifica introdotta dal d.l. n. 113/2018 all'art. 5, comma 6, T.U. Imm.

Ciò è ricavabile dal fatto che la disposizione transitoria di cui all'art. 15 del d.l. n. 130/2020 non tocca altre disposizioni normative al di fuori di quelle in esso contenute, potendo così produrre l'effetto di rendere immediatamente applicabile ai procedimenti in corso il solo ripristino della clausola di rispetto degli obblighi internazionali, non anche l'intero testo risultante dalla modifica. E dunque non anche il testo risultante dall'intervento del d.l. n. 113/2018, contenente l'eliminazione della clausola dei seri motivi umanitari, la cui abrogazione resta efficace a partire dalle domande presentate dopo la sua entrata in vigore, come da orientamento consacrato nelle decisioni della Corte di cassazione a sezioni unite già citate.

Ragionando diversamente, volendo estendere l'applicazione del nuovo testo dell'art. 5, comma 6, alle domande di asilo proposte prima del 5.10.2018, si giungerebbe ad attribuire all'art. 15 del d.l. n. 130/2020 l'effetto di rendere applicabile alle domande presentate prima del 5 ottobre 2018 l'integrale nuovo testo dell'art. 5, comma 6, e non la sola disposizione normativa re-introdotta dal d.l. n. 130/2020. Ma questo contrasta con il dato testuale e la collocazione sistematica dell'art. 15 d.l. cit che prevede l'applicazione ai procedimenti in corso della sola modifica all'art. 5, comma 6, T.U. Imm. in esso apportata, quella avente ad oggetto il reinserimento dell'obbligo di rispetto dei vincoli costituzionali ed internazionali.

Ne consegue che l'efficacia temporale disciplinata dall'art. 15 sia da circoscrivere alla disposizione contenuta nel d.l. n. 130/2020 laddove in essa si torna a prevedere che "*dopo le parole «Stati contraenti»* siano aggiunte le seguenti: *«, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»*". Il risultato sistematico ottenuto da questa interpretazione, anche con riferimento alla sola disciplina contenuta nell'art. 5, comma 6, è del tutto ragionevole e congruente con l'obiettivo del legislatore che, come si è anticipato, in tal modo ha eliminato, in parte qua, gli effetti del d.l. n. 113/2018 sin dalla sua entrata in vigore e quindi con i limiti di efficacia nel tempo che la norma aveva secondo l'orientamento consacrato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, correggendo quindi gli effetti del d.l. n. 113/2018, in ossequio al severo monito del

Presidente della Repubblica, senza perciò intervenire sulla *ultrattività* del previgente testo dell'art. 5, comma 6.

In poche parole l'art. 15 del d.l. n. 130/2020, non intervenendo sulla efficacia nel tempo delle modifiche apportate all'art. 5, comma 6, del T.U. Imm. dal d.l. n. 113/2018, delimita nel tempo la propria efficacia alle sole situazioni giuridiche toccate dallo stesso d.l. n. 113/2018: quelle vantate con domanda amministrativa successiva al 5 ottobre 2018. E solo ad esse.

Da ciò ne consegue che, per le domande di protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018, si deve confermare il principio di diritto consacrato nelle decisioni della Corte di Cassazione (sentenze delle Sezioni Unite n. 29459 e n. 29460 del 2019) laddove si è affermato che: "*in tema di successione di leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta a ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile; ne consegue che la normativa introdotta con D.L. n. 113 del 2018, convertito con la legge n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018, convertito nella legge n. 132 del 2018 comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per "casi speciali" previsto dall'art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge*".

Sicché alla luce della suddetta ricostruzione, alle domande di protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018 dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina dei presupposti di riconoscimento della protezione umanitaria, di cui all'art. 5, comma 6, T.U. Imm., nella versione antecedente al d.l. n. 113/2018, che, nella parte in cui ha eliminato i gravi motivi umanitari dai presupposti per il rilascio di permesso di soggiorno, resta irretroattivo anche a seguito delle modifiche apportate con l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020.

In sintesi, partendo dal rilievo testuale per cui l'art. 1, lett. a), del d.l. n. 130/2020 non sostituisce integralmente il previgente art. 5, comma 6, del T.U. Imm. ma, unicamente, vi reintroduce il dovere di rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali espunto dal d.l. n. 113/2018, non si può che pervenire a ritenere la sua efficacia nel tempo ancora condizionata dalla efficacia nel tempo del d.l. n. 113/2018, relativa quindi alle sole domande amministrative di asilo successive al 5 ottobre 2018.

Mentre davanti alle Sezioni specializzate alle domande di protezione internazionale proposte in sede amministrativa dopo il 5 ottobre 2018 si applicherà, sempre, il nuovo art. 5, comma 6, T.U. Imm. nella formulazione che è al contempo l'effetto del d.l. n. 113/2018, che ha eliminato i seri motivi umanitari, e del d.l. n. 130/2020 che ha reinserito il doveroso rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali.

2.2 L'efficacia nel tempo delle nuove norme contenute nel nuovo testo dell'articolo 19, comma 1.1. T.U. Imm.

Lo stesso criterio di giudizio può esser adottato per determinare la portata dell'art. 15 del d.l. n. 130/2020 sul nuovo art. 19 T.U. Imm. Com'è noto si è ritenuto che la norma costituisse attuazione del "principio di non refoulement" sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato e dall'art. 3 CEDU.

La portata della norma ha sempre avuto un raggio più ampio della procedura di esame delle domande di protezione internazionale (nella quale operava in ipotesi di ricorrenza di una causa di esclusione della protezione internazionale eventualmente riconoscibile). Avendo la norma trovato distinta applicazione, al di fuori del procedimento di protezione internazionale, ogniqualvolta l'Amministrazione avesse riconosciuto la sussistenza della condizione di cui all'art. 19, comma 1, T.U. Imm., ovvero quando l'Autorità giurisdizionale fosse chiamata a valutare la legittimità di un provvedimento di espulsione o respingimento precedentemente adottato nei confronti del cittadino straniero o la domanda di estradizione o di mandato di cattura europeo. Il permesso di soggiorno correlato alle ipotesi di divieto di respingimento, non integranti fattispecie di protezione internazionale od impedite dalla sussistenza di causa di esclusione, prima del d.l. n. 113/2018 era individuato ai sensi dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008 nel permesso previsto dall'art. 5, comma 6, T.U. Imm.

Ma il vecchio testo dell'art. 19 1.1. T.U. Imm è stato, dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 1, del d.l. n. 130/2020, integralmente sostituito dal seguente: «*1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione*

relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.».

Il nuovo testo contiene, come evidenzia la relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 130/2020, "una complessiva riformulazione" diretta a dare piena attuazione agli artt. 3 ed 8 CEDU. Un intervento dunque di portata del tutto differente da quello attuato sull'5, comma 6, T.U. Imm., cui pure è testualmente connesso.

Ne consegue che le conclusioni cui si è pervenuti nell'esame della portata dell'art. 15 del decreto con riferimento all'art. 5, comma 6, T.U. Imm. non possono esser riprodotte con riferimento a questa distinta modifica.

Qui non si è più in presenza di una *modifica della modifica* contenuta nel precedente d.l. n. 113/2018, ma di una sostituzione integrale che non incontra i limiti di efficacia temporale delle precedenti modifiche, come quelle sulle quali è invece intervenuta la modifica apportata all'art. 5, comma 6, T.U. Imm.

In questo senso milita anche un passaggio importante della *Relazione illustrativa* al disegno di legge di conversione del d.l. n. 130 del 2020, ove si afferma che la previsione dell'art. 15 d.l. cit. ha lo scopo di prevenire le incertezze interpretative sull'applicabilità del nuovo assetto normativo ai procedimenti in corso, in particolare «evitando la presentazione di nuove istanze, domande o ricorsi».

Se questo è vero, il nuovo art. 19, commi 1.1. e 2, avrà, per effetto dell'art 15 del d.l. n. 130/2020, efficacia dalla data di entrata in vigore e con riferimento a tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari pendenti, con il solo limite posto dalla norma ai giudizi che conseguono ad un annullamento con rinvio, disposto dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

Il nuovo art. 19 T.U. Imm. potrà convivere dunque, in relazione ai procedimenti relativi alle domande presentate prima del 5 ottobre 2018, con il vecchio testo dell'art. 5, comma 6, T.U. Imm., avendo la maggiore estensione materiale propria del principio di *non refoulement*, ulteriore rispetto alle situazioni giuridiche vantate con domanda amministrativa di protezione internazionale[7].

[7] Per una disamina più ampia del rapporto tra diritto costituzionale di asilo (e sue forme di attuazione) da una parte e principio di *non refoulement* dall'altra, sia consentito rinviare a L. MINNITI, *Il nucleo e l'orbitale del diritto costituzionale d'asilo"*, in E. SCISO (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa,* Giappichelli, Torino, 2020, pp. 295 ss.

La conferma di questa impostazione, che vede distinti ed affiancati i presupposti del diritto costituzionale di asilo e del principio di non respingimento, potrebbe ricavarsi anche dalle modifiche intervenute nella legge di conversione del d.l. n. 130/2020, che – come risulta dal testo sopra riportato – ha aggiunto all'art. 19 T.U. Imm., comma 1.1, primo periodo, dopo le parole: «inumani o degradanti», le seguenti: «o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6», con ciò estendendo alla previsione delle situazioni protette dagli obblighi costituzionali e internazionali di cui all'art. 5, comma 6, T.U. Imm. il richiamo del permesso per protezione speciale; chiudendo in tal guisa il cerchio del sistema dei permessi di soggiorno e trasferendo dall'art. 5, comma 6, T.U. Imm., dove era collocato il permesso per seri motivi umanitari, all'art. 19 T.U. Imm. la norma attuativa del sistema dei permessi di soggiorno generati dal diritto costituzionale di asilo, ma diversi dalle misure di protezione maggiori[8].

Per il futuro la disciplina degli strumenti attuativi del diritto costituzionale di asilo e del principio internazionale di *non refoulement* risulta avere un quadro normativo più certo e chiaro. Quello per cui, fatti salvi gli obblighi costituzionali ed internazionali, diversi ed ulteriori che dovessero gravare sullo Stato italiano, sarà la norma di attuazione del principio sovranazionale di non respingimento (e non più l'istituto del permesso di soggiorno per seri motivi umanitari) ad operare come clausola di salvaguardia dei diritti umani degli stranieri, per il tramite del nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 19, comma 1.2, T.U. Imm., rilasciabile in attuazione vuoi degli obblighi costituzionali o internazionali di protezione dello straniero, vuoi degli obblighi convenzionali, previsti nella CEDU, da bilanciarsi, con esclusivo riferimento ai rischi di violazione *della vita privata e familiare,* con le ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute.

2.3 L'efficacia nel tempo delle modifiche ai permessi per casi speciali.

L'art. 1, comma 1, lett. e), n. 3, del d.l. n. 130/2020, ha previsto che nell'art. 19, al comma 2, lettera d-bis), T.U. Imm., primo periodo, le parole «condizioni di salute di particolare gravità» sono sostituite dalle seguenti: «gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie». E poi, alla lett. f), che all'articolo 20-bis T.U.

[8] "Le ipotesi di vulnerabilità che giustificavano in passato il riconoscimento della protezione umanitaria da parte dei tribunali erano numerose e sempre nuove: si pensi alla vulnerabilità per quanto accaduto nel Paese di transito, per la presenza di conflitti a bassa intensità nel Paese di origine, per emergenze sanitarie che pure non incidano in modo grave sulla salute al momento della richiesta di protezione" così si evidenzia alla nota 13, p. 9, della citata Rel. N. 94 del 20 novembre 2020 della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo.

Imm.: "1) al comma 1, le parole «contingente ed eccezionale» sono sostituite dalla seguente: «grave»; 2) al comma 2, le parole «per un periodo ulteriore di sei mesi» sono soppresse, la parola «eccezionale» è sostituita dalla seguente: «grave» le parole «, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro» sono soppresse.

Si tratta dei permessi per casi speciali introdotti dal d.l. n. 113/2018 per soggetti in *condizioni di salute di particolare gravità* o espatriati *per contingente ed eccezionale calamità*, con efficacia (per le domande ante 5 ottobre 2018) non sostitutiva della protezione umanitaria di cui all'art. 5, comma 6, del T.U. Imm.

Il d.l. n. 130/2020 ha ampliato i presupposti per il riconoscimento di tali permessi sostituendo le espressioni ed incidendo sulle clausole restrittive che hanno di fatto reso molto raro il riconoscimento del diritto. Dal punto di vista della disciplina transitoria poiché i permessi previsti dal d.l. n. 113/2018 avevano presupposti più limitati rispetto a quelli per il rilascio del permesso per seri motivi umanitari, si riteneva che, in relazione ad essi si dovesse pervenire alle stesse conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite in relazione all'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari. In difetto di espressa previsione di norma transitoria il permesso di soggiorno per gravi motivi umanitari si è ritenuto che potesse trovare applicazione alle domande anteriori al 5 ottobre 2018, anche quando la protezione fosse giustificata solo da motivi di salute o di calamità.

Per la stessa ragione esposta in relazione alle modifiche apportate all'art. dell'art. 5, comma 6, T.U. Imm, la modifica contenuta nel d.l. n. 130/2020, ampliativa dei presupposti della disciplina della protezione per casi speciali, introdotta dal d.l. n. 113-2018, non può, ai sensi dell'art. 15 del d.l. n. 130-2020, superare il limite della efficacia nel tempo della norma modificata, applicabile solo alle domande presentate dopo il 5 ottobre 2018.

Anche qui, come in relazione all'art. 5, comma 6, T.U. Imm. si dovrebbe ritenere che la immediata applicazione prevista nell'art. 15 del d.l. n. 130/2020 sia delimitata, con riferimento ai procedimenti in corso, solo alla portata della modifica concernente l'ampliamento dei presupposti per il riconoscimento del permesso per casi speciali, la cui efficacia nel tempo è circoscritta alle domande proposte dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018.

3. La efficacia "verticale" dell'art. 15 del d.l. n. 130/2020.

L'art. 15, comma 1, nel prevedere l'immediata applicabilità del novum del d.l. n. 130/2020 ai processi in corso davanti alle Sezioni specializzate non contempla i giudizi pendenti davanti alle Corti d'appello (necessariamente introdotti prima

dell'entrata in vigore, il 18 agosto 2017, del decreto legge c.d. "Minniti-Orlando" che ha eliminato il doppio grado per queste controversie).

Prevede invece, espressamente, l'esclusione dell'ipotesi prevista dall'articolo 384, comma 2, del codice di procedura civile (giudizio di rinvio a seguito di annullamento disposto dalla Cassazione).

Quanto al primo aspetto, dalla omissione della menzione dei procedimenti di appello sembra possa ricavarsi la conferma delle sopra esposte interpretazioni.

Il fatto che il legislatore non abbia contemplato i processi pendenti davanti alle Corti d'appello si spiega con il dato cronologico inconfutabile per cui essi non possono che esser tutti relativi a domande amministrative proposte prima del 5 ottobre 2018, dato che il giudizio di appello è stato abrogato in data anteriore, dal suddetto decreto legge Minniti-Orlando.

Per tale motivo non si pone neppure astrattamente il problema dell'applicabilità della disciplina sostanziale del d.l. n. 130/2020 ai giudizi pendenti in appello, perché essi hanno, e non possono che avere, ad oggetto domande presentate prima del 5 ottobre 2018, considerato che, per quanto sopra esposto, il d.l. n. 130 ha un limite alla sua *retroattività* nel giorno di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018.

Stessa spiegazione dovrebbe trovare l'esclusione del giudizio di rinvio a seguito di annullamento disposto dalla Corte di Cassazione. Sembra da escludersi che possano pendere giudizi di rinvio a seguito di annullamento, disposto da parte della Corte di Cassazione, con riferimento a decisioni giudiziarie relative a domande amministrative successive al 5 ottobre 2018. ma presentate in data anteriore al 22 ottobre 2020.

Resta la lacuna con riferimento alle decisioni riservate ai Giudici di Pace pendenti alla data di entrata in vigore del dl 130/2020 ed implicanti il più ampio divieto di respingimento di cui all'art. 19, comma 1.1, T.U. Imm. come modificato dal d.l. n. 130/2020.

In merito a tali procedimenti si potrebbe riscontrare una incongruente disarmonia, forse di rilievo costituzionale, per quei procedimenti pendenti alla data del 22 ottobre 2020.

4. Conclusioni

L' opzione interpretativa proposta in questo breve commento, fondata su una articolata distinzione degli effetti nel tempo delle modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020 convertito, con modifiche, con legge n. 173/2020, individua nel diverso regime temporale di efficacia delle nuove norme lo strumento per dare continuità cronologica e garanzia di attuazione alla protezione dei diritti umani dello straniero in Italia, attraverso la doppia clausola aperta contenuta nell'art. 5, comma 6, T.U. Imm. e nell'art. 19 1.1. T.U. Imm.: di attuazione l'una del diritto costituzionale di

asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost. e l'altra dell'obbligo di non respingimento di matrice internazionale. Entrambi sono assistiti, sul piano amministrativo, dal permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 19 T.U. Imm. al quale, dopo il comma 1.1 è stato inserito il comma 1.2, con la previsione di rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale per tutte le diverse ipotesi "ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1.", tra le quali la legge di conversione ha inserito il doveroso rispetto degli obblighi costituzionali.

Tale proposta interpretativa mira inoltre ad evitare il rischio di incongrue e forse incostituzionali differenziazioni, come problematica conseguenza del riconoscimento di gradi di protezione differenti in ragione del diverso organo giudiziario davanti al quale è pendente il procedimento alla data di entrata in vigore della novella[9].

Come si è tentato di argomentare essa costituisce il portato di una ricostruzione sistematica del diritto di asilo e del principio internazionale di non refoulement, ricostruzione che – muovendo dal nucleo di tutela di cui all'art. 10, comma 3, Cost. a protezione del rischio di violazione delle libertà democratiche nel paese di rimpatrio – irradia la tutela dello straniero a determinate specifiche condizioni previste dalla legge ordinaria, inclusa la tutela della vulnerabilità dello straniero che, pur sempre minacciata dal rimpatrio, può sorgere dalle condizioni personali dello straniero riscontrabili nel nostro paese[10], indipendenti quindi dai fattori espulsivi prodotto dalle condizioni subite nel paese di origine.

[9] Rischio questo ben rappresentato dal prospetto sinottico inserito nella Relazione del Massimario cit. alla nota 4.

[10] C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia On Line*.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA ISSN 2281-2113

Francesco Biagi[*], Justin O. Frosini[**], Jason Mazzone[***] (a cura di), *Comparative Constitutional History. Volume 1: Principles, Developments, Challenges*, Brill, Leiden, 2020, pp. 1-285

Indice disponibile all'indirizzo: https://brill.com/view/title/54257

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2021

Suggerimento di citazione
Segnalazione di Francesco Biagi, Justin O. Frosini, Jason Mazzone (a cura di), *Comparative Constitutional History. Volume 1: Principles, Developments, Challenges,* Brill, Leiden, 2020, pp. 1-285*,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Francesco Biagi è ricercatore t.d. in Diritto pubblico comparato nell'Alma mater studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: francesco.biagi4@unibo.it. Justin O. Frosini è professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università commerciale "Luigi Bocconi" di Milano. Indirizzo mail: justin.frosini@unibocconi.it. Jason Mazzone è Albert E. Jenner, Jr. Professor of Law nell'University of Illinois di Urbana e Champaign. Indirizzo mail: mazzonej@illinois.edu.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Accompanying the spread of constitutional government around the world has been a profound interest in the comparative aspects of constitutional law. Scholars have catalogued the differing features of national constitutions and examined how different constitutional systems resolve common legal issues. So, too, judges faced with legal questions have sought guidance in the decisions of constitutional and supreme courts of other nations. While comparative constitutional *law* is therefore a well-established field, less attention has been paid so far to the comparative dimensions of constitutional *history*.

This is a major shortcoming. Authoritative comparative legal scholars have repeatedly pointed out the crucial importance of history in comparative studies. Pierre Legrand, for example, argues that the quality of comparison "not only depends on the brute knowledge" of foreign law, but also "on the depth of a reflection which requires [the comparative scholar] to move to planets that are *a priori* unknown to him, such as anthropology, linguistics, sociology, history, cognitive psychology, and philosophy".[1] Without such an interdisciplinary approach, Legrand contends, the comparative scholar risks "regard[ing] social problems and their legal treatment as occurring in a cultural vacuum", perpetuating "the kind of dreary positivism which relegates comparative legal studies to a technical exercise whose output is deeply flawed […]"[2]. Similarly, Peter Häberle underscores that research in comparative constitutional law demands taking into consideration the "cultural diversity" of constitutional experience[3]. A comparison "among cultures" itself requires sensitivity to historical factors and, when done successfully, allows comparative scholars to reach a deeper understanding not only of the law in the books but also of the law in action[4].

Prominent Italian scholars have long urged attention to the historical dimension of comparative legal studies. Gino Gorla, for example, paraphrasing Frederic William Maitland, argues that "comparison involves history". In his opinion,

---

[1] PIERRE LEGRAND, *Le droit comparé* (Presses Universitaires de France 1999) 27.

[2] PIERRE LEGRAND, 'The Same and the Different' in PIERRE LEGRAND & RODERICK MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) 276-277.

[3] See PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Duncker & Humblot 1998) 28 ff.

[4] See PETER HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer* (Duncker & Humblot 1992) 3 ff. With regard to the distinction between law in the books and law in action see HAROLD C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research* (Cambridge University Press 1946); TULLIO ASCARELLI, 'Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato' in *Saggi di diritto commerciale* (Giuffrè 1955) 508; KARL H. NEUMAYER, 'Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé' in MARIO ROTONDI (ed.), *Buts et méthodes du droit comparé* (Cedam 1973) 505 ff.

historical perspectives are essential to understanding the "spirit of each legal system"[5]. Paolo Ridola also stresses the need to study constitutional law from an historical-comparative perspective: only in this way, according to Ridola, is it possible to move beyond formalities and fully understand different constitutional "experiences"[6]. Angelo Antonio Cervati stresses that "understanding a constitutional system always requires an historical sensitiveness and a capacity to identify the fundamental values explaining the institutional choices, directing the interpretation of the norms, and holding the whole legal system currently in force"[7]. Likewise, in his "Introduction to Comparative Constitutional Law", Giovanni Bognetti argues that: "the comparative constitutional scholar, more than other comparative scholars, […] can and should take account of the historical data provided by other disciplines such as the history of political thought, political science, sociology of law, political history, and so on". According to Bognetti, "[a]ll these data, provided by various disciplines, are necessary for the comparative constitutional scholar, who will find them extremely useful and indispensable"[8]. It is no accident that the subtitle of Bognetti's last book, "The American Constitution and Italian Constitutionalism", is "An Essay in Comparative Constitutional History"[9].

Despite calls for a stronger historical approach, comparative constitutional history remains an underdeveloped field. Few scholars identify their major research area as comparative constitutional history and the field lacks the large and prominent professional organizations that exist for scholars of comparative constitutional law.

Beginning in 2014, researchers at the University of Illinois College of Law, the University of Bologna School of Law, and the Center for Constitutional Studies and Democratic Development (CCSDD) have aimed to energize the comparative study and analysis of constitutional history by organizing a regular series of academic conferences on the topic. These conferences, which bring together scholars from around the world, alternate between Bologna and Chicago[10]. The present volume contains a set of essays that were first prepared for and presented

[5] GINO GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (Giuffrè 1981) 42.

[6] See in particular PAOLO RIDOLA, *Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale* (Jovene 2019).

[7] ANGELO ANTONIO CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale* (Giappichelli 2009) 21.

[8] GIOVANNI BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato* (Giappichelli 1994) 178-179.

[9] GIOVANNI BOGNETTI, *The American Constitution and Italian Constitutionalism. An Essay in Comparative Constitutional History* (Clueb 2008).

[10] For more information on the conference series, see https://www.ccsdd.org/constitutionalhistory.cfm

at the third conference on "Constitutional History: Comparative Perspectives", held in Bologna on November 13 and 14, 2017.[11]

The chapters in this volume demonstrate that comparative constitutional history holds considerable promise for engaging and innovative work along several key avenues of inquiry. Central to comparative work in constitutional history is an understanding of the origins and design of constitutional governments and of the sources that have impacted the ways in which constitutional systems began and evolved. Four chapters in this volume take up these issues (*Part 1*). Mark Somos shows the value of historical studies of the migration of legal ideas across constitutional systems. He reports on an under-appreciated exchange between Germany and the United States in the early part of the nineteenth century: collaborations between the Göttingen School and the American historian George Bancroft that brought to the United States the Göttingen approaches to comparative constitutional studies and influenced Bancroft's own famous *History of the United States*—with, in turn, a feedback influence upon the writings out of the Göttingen School on such issues as colonialism and international political economy.

Gohar Karapetian is likewise interested in her chapter on sources of legal concepts but she focuses also on how such concepts become entrenched as legal rules. Karapetian takes up one of the cornerstones of constitutionalism: citizenship. By examining how two European countries, France and the Netherlands, have formed and implemented very different conceptions of the citizenship status of residents of their overseas territories, Karapetian demonstrates that as a result of different historical circumstances, citizenship and its accompanying rights can radically vary even among countries from a single region.

Justin Frosini and Viktoriia Lapa offer a detailed account of the origins and significance of the preamble to the Ukrainian Constitution. Their careful case study sheds light on the struggles that lie behind the development of the constitution in Ukraine. More broadly, these authors demonstrate the rich significance that preambles hold for understanding the drafting and adoption of constitutions around the world and for discerning constitutional meaning.

Miguel Manero de Lemos tackles a set of complex issues related to the constitutional status of the Basic Law of Hong Kong. His chapter traces how, within a few decades after the return of Hong Kong to the People's Republic of China (PRC), the views of PRC officials on the meaning of the 1984 Joint Declaration with Great Britain and the ensuing 1990 Basic Law have radically shifted so as to deny treaty obligations mandating a separate constitution for Hong

[11] The essays presented at the second Illinois-Bologna conference, held in Chicago on April 12 and 13, 2016, were published in the *University of Illinois Law Review*, vol. 2017, no. 2.

Kong and to subordinate the Basic Law to the PRC Constitution. Highlighting an ongoing struggle between common law and socialist methods of interpretation that has contributed to the drift in legal meaning, Lemos examines some paths forward that may preserve the original plan for one nation with two systems.

Every country that adopts a constitution confronts basic questions of how to allocate powers among branches of government and governmental actors—and how to ensure that powers so allocated remain within their designated domains. Two chapters in this volume (*Part 2*) examine different approaches to allocating power and the results, at times unanticipated, of choices made. Francesco Biagi's chapter demonstrates the difficulties of constitutional reform when, as a result of long historical practice, the executive branch is able to dominate over other governmental actors. In examining the systems of separation of powers in North Africa and the Middle East following the 'Arab Spring', Biagi shows that most Arab constitutions have preserved an extremely high concentration of power in the head of state—with the result that illiberal regimes have continued to rule. Biagi shows how in the countries he studies the persistence of weak separation of powers has resulted from a lingering influence of prior constitutional traditions, the use of top-down reform processes in seeking constitutional change, and some distinct external forces that have undermined efforts to escape from an authoritarian past. Biagi concludes that except for Tunisia, where, for reasons he explains, democratic reform has been more successful, concentrated executive power has largely contributed to hindering the positive outcome of the transition processes.

Catherine Andrews examines the development in Mexico in the early nineteenth century of institutional mechanisms to protect the constitutional order from abuses of power. Rejecting conventional accounts that emphasize the influence of the U.S. Constitution, Andrews reports instead that in its constitutional arrangements Mexico has been more heavily influenced by developments in France and Spain, with Mexico itself reworking devices developed in those two countries for maintaining the integrity of constitutions including firmly separated powers.

Three chapters focus on judicial authority and its limits (*Part 3*). Gonçalo de Almeida Ribeiro seeks to explain why the system of judicial review in Portugal differs from that of other European nations. In particular, as he notes, ordinary courts in Portugal themselves conduct judicial review (rather than leaving it to a specialized constitutional court); decisions of ordinary courts may then be appealed to the constitutional court; but, with few exceptions, a decision of the constitutional court has only *inter-partes* effect. These features place the Portuguese system of constitutional justice in a peculiar middle ground between the decentralized model, epitomized by American-style judicial review, and the centralized model, the dominant form in Europe. Ribeiro rejects conventional

accounts that trace the modern system of judicial review in Portugal to established practices pre-dating the creation of constitutional courts in Europe. Instead, he explains, the existing system originates in efforts following the Revolution of April 25, 1974 to balance revolutionary and democratic elements in the constitutional order and to reduce the risks of militarization. Ribeiro contends that, as a product of historical circumstances, the Portuguese system lacks any theoretical coherence and that the consequence is a series of difficulties in the operation of the Constitution that have proven challenging to overcome.

In recent years there has been growing attention to courts reviewing not just ordinary legislation for its compatibility with the constitution but also — under the doctrine of unconstitutional constitutional amendments — examining whether amendments to a constitution itself are lawful. Mario Alberto Cajas-Sarria brings new insights to this area through his close examination of practices in Colombia. Today, the Colombian Constitutional Court is known for aggressively asserting powers of judicial review including the power to review constitutional amendments. Cajas-Sarria shows, however, that contrary to most understandings of the practice, the origins of judicial review of constitutional amendments in Colombia originate not in recent global trends but rather in concerns, several decades ago, on the part of Colombian judges with constitutional amendments that would limit judicial authority.

Fabian Duessel examines the origins and evolution of the mechanism of constitutional complaint — allowing an individual to directly file a claim with a constitutional court to remedy a violation of fundamental rights — in South Korea and Taiwan. As Duessel explains, comparisons between these two countries are useful because they share some important similarities, including a legacy of Japanese colonialism, strong post-World War II influence of the United States, authoritarianism during the Cold War, successful democracy movements in the 1980s, and, today, active constitutional courts. Duessel reports that the legal systems of both South Korea and Taiwan are heavily influenced by practices in Germany where the constitutional complaint is a key mechanism for protecting individual rights. Nonetheless, Duessel finds that while both South Korea and Taiwan have some form of constitutional complaint, the mechanism in both nations has traditionally been considerably weaker than it is in the German model. In addition, he shows, there are important differences in how constitutional complaints operate in South Korea and Taiwan — and the likely future trajectory of this mechanism in each country. Duessel highlights the significance of a new law adopted in Taiwan in 2019 (to take effect in 2022) that provides for a potentially robust form of constitutional complaint in that country. The result, he suggests, is that Taiwan may move closer to the German model in the future. By comparing two East Asian democracies with significant similarities, Duessel's chapter sheds

light on the ways in which on-the-ground conditions influence the evolution of legal mechanisms imported form another system.

The chapters in this volume focus on different historical periods and different countries and they take up distinct issues. Nonetheless, the analysis the essays provide and the conclusions they draw bear on basic questions of the design, operations, and effects of constitutions — questions that are in many respects universal and timeless. Not surprisingly, while the chapters all make valuable contributions to our understandings of constitutions, no author claims to have uttered the final word. The volume thus also serves to invite further study of the comparative aspects of constitutional history.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Le Sezioni Unite sulle immunità degli Stati (sent. n. 20442 del 2020): un'evoluzione soltanto apparente

CHIARA VENTURINI*

Nota a Cassazione Civile, SS.UU., sentenza del 28 settembre 2020, n. 20442. Disponibile all'indirizzo: https://canestrinilex.com/assets/Uploads/pdf/cb377b6f2c/2020-SSUU-giurisdizoine-danni-crimini-umanita-canestriniLex.pdf .

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le motivazioni e la consuetudine. – 3. Il problema delle sentenze interpretative di rigetto. – 4. Il problema dell'effettiva tutela per le vittime del Terzo Reich.

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

C. VENTURINI, *Le Sezioni Unite sulle immunità degli Stati (sent. n. 20442 del 2020): un'evoluzione soltanto apparente,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Indirizzo mail: ventu.chiara@virgilio.it.

1. Introduzione

Con la sentenza n. 20442 del 28 settembre 2020, la Suprema Corte di Cassazione si è nuovamente pronunciata sulla questione delle immunità dello Stato dalla giurisdizione del foro straniero a fronte di domande di risarcimento dei danni causati dalla commissione di *crimina iuris gentium*.

La presente disamina si focalizzerà su due aspetti che la decisione mette particolarmente in luce. Il primo concerne gli effetti della sentenza 238 del 2014 della Corte costituzionale sulle decisioni dei giudici di merito, diversi dal giudice *a quo*: le problematiche principali sembrano, infatti, essere connesse alla natura di sentenza interpretativa di rigetto di quella pronuncia, come il caso in esame mostra. In secondo luogo, si tenterà di evidenziare la perdurante mancanza di effettività della tutela giurisdizionale, in virtù del rispetto che continua ad essere assicurato alla consuetudine internazionale che prevede l'immunità statale dalla giurisdizione esecutiva.

Prima di procedere al commento della decisione della Suprema Corte, è necessario richiamare brevemente la questione, pur ampiamente esplorata in dottrina[1]. La materia del contendere concerne il risarcimento del danno nei

[1] *Ex multis*, A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643; C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 738; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court decision on the Ferrini case*, in *European Journal of Int'l Law*, 2005, pp. 89 ss.; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 9/2015, pp. 61-83; E. SCISO, *Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity*, in *Vand JTL*, 44/2011, pp. 1201 ss.; B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale applica la teoria dei contro limiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 527; E. SCISO, *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte Costituzionale 238/2014,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 887 ss.; B. CONFORTI, *La Cour Costitutionelle italienne et les droits de l'hommes mecunnus sur le plan international*, in *Revue General de Droit international Public*, 2015, p. 353; E. CANNIZZARO, *Jurisdictional immunities and judicial protection: the decision of the Italian constitutional court n .238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2015, p. 126; C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5/2014, p. 3891; A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Foro italiano*, 4/2015, pp. 1166-1171; P. VERONESI, *Colpe di Stato, I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2017; P. TORRETTA, *Giudicare la storia. Crimini di guerra immunità giurisdizionale degli Stati diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

confronti delle vittime, o dei loro eredi, di crimini di guerra commessi dal Terzo *Reich* nel corso della Seconda Guerra mondiale sul territorio italiano. Come è noto, a partire dal 2004[2] gli organi giurisdizionali italiani si sono allineati nel negare l'immunità dello Stato straniero dai procedimenti civili che lo vedono convenuto nei giudizi aventi ad oggetto richieste di risarcimento danni avanzate da cittadini italiani. Tale condotta ha integrato (ed integra) un illecito internazionale, come è stato accertato dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012, che si è pronunciata sulla controversia internazionale sorta a tal proposito con la Repubblica Federale di Germania e che ha visto l'Italia soccombente[3].

Le origini della controversia sono note; in questa sede preme analizzare le argomentazioni della Suprema Corte per comprendere se la recente decisione rappresenti effettivamente la "quadratura del cerchio" o se, come probabilmente è, si sia ancora lontani dal poter affermare che i diritti fondamentali dell'individuo costituiscano un'eccezione all'applicazione delle norme internazionali sull'immunità degli Stati.

La pronuncia della Cassazione non sembra aggiungere nulla di nuovo all'annoso dibattito che vede i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale contrapposti alla consuetudine internazionale che impedisce l'esercizio della giurisdizione di cognizione nei confronti di uno Stato straniero. Da una prima lettura della decisione, si nota la volontà di attribuire estremo rilievo al *dictum* della sentenza 238 del 2014 della Consulta, con la conseguenza che ad oggi, contrariamente a quanto avvenuto nel caso di specie, è difficile pensare che un giudice di merito possa discostarsi dal principio in essa contenuto. È evidente che le Sezioni Unite hanno inteso rafforzare quanto già autorevolmente sostenuto e confermare la sussistenza della giurisdizione italiana di cognizione nelle domande di risarcimento dei danni causati dalla commissione di crimini internazionali.

---

[2] Cass. sez. un., sent. 11 marzo 2004, n. 5044, caso Ferrini.

[3] Corte Internazionale di Giustizia, sent. del 3 febbraio 2012 *Germania c. Italia*, in *I.C.J. Reports*, 2012, p. 99 ss. Sul punto *ex multis*, F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 350 e ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra Germania ed Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 232; J.C. BARKER, *International Court of Justice: jurisdictional immunities of the state (Germany vs. Italy) judgement 3 February 2012*, in *ICLQ,* vol. 62, July 2013 pp. 741–752; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustiza sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?,* in *Rivista di diritto internazionale,* 2012, pp. 444 ss.; A. CIAMPI, *The international Court of justice between reason of State and demand for justice by victims of serious international crimes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 375 ss.

Come prevedibile, all'esito del giudizio di legittimità la sentenza della Corte di appello[4] è stata cassata con rinvio poiché, nel garantire l'immunità alla Germania, non era conforme all'orientamento giurisprudenziale determinatosi in seguito alla sentenza della Corte costituzionale del 2014. Secondo le Sezioni riunite, contrariamente a quanto affermato in appello, la giurisprudenza italiana non attribuirebbe più carattere assoluto all'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti *iure imperi* quando essa sia contrapposta al rispetto dei diritti fondamentali della persona[5].

Nonostante tutto ciò, la pronuncia delle Sezioni Unite merita di essere letta con attenzione e valutata sia alla luce dell'ordinamento interno, che del diritto internazionale.

2. Le motivazioni e la consuetudine

Una prima breve considerazione verte sulla struttura delle motivazioni della Cassazione. Esse si dedicano ad una ricostruzione storica: la Suprema Corte descrive la materia nella sua evoluzione, citando la giurisprudenza più risalente, in ragione della quale riesce a fare emergere un orientamento chiaro e definito, senza spendersi in una nuova argomentazione e senza confrontarsi direttamente con il diritto internazionale generale. Non è un caso, infatti, che, seppur citati, i precedenti contrari all'orientamento maggioritario siano messi in ombra e puntualmente giustificati con rimandi allo *jus superveniens*.

Orbene, l'*iter* argomentativo dei casi richiamati non è sempre perfettamente sovrapponibile - posto che lo scostamento è minimo -, quindi, la Corte avrebbe potuto in questa occasione adottare una lettura univoca ed esplicitarla con il fine di appore un *sigillo* definito e valevole *pro futuro*. Tra le principali sentenze menzionate si ha, quale *leading case*, il caso Ferrini del 2004. In quel contesto, per la prima volta la Cassazione, a Sezioni Unite, affermò che la norma internazionale che vieta violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani non avrebbe potuto subire limitazioni di applicazione nell'ordinamento italiano in virtù dell'immunità degli Stati stranieri, trattandosi di due norme con rango diverso: la prima dal valore imperativo, la seconda meramente consuetudinaria. In realtà, nelle decisioni del 2008 che le Sezioni Unite citano[6], la Cassazione assume un tono meno assertivo nell'affermare che la norma internazionale che detta la prevalenza della tutela dei diritti fondamentali sulle immunità si sia completamente formata ed operi senza ostacoli. In aggiunta, in quelle sentenze essa si dichiara consapevole di promuovere

[4] Corte di appello di Firenze, sent. n. 2945 del 17 dicembre 2018.

[5] Cass. sez. un, sent. 20442 del 28 settembre 2020, par. 1.2.

[6] Cass. sez. un., 29/05/2008, (ud. 06/05/2008, dep. 29/05/2008), n.14201; Cass. sez. un., 29/05/2008, (ud. 06/05/2008, dep. 29/05/2008), n.14209; Cass., sez. I, 20/05/2011, n. 11163.

lo sviluppo della prassi internazionale, così riconoscendo che l'eccezione alla regola sarebbe ancora in formazione.

L'attività compiuta dalla Corte di cassazione rispetto alla norma consuetudinaria in questi primi casi è peculiare: rileva nel rispetto di una norma di diritto cogente un'eccezione alla consuetudine sull'immunità[7], risolvendo in questo senso il caso concreto e allo stesso tempo dando avvio ad una corrente giurisprudenziale nazionale. Ebbene, in questa operazione di "confronto" con la norma consuetudinaria le recentissime Sezioni Unite non si sono spese. Al contrario, le stesse si sono principalmente basate sulla constatazione della presenza di un granitico orientamento contrario all'applicazione dell'immunità statale dalla giurisdizione nel caso in oggetto e, in ragione di questo, hanno cassato la decisione del giudice di appello.

Certamente alla Suprema Corte di Cassazione non sarà sfuggito che la consuetudine internazionale resta attualmente in linea con quanto rilevato dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012[8]. La maggioranza delle corti, sia straniere che internazionali, riconosce l'immunità allo Stato anche in casi di procedimenti attinenti a gravi violazioni dei diritti umani, e questo significa che la formazione di una norma consuetudinaria che faccia eccezione all'immunità è lontana dal verificarsi[9]. Pertanto può affermarsi che il diritto internazionale generale non offra ad oggi ampi spazi per rilevare una modifica alle norme consuetudinarie in oggetto.

---

[7] Sul diritto cogente come eccezione si veda A. DE HOOGH, *The Compelling Law of Jus Cogens and Exceptions to Peremptory Norms. To Derogate or Not to Derogate, That Is the Question*!, in L. BARTELS and F. PADDEU (a cura di), *Exceptions in International Law*, OUP, 2020, pp. 128-149.

[8] In estrema sintesi e per dovere di completezza, la Corte internazionale di giustizia afferma che l'immunità consiste nell'impossibilità di convenire in giudizio (civile) uno Stato anche se la domanda concerne i danni derivanti da violazioni gravi dei diritti umani (par. 82). L'immunità, secondo la Corte internazionale, rappresenta una norma dal carattere procedurale, da cui deriva un difetto di giurisdizione che impedisce al giudice statale di entrare nel merito. Sempre secondo la Corte dell'Aja non vi è contrasto con le norme di diritto cogente, poiché i piani su cui le diverse regole operano sono differenti (par. 92). Per tali ragioni l'Italia, condannando la Germania al risarcimento dei danni ha violato il diritto internazionale generale (par. 107). Si deve aggiungere che La Corte internazionale, e la stessa Germania, hanno riconosciuto il carattere internazionalmente illecito della condotta in causa; ma la Corte ha specificato che le conseguenze di tale illecito producono effetti sul piano internazionale nel rapporto tra gli Stati interessati.

[9] Corte cost. tedesca caso *Distomo*, 2006, 2 BvR 1476/03; Corte eur. dir. Uomo, *Al-Adsani v. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, del 21 novembre 2001, *Lechouritou v. Germania e altri 26 Paesi europei*, ricorso n. 37937/07, del 3 aprile 2012; *Jones e a. c. Regno Unito*, ricorso n. 34356/06 e 40528/06, del 14 gennaio 2014.

Sul rapporto tra diritto internazionale e attività del singolo organo giurisdizionale si precisa che la Consulta, con la sentenza 238 (par. 3.1), sembrerebbe aver imposto al giudice di merito un obbligo: interpretare il diritto internazionale secondo il principio di conformità, cioè come risulta applicato nel suo ordinamento di origine. Ne conseguirebbe il vincolo per gli organi giurisdizionali di rilevare la norma consuetudinaria sull'immunità così come interpretata a suo tempo dalla Corte internazionale di giustizia, quindi priva di eccezioni. Si tratta di un vincolo che non ha ragion d'essere secondo il diritto internazionale, perché ogni giudice ha la facoltà di rilevare la consuetudine e di applicarla[10], in quanto parte del diritto applicabile nel nostro ordinamento.

Ed allora, rispetto al caso di specie, preme una considerazione. Alla luce dell'impossibilità di rilevare una modifica della regola consuetudinaria sull'immunità (sia in ragione del principio di conformità, sia perché una modifica, probabilmente, non vi è ancora), la Corte di cassazione avrebbe potuto tentare un'operazione ermeneutica[11] utilizzando come parametro interpretativo dell'immunità la regola che vieta agli Stati l'uccisione o la lesione di stranieri sul proprio territorio (c.d. *tort exception*)[12], e facendo ricadere il caso specifico in tale eccezione, oppure ricostruendone una sulla base dell'analogia con la *tort exception*[13]. Nell'impossibilità di rilevare una consuetudine modificata nel senso di

[10] Per un approfondimento sul punto A. GIANELLI, *Il principio di conformità nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale generale da parte del giudice interno*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni,* XXIV Convegno Annuale SIDI, 2020, pp. 219-232.

[11] La questione dell'interpretazione delle norme consuetudinarie è tutt'altro che pacifica per la dottrina internazionalistica, P. MERKOURIS, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato's Cave*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, posto che la necessità del passaggio interpretativo era già stata evidenziata dal Kelsen ne *La drottirna pura del diritto*. Le norme consuetudinarie sono norme non scritte, pertanto risulta difficile distinguere la loro rilevazione dalla loro interpretazione. Un esempio pratico della difficoltà di separare le due operazioni può rintracciarsi proprio nel caso *Germania c. Italia* del 2012. Sul punto si veda R. DI MARCO, *Customary International Law: Identification v. Interpretation,* in P. MERKOURIS, J. KAMMERHOFFER, N. ARAJÄRVI (a cura di), *The Theory and Philosophy of Customary International Law and Its Interpretation*, in corso di stampa.

[12] Per usare le parole della ICJ, con territorial tort exception si intende "The essence of the first Italian argument is that customary international law has developed to the point where a State is no longer entitled to immunity in respect of acts occasioning death, personal injury or damage to property on the territory of the forum State, even if the act in question was performed *jure imperii*", sent. del 3 febbraio 2012 *Germania c. Italia*, in *I.C.J. Reports*, 2012, p. 99 ss, par. 62.

[13] Per semplificare, le eccezioni alle norme consuetudinarie sono quelle situazioni a cui la norma consuetudinaria non si applica, poiché esterne allo scopo della norma (S.T.

prevedere un'eccezione all'immunità per i *crimina iuris gentium*, la Cassazione avrebbe potuto tentare altre vie per motivare l'annullamento della sentenza di appello. Una motivazione in tal senso avrebbe avuto il rilevante effetto di costituire un elemento di prassi nazionale utile ad una futura rilevazione di una modifica della consuetudine[14]. Purtroppo, però, le Sezioni riunite hanno preferito non misurarsi con il diritto internazionale generale, facendo leva invece sull'esistenza di un orientamento giurisprudenziale interno cristallizzato.

3. Il problema delle sentenze interpretative di rigetto

Nella sua ricostruzione la Suprema Corte, poi, rende conto del *revirement* dovuto alla necessità di uniformarsi alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2012, che ha accertato la violazione da parte dello Stato italiano della regola sull'immunità e che obbliga l'Italia ad impedire ogni futura violazione

---

HELMERSEN, *The Prohibition of the Use of Force as Jus Cogens: Explaining Apparent Derogations*, in *Netherlands International Law Review*, 2014, pp. 167 ss., p. 176), o meglio, sembra potersi affermare che la caratteristica chiave di una eccezione è che essa emerge dalla relazione di due norme: la prima che prescrive un certo comportamento e la seconda che in determinate occasioni esime dal tenere quel dato comportamento (C. OAKES FINKELSTEIN, *When the Rule Swallows the Exception*, in L. MEYER (a cura di), *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Frederick Schauer*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 150. Per un approfondimento sull'interessante tema delle eccezioni e delle deroghe nel diritto internazionale si veda L. BARTELS, F. PADDEU, (a cura di), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020. Questo ragionamento potrebbe essere applicato alla *tort exception*, poiché concerne una situazione "esterna" alle immunità statali, cui le stesse potrebbero non essere applicate. Inoltre, affermare che esiste una eccezione alla norma consuetudinaria contribuisce a rafforzare la convinzione della sussistenza della medesima, poiché indica la consapevolezza dell'interprete di agire in modo difforme dalla vigente regola generale (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America*, sentenza del 1986, in ICJ Rep 14, 100–101, p. 98).

[14] Cfr. Conclusione n.13 della Commissione del diritto internazionale che afferma "Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules" (ILC, "Draft conclusions on identification of customary international law", 70° sessione (2018), UN Doc. A/73/10, par 65); Corte cost., sent. del 22 ottobre 2014, n. 238, par. 3.3. In cui la Corte manifesta la volontà di contribuire ad una modifica dell'immunità statale per gli atti iure imperii, vista con favore da B. CONFORTI (a cura di M. IOVANE), *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, pp. 282-283. Sul ruolo delle corti nello sviluppo della norma consuetudinaria anche S. FORLATI, *Interpretazione giudiziale e sviluppo del diritto internazionale*, in *Ars interpretandi*, 1/2020, pp. 51 ss.; F. SALERNO, *Le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, pp. 291-328.

dell'immunità tedesca ad opera dei giudici di merito. Come è noto, a detta pronuncia ha fatto seguito la sentenza 238 del 2014 della Corte costituzionale, che ha invece ritenuto non applicabile, nell'ordinamento italiano, tale regola internazionale nel caso di specie. La Cassazione riporta le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale, rispetto a ciascuna delle tre questioni di legittimità definite[15]. È evidente il ruolo della decisione per ciò che concerne l'applicazione delle regole sulle immunità; allo stesso tempo, però, è chiaro che la natura di sentenza interpretativa di rigetto ha avuto delle conseguenze sull'uniforme applicazione del *dictum* della sentenza 238 del 2014.

Quest'ultima avrebbe dovuto eliminare ogni dubbio per i giudici di merito circa il principio da applicare quando vi sia un contrasto tra immunità e domande di risarcimento per i danni derivanti da crimini internazionali di Stati. Eppure, stando al caso in oggetto, pare che i giudici di prime e seconde cure non siano unanimi nel riconoscere negli artt. 2 e 24 Cost. un controlimite alle immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del foro. Le ragioni di tale ritrosia potrebbero essere rinvenute proprio nella natura della celebre sentenza del 2014. È interessante notare come, invece, le Sezioni Unite nelle motivazioni attribuiscano alla sentenza interpretativa di rigetto valore vincolante per tutti i giudici nazionali, conferendole una *vis* che forse ontologicamente non avrebbe.

Ne deriva una forza vincolante che *scavalca* le logiche standard e giunge a sancire un principio applicabile da tutti gli organi giurisdizionali nazionali; quantomeno questa è la lettura che vi attribuisce la Corte di Cassazione.

Ad ogni buon conto, la scelta della Corte costituzionale di procedere con questa tipologia di decisione sembra essere stata dettata da ragioni pratiche e politiche. In effetti, una declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe sicuramente avuto un effetto dirompente: il valore *erga omnes* avrebbe costretto ogni giudice a proseguire con i procedimenti nei confronti della Germania, rendendo l'Italia internazionalmente responsabile per l'illecito ed eliminando *de plano* la norma

[15] Corte cost., sent. del 22 ottobre 2014, n. 238. La prima questione verteva sulla legittimità costituzionale della norma prodottasi nell'ordinamento italiano per il meccanismo di adattamento ex arti. 10 Cost. che avrebbe imposto il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione della Repubblica Federale di Germania, dichiarata inammissibile; la seconda verteva sull'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 di esecuzione alla Carta di San Francisco del 1945, nella parte in cui obbliga gli Stati a dare esecuzione alle sentenze della CIG, accolta; la terza verteva sull'art. 3 della legge 3 del 2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale a negare la propria giurisdizione quando il convenuto è la Germania. Sul punto si veda C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra contro l'umanità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 5, pp. 3891-3899; M. BRANCA, *Il punto sui "contro limiti"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 5, pp. 3899 ss.; M. LUCIANI, *I "controlimiti" e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, pp. 84 ss.

consuetudinaria delle immunità (o la relativa norma di adattamento) dall'ordinamento. Al contrario, dichiarare la questione inammissibile avrebbe avuto un effetto più blando, lasciando ad un controllo diffuso dei giudici di merito la verifica del rispetto della Carta fondamentale[16]. Dunque, la soluzione percorsa dalla Corte, che ha scelto di dichiarare la questione non fondata e indicare la corretta interpretazione delle norme, ha definito l'indirizzo ermeneutico per il futuro. L'aver risolto il conflitto con una sentenza correttiva, la quale ha valore formalmente solo *inter partes*, non esime gli altri giudici che si trovino a decidere questioni simili da una valutazione sulla compatibilità della norma consuetudinaria con l'art. 24 Cost., qualora non intendano adottare la lettura fornita nel 2014. Se infatti la Corte ha indicato una via per fugare i dubbi di costituzionalità, ciò non toglie che un giudice ordinario possa giungere ad una interpretazione diversa, ma pur sempre rispettosa del principio sancito dalla Consulta. La sentenza interpretativa di rigetto genera, infatti, un obbligo negativo consistente nel non adottare interpretazioni difformi dal principio sancito dalla Corte costituzionale per tutti gli altri giudici. Il compito dell'interprete resta quello di non tradire il diritto di accesso al giudice e la Consulta ha indicato una via possibile per evitare che ciò avvenga; da qui deriva la tendenza delle corti ad uniformarvisi.

Le Sezioni Unite notano come, dal 2014 in poi, ogni corte nazionale si sia conformata a quanto statuito dal Giudice delle leggi. Ed allora, la sentenza della Corte d'appello, proprio perché nettamente contraria all'orientamento maggioritario, non poteva superare il vaglio del giudizio di legittimità[17]. Essa,

[16] Autorevole dottrina sostiene che questa sarebbe stata la strada da percorrere perché o la norma non è sindacabile perché internazionale ed appartenente ad un altro ordinamento o essa ha fatto ingresso nell'ordinamento ma è divenuta insindacabile perché contrastante con i principi fondamentali (M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, pp. 84-93).

[17] La Cassazione accoglie il ricorso, dichiara fondato il primo motivo, basato sulla errata interpretazione della sentenza della Corte costituzionale ed assorbiti gli altri due: il secondo vertente sulla rinuncia all'immunità da parte della Germania ed il terzo fondato sulla decisione della Corte di appello di ritenere non vincolante la statuizione delle Sezioni Unite tra le parti che sanciva la sussistenza della giurisdizione italiana.

Rispetto a quest'ultimo motivo è interessante che la Cassazione non ritenga opportuno pronunciarsi sul regolamento di giurisdizione intervenuto tra le medesime parti per la medesima causa risalente al 2008. La questione della sussistenza della giurisdizione viene, difatti, dipanata con il primo motivo di ricorso, senza che si faccia alcun riferimento al risalente regolamento di giurisdizione che aveva visto soccombere la Germania. Sarebbe stato interessante osservare che posizione la Corte avrebbe preso rispetto alla statuizione antecedente alle modifiche derivanti dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia concretizzatesi nella legge n. 5 del 2013, in un giudizio di legittimità che verte sulla medesima questione.

infatti, richiama le questioni a suo tempo sollevate dal Tribunale fiorentino, ma le definisce nient'altro che nobili intenti, non convincenti, non suscettibili di avere seguito e decide di non tener conto dell'orientamento costituzionalmente definito[18].

Dall'analisi della giurisprudenza successiva al 2014, emerge che le corti italiane non hanno più accolto l'eccezione di difetto di giurisdizione puntualmente sollevata dalla Repubblica Federale[19]. Ciò nonostante, la Corte di appello di Firenze ha deciso in senso difforme. A fronte della mancanza di un obbligo giuridico diffuso di seguire l'interpretazione del Giudice delle leggi, la pronuncia delle Sezioni Unite trova il proprio fondamento nella necessità di cristallizzare con una loro pronuncia l'orientamento costituzionale.

È evidente, da un lato, che la decisione del giudice di appello sia criticabile, proprio per non avere tenuto conto della giurisprudenza costituzionale in materia di immunità e per non aver ricercato un'interpretazione costituzionalmente conforme. Dall'altro lato, è chiaro, però, che in un'ottica internazionalistica la decisione si conforma espressamente alla sentenza della Corte internazionale di giustizia. Ebbene, grazie alla decisione delle Sezioni riunite che fa propria la presa di posizione della Consulta, il giudice di merito oggi è agevolato nella ricerca della regola da applicare nei circoscritti casi di contrasto tra immunità statale e crimini internazionali. Forse è proprio sotto questo aspetto che si apprezza la recente decisione delle Sezioni Unite: le stesse, hanno colto l'occasione di confermare e rafforzare quanto già statuito dalla Corte costituzionale, facendo uso, a tal fine, degli strumenti di diritto interno.

In una prospettiva internazionalistica, preme ricordarlo, anche la decisione in oggetto costituisce un illecito internazionale, poiché concretizza una condotta antigiuridica posta in essere da un organo statale[20]. Rispetto alla condotta italiana,

[18] Cass. sez. un, sent. 20442 del 28 settembre 2020, considerato in fatto.

[19] Trib. Firenze sentenze n. 2649 e n. 2648 del 06/07/2015; Tribunale di Piacenza sent. n. 722/2015; Trib. Firenze sez. II, sent. n. 691 del 22/02/2016; Ord. Tribunale di Sulmona 02.11.2017, causa n. 20/2015 R.G.A.C.C; Trib. Brescia, 09/07/2019, *Foro it.*, anno 2019, parte I, col. 4105; Corte di appello Firenze sez. II, 12/11/2019, n. 2694; Corte di appello Firenze sez. II, 15/11/2019, (ud. 24/09/2019, dep. 15/11/2019), n. 2715; Cass. sez. un., sentenze 9097/2015 e 9098/2015. E. SCISO, *Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity*, in *Vand JTL*, vol. 44, 2011, pp. 1201 ss.; A. CIAMPI, *The Italian court of cassation asserts civil jurisdiction over Germany in a criminal case relating to the second world war: the Civitella case*, in *Journal of international criminal justice*, 3/2009, pp. 597-615.

[20] Del resto, ai sensi del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001, artt. 2 e 4, la violazione di una norma internazionale, nel caso di specie le immunità statali dalla giurisdizione di cognizione, genera responsabilità internazionale dello Stato a cui l'organo appartiene ed impone degli obblighi di riparazione e cessazione a favore dello Stato che subisce l'illecito. Sulla qualifica dell'illecito si permetta il rinvio a C. VENTURINI, *La*

da tempo la Repubblica Federale di Germania ha invocato con una nota diplomatica (nota verbale 2/2015, RK 553.32[21]) la responsabilità italiana, senza che però, da tale azione, siano derivate conseguenze pratiche. Nonostante l'apparente fase di stallo, dovuta anche alla mancata esecuzione delle sentenze di condanna, l'Italia è nella condizione di poter essere destinataria di varie misure, come contromisure tedesche o misure adottabili dal Consiglio di sicurezza *ex* art. 94.2 Carta ONU.

4. Il problema dell'effettiva tutela per le vittime del Terzo Reich

Si è, quindi, giunti al secondo punto della presente disamina che si concentra sull'effettività della tutela riservata ai ricorrenti nei processi di merito contro lo Stato tedesco, la quale, inevitabilmente, passa per la fase esecutiva delle sentenze di condanna. È, in effetti, vero che nessuna corte si è pronunciata sull'applicabilità della regola circa l'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione esecutiva, in quanto la questione non è mai stata sollevata in giudizio[22]. Per la medesima ragione, a suo tempo, la Consulta espressamente evitò di soffermarvisi[23].

È chiaro, però, che la fase esecutiva è un punto nevralgico per rendere effettiva la garanzia dei diritti individuali: affermare che sussiste un diritto ad un processo porta con sé la conseguenza di dare effettività alla statuizione che ne deriva, soprattutto se essa prevede una liquidazione di somme a titolo risarcitorio, peraltro spesso unica forma possibile quando viene compromesso il bene della vita. Ne consegue che una sentenza che condanna ad un risarcimento del danno, se non ha la possibilità di essere eseguita, contravviene il dettato dell'art. 24 Cost[24].

---

controversia Germania-Italia a cinque anni dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2014, in *Quaderni del Dottorato di ricerca di Diritto Pubblico*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 297-315.

[21] Par. 5 e 7, disponibile online https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2232368/c7a677b55f971b682c26ca24b07f8b11/staatenimmunitaet-vn-ita-original-data.pdf.

[22] Corte di cassazione, sez. un., sent. n. 20442, del 28 settembre 2020, p. 1.2, della sentenza non si specifica se la "giurisdizione civile" sia quella di mera cognizione o anche quella esecutiva.

[23] Corte costituzionale, sent. n. 238/2014, Considerazioni in diritto, p.1.

[24] L'esecuzione di una sentenza è parte essenziale del diritto di accesso al giudice, Corte eur. dir. uomo, *Horsnby c. Grecia*, sent.19 marzo 1997, appl. 18357/91. Anche il Commentario ai *Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, del 1991 inquadra il processo di merito e l'esecuzione come due fasi indipendenti e separate. L'immunità nella seconda fase può venire meno se lo Stato acconsente, se indica il bene come aggredibile, se il bene è in uso per scopi non pubblicistici e non commerciali e si trova sul territorio dello Stato del Foro. Il Commentario afferma: "*The practice of States has evidenced several theories in support of immunity from execution as separate rom and not*

L'immunità dalla giurisdizione esecutiva, infatti, si concretizza nell'impossibilità di rivalersi sui beni di proprietà dello Stato straniero destinati ad un fine pubblicistico. Rispetto all'esecuzione delle sentenze di merito contro la Repubblica Federale, ciò che svuota la tutela degli individui così come definita all'art. 24 Cost. è la difficoltà pratica di rinvenire su suolo italiano un bene su cui potersi rivalere, a fronte di una mancata corresponsione di somme a titolo di risarcimento da parte del soccombente.

D'altro canto, va sottolineato che non garantire l'immunità dall'esecuzione ad uno Stato integrerebbe un nuovo illecito internazionale e presumibilmente la nascita di una nuova controversia.

La giurisprudenza di legittimità non ha mancato di pronunciarsi sul punto. In particolare, la sent. 14885 del 2018 ha affermato che la validità del titolo esecutivo non necessariamente implica che il bene possa essere aggredibile, appunto in ragione del fine a cui è destinato. In una seconda statuizione, sent. 21995 del 2019, la Suprema Corte ha ricordato che è dovere istituzionale dei giudici di cognizione e dell'esecuzione dare seguito a quanto sancito dalla Consulta nel 2014, ferma restando la non rilevanza di un difetto di giurisdizione nella fase esecutiva, anche quando questo sia stato fatto valere in fase di cognizione. I due momenti processuali sono infatti distinti, come distinte sono le immunità che possono essere fatte valere nell'uno e nell'altro, con la conseguenza che quelle attinenti all'esecuzione riguardano i beni e la loro intangibilità[25].

Proprio a tale proposito, si ricorda che in Italia il legislatore ha reso ancora più complessa l'esecuzione forzata su beni stranieri, con chiari effetti sui casi pendenti e concernenti le controversie tra cittadini italiani e Germania. Nel 2014 è stata emanata una disposizione che tutt'oggi rende impossibile aggredire conti correnti

---

interconnected with immunity from jurisdiction […] the question of immunity from execution does not arise until after the question of jurisdictional immunity has been decided in the negative and until there is a judgement in favour of the plaintiff. Immunity from execution may be viewed, therefore, as the last bastion of State immunity. If it is admitted that no sovereign State can exercise its sovereign power over another equally sovereign State (par in parem imperium non habet), it follows a fortiori that no measures of constraint by way of execution or coercion can be exercised by the authorities of one State against another State and its property" (par. 2 p. 56). Cfr. B. CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 558 ss.; O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni: quale tutela effettiva per le vittime di gravi crimini compiuti dagli Stati esteri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 1237-12451.

[25] Cass. sentenze 14885 del 2018 e in particolare sentenza n. 21995 del 2019, sul punto L. BAIADA, *Ancora sull'esecuzione su beni di Stato estero*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it/articolo/ancora-sull-esecuzione-su-beni-di-stato-estero_20-09-2019.php.

appartenenti a Stati esteri, qualora il Capo della missione diplomatica dello Stato straniero abbia provveduto a dichiarare che le somme depositate su quel conto siano adibite a pubbliche funzioni (art. 19-bis l.162/2014[26]). Ciò rende altamente improbabile che si rinvenga sul suolo italiano un bene che possa essere oggetto di esecuzione ed al tempo stesso vanifica ogni tentativo di eseguire le sentenze di merito.

Deve, quindi, confermarsi che l'immunità dall'esecuzione rappresenta *de facto* uno stabile presidio all'immunità degli Stati[27], questi ultimi, del resto, sembrano propendere per soluzioni alternative[28], esterne all'ambito processuale.

5. Conclusioni

Lo stato dell'arte rivela che in materia di immunità, se anche la giurisprudenza di legittimità ha definitivamente consacrato la possibilità di esercitare la giurisdizione civile di cognizione, tale sforzo appare in pratica vano[29]. Una sentenza di merito che liquida il risarcimento del danno a favore di una vittima di crimini di Stato è sicuramente un titolo valido, ma non liquidabile per mancanza di beni aggredibili.

Ne consegue che, nonostante il "rinforzo" fornito dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza in commento, una tutela effettiva per le vittime delle

[26] Sul punto B. CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 558 ss.

[27] Cfr commento art. 18 Commentario al Progetto di articoli sulle immunità degli Stati e le loro proprietà, Crf. O. LOPES PEGNA, *Breach of the jurisdictional immunity of a state by declaring a foreign judgement enforceable?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 1074-1088.

[28] La dottrina si è pronunciata sul punto a più riprese: in situazioni di questo genere la via diplomatica sembra essere l'unica risorsa per i privati. Certo è che ad oggi l'Italia non solo non ha provveduto a soddisfare i propri cittadini tramite l'istituto del pagamento del terzo (con un intervento nei procedimenti esecutivi), ma neanche ha adottato altre misure a tutela degli istanti. Sul punto G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 1035 ss.; F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c Italia, Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 350 ss.; P. PALCHETTI, *Judgement 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a way out*, in *QIL, Zoom Out*, II, 2014, pp. 44 ss.

[29] Per usare le parole di un celebre studioso: il parametro costituzionale dell'art. 24 Cost impone il rispetto del principio di effettività il quale dovrebbe essere assicurato "per tutto quello e proprio quello" che il processo è chiamato ad offrire per la protezione del bene della vita ad oggi rimane disatteso (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli 1935 (ristampa del 1965), pp. 39 ss.).

gravi violazioni commesse dal *Terzo Reich* ed i loro eredi sembra lontana[30]: sia perché da un lato ancora residuano ritrosie da parte dei giudici di merito - teoricamente non vincolati al *dictum* della sentenza 238 del 2014-, sia perché l'immunità dall'esecuzione rende pressoché impossibile eseguire le sentenze di condanna nei confronti della Germania. La pronuncia della Corte costituzionale genera, infatti, ancora idiosincrasie sia per quanto concerne l'ordinamento interno che quello internazionale, rispetto al quale non pare possa dirsi ancora formata una consuetudine - anche particolare[31] - che identifichi nella tutela dei diritti individuali un'eccezione alle immunità degli Stati. Tutto ciò comporta che l'Italia continua ad essere responsabile di diversi fatti illeciti sul piano internazionale. Per quanto riguarda in particolare la mancata esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2012, ciò comporta una seria perdita di credibilità dell'Italia quanto a Stato rispettoso del diritto internazionale.

[30] O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni: quale tutela effettiva per le vittime di gravi crimini compiuti dagli Stati esteri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 1237-1245, in part. pp. 1240-1241.

[31] Le consuetudini particolari sono norme che vincolano un gruppo di Stati accomunati dall'appartenenza ad una zona geografica o che hanno aderito ad un trattato. Esse sono da ammettersi quali fonti di diritto internazionale idonee a modificare o abrogare patti tra gli appartenenti al gruppo. Nel caso in esame, la giurisprudenza italiana resta quasi isolata nell'affermare che la tutela dei diritti dell'individuo merita di prevalere sulle immunità, pertanto appare ancora difficile che si possa rilevare la formazione di una norma consuetudinaria in tal senso, nonostante la prassi sia più fluida oggi rispetto al passato, cfr. A. GIANELLI, *Consuetudine [dir. Int.],* in *Enc. Giur. Traccani*, disponibile all'indirizzo https://www.treccani.it/enciclopedia/consuetudine-dir-int_%28Diritto-on-line%29/.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Emilio Dolcini, Fabio Fiorentin, Davide Galliani, Raffaello Magi, Andrea Pugiotto* (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-336

Indice disponibile all'indirizzo:
www.giappichelli.it/media/catalog/product/summary/9788892136083.pdf

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2021

Suggerimento di citazione
Segnalazione di Emilio Dolcini, Fabio Fiorentin, Davide Galliani, Raffaello Magi, Andrea Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-336, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Emilio Dolcini è Professore emerito di Diritto penale nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: emilio.dolcini@unimi.it. Fabio Fiorentin è Magistrato ordinario presso l'Ufficio di sorveglianza di Venezia. Davide Galliani è Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: davide.galliani@unimi.it. Raffaello Magi è Consigliere della Corte suprema di Cassazione. Andrea Pugiotto è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Ferrara. Indirizzo mail: andrea.pugiotto@unife.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Il volume che presentiamo ai lettori prosegue idealmente *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, pubblicato nel luglio 2019. Abbiamo pensato di mantenerne la struttura: una prima parte di riflessioni e una seconda parte di documentazione. Siamo convinti che ogni giurista persegua sempre uno scopo pratico, essendo pratico il sapere del quale si occupa, il diritto. Inoltre, anche se parzialmente cambiati gli autori, rimane la scelta di base: giuristi sono i professori universitari in materie giuridiche e i magistrati, nel nostro caso, nelle vesti di commentatori.

Oltre al tema dell'ergastolo ostativo, in questo nuovo libro il lettore troverà anche quello del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41 bis, II c., ord. penit. Non può essere un caso che di entrambe le questioni si siano occupate di recente la Corte europea dei diritti umani e la Corte costituzionale, oltre alla magistratura di sorveglianza e al giudice di legittimità. La svolta è iniziata. La variante ostativa della pena perpetua ha i giorni contati. Dal regime detentivo differenziato stanno progressivamente uscendo le previsioni unicamente afflittive, che nulla hanno da spartire con il fine dichiarato di evitare i collegamenti con la criminalità organizzata. Il nostro è un ragionevole ottimismo, vorremmo dire di essere costituzionalmente speranzosi.

Sempre rispetto al libro precedente, in questo sono aumentati i contributi che commentano le sentenze. Come si potrà notare scorrendo l'indice, ci siamo confrontati con *Provenzano v. Italia* e *Viola v. Italia n. 2* della Corte di Strasburgo e con le sentenze nn. 253 e 263 del 2019 della Corte costituzionale. Sono tutte riflessioni critiche, nel senso etimologico: presenti i sostegni, insieme alle perplessità. In fondo, non è forse il senso critico il cuore pulsante del giurista?

Un'ulteriore particolarità. Nella parte seconda trova spazio anche la relazione finale in materia di art. 4 bis ord. penit. della Commissione parlamentare antimafia. Un documento che non può passare inosservato. Se, nelle proposte di riforma, appare particolarmente problematico, non si può negare che muova da una premessa ampiamente condivisibile. Proviamo a sintetizzarla. Per troppo tempo il Parlamento si è girato dall'altra parte. Ora è il momento di cambiare rotta, serve prendere sul serio, in modo particolare, la questione dell'ergastolo ostativo. D'altro canto, in precedenti relazioni erano state evidenziate talune criticità anche del regime detentivo differenziato.

2. In effetti, il diritto penale costituzionale mal si presta ad essere considerato una sorta di orticello, recintato da muri invalicabili, come fosse di esclusiva proprietà di alcuni. Gli attori che devono calcarne la scena sono diversi. Da chi decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo, a chi domanda, ai giudici interni, di sollevare una questione di costituzionalità. Da chi, in formazione di Camera o di Grande Camera, da Strasburgo rende giustizia convenzionale, compresi coloro che stendono opinioni separate, a chi, in ambito interno, giudica rilevante e non

manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità. Da chi rende giustizia costituzionale, a chi, dal seggio parlamentare, ne comprende il significato più profondo.

Senza considerare che una parte consistente del diritto penale costituzionale è plasmata dalla comunità degli studiosi, quasi fossero partecipi di quella comune esperienza che, in questo ambito, risulta convergere attorno agli assi portanti della civiltà giuridica europea. Paul Ricoeur, dopo aver creato un gruppo a difesa del pensiero, pensò bene di descrivere il senso degli intellettuali riferendosi ad una sorta di *cospiratori dell'universalità*. A noi pare che sui fondamentali e sugli universali la comunità degli studiosi stia sempre più convergendo, e questo non è un segnale di poca rilevanza. Le Università non possono deperire in compiti burocratici. Devono stimolare approcci trasversali, avendo di mira i grandi problemi, quelli universali[1].

3. Prima di soffermarci sulla struttura del volume, sentiamo utile spendere qualche considerazione sul diritto alla speranza. Al pari della dignità umana, anche la speranza va maneggiata con cura. A differenza della dignità umana, il diritto alla speranza ha molto a che fare con la responsabilità, individuale e collettiva. Non vogliamo sostenere che la dignità umana abbia connotati unicamente statici, tuttavia è qualcosa che non si acquista per meriti e non si perde per demeriti, come da tempo ripete Gaetano Silvestri. Il diritto alla speranza, invece, ha una connotazione marcatamente dinamica. Lo Stato non può precludere la speranza, ad esempio ricorrendo a presunzioni e automatismi assoluti. Questo attiene alla responsabilità collettiva, la nostra. Non di meno, molto si gioca in termini di responsabilità individuale: al giudice è indispensabile dimostrare che l'imperativo della rieducazione ha fatto il suo corso, e che, di conseguenza, il suo peso sulla bilancia è prevalente rispetto alla pericolosità.

Potrebbe essere di aiuto qualche cenno etimologico, cercando di cogliere quelle che Günther Anders ha definito le vibrazioni di senso delle parole.

Speranza e umanità hanno molto in comune. Speranza deriva dalla *spes* latina, figlia della *spa* sanscrita. E *spa* significa tragitto, attraversamento. Dal canto suo, umanità deriva da *homo*, legato ad *humus*, terra, in particolare terra fertile (Dio, per la Genesi, plasmò l'uomo con la polvere del suolo). Si può sostenere che speranza e umanità indichino *costruzioni* e che, in entrambi i casi, il punto di

[1] Da un certo punto di vista, la decisione della Consulta di riformare le norme integrative, ammettendo nuovi e diversi interventi di parti terze, può essere letta anche come la necessità di allargare piuttosto che restringere il rendere giustizia costituzionale. Attendiamo il nuovo passaggio, vale a dire l'introduzione delle opinioni separate.

partenza sia costituito dall'essere umano. Se si vuole, in quanto al mondo (la dignità umana), in quanto responsabile (la speranza)[2].

Sarebbe eccessivo sostenere che l'umanità è speranza e che il senso di umanità è senso della speranza? Riteniamo di no, ma dietro al diritto alla speranza vi è qualcosa di ulteriore. È come se compendiasse tutti quelli che sono i tratti costituzionalmente necessari dell'esecuzione penale: la risocializzazione, la progressività trattamentale, la flessibilità delle pene, il vaglio del giudice e il divieto di automatismi e presunzioni assoluti. Il diritto alla speranza ha la stessa matrice di fondamento del senso di umanità, e poi allarga la sua influenza, rivestendo di sé ogni ambito del diritto penale costituzionale.

4. Si potrebbe anche dire che la speranza è esperienza, e quindi ancora una volta responsabilità. Questa sembra la traiettoria che ha voluto seguire Ann Power-Forde, la quale, nel concorrere in *Vinter*, ha discusso di *right to hope* e di *experience of hope*. Anche in questo caso, soccorre l'etimologia.

In inglese, *experience* suona al pari di *example*, *experiment*, *exportation*, volendo *enterprise*. Laborioso, esportabile, sperimentale, esemplare, appunto esperienziale. In tutti i casi, siamo alle prese con un movimento, un percorso. Una vera e propria aspettativa*, expectation*. Se aggiungiamo *hope*, la cui desinenza è chiara, il risultato è che stiamo discutendo di un tragitto che riguarda l'uomo, la sua responsabilità. In poche parole: *experience of hope* esprime un concetto unitario. Che in italiano suona ancora più evidente: esperienza della speranza sembra addirittura una ripetizione, tanto sono contigui nel loro significato i due termini. La speranza è esperienza, riguarda l'uomo in quanto tale, ma chiama in causa anche la sua responsabilità, ciò che sta fuori (*es-peranza*).

Insomma, la dignità umana e la speranza sono sorelle, e da parte sua la speranza è come se fosse il ponte con la società, che non si può interrompere, se non interrompendo ogni volta se stessi. Anche se descritta come la più piccola rispetto alle due grandi sorelle (fede e carità), in realtà la speranza è quella che le tira, è quella che sempre ricomincia. Utilizzando le parole che Papa Francesco ha rivolto alla polizia penitenziaria, ai cappellani delle carceri e ai detenuti, la speranza è la fiammella, il diritto alla speranza è il diritto di ricominciare. La speranza è più della vita, secondo Emil Cioran. In questo, assomiglia molto alla dignità. Ma la speranza è anche una fede, qualcosa in cui credere, anzi è la fede da preferire, sostiene Charles Péguy, che la descrive sempre in riferimento al farsi dell'uomo, alla sua esperienza.

[2] La Relazione 2020 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale si apre con una riflessione sulla speranza, ricostruita anche in termini di responsabilità individuale.

Anche per questo, lo diremo a momenti, il diritto alla speranza è inarrestabile. Non potrebbe essere altrimenti. Ne abbiamo una concreta prova nell'ordinanza con la quale la I sezione della Corte di Cassazione ha sollevato la questione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo, questa volta rispetto alla domanda della liberazione condizionale. Il collegio ha deciso di scriverlo nero su bianco, questo inarrestabile diritto alla speranza. Un diritto che ha molto da spartire con la dignità del detenuto, ma che, allo stesso tempo, è qualcosa di diverso, da coltivare, utilizzando le precise parole del giudice di legittimità.

5. Veniamo alla struttura del volume. La parte prima si apre con un saggio di Emilio Dolcini su *Pena e Costituzione*, nel quale il testo costituzionale è descritto al pari di un ordito normativo nel quale tutto si tiene insieme. Il senso di umanità e la rieducazione, ma anche il principio personalista e il principio di eguaglianza, così come il principio di legalità, tutti insieme capaci di forgiare la forma di Stato disegnata dai nostri Costituenti. In questa prospettiva, non mancano le avvertenze sul come utilizzare correttamente (in senso costituzionalmente orientato) quello che in molti purtroppo riducono ad un vuoto slogan, la certezza della pena.

Seguono due scritti che passano al microscopio la sentenza *Provenzano* della Corte di Strasburgo. Uno, di Raffaello Magi, tenta di smorzare le ingiuste critiche piovute negli attimi immediatamente successivi alla decisione, la quale di certo si inserisce nei precedenti della giurisprudenza convenzionale. Semmai, evidenzia l'autore, sono due gli interrogativi sui quali riflettere: l'inquadramento giuridico del regime detentivo differenziato (una sorta di misura di prevenzione atipica?) e la necessità (oramai ineludibile) di un intervento del legislatore lungo la completa giurisdizionalizzazione dell'applicazione del regime detentivo differenziato.

L'altro scritto, di Davide Galliani, ricostruisce nei minimi particolari (anche fattuali) il caso *Provenzano*, seguendo per filo e per segno il ragionamento dei giudici di Strasburgo e il confronto intavolato con le decisioni interne, non mancando di elogiare il più che convincente esito finale. Le considerazioni si concentrano anche sulla prassi dei decreti di rinnovo fotocopia, che altro non sono che una sorta di automatismo *sui generis*. Il caso di specie richiedeva, per la ennesima proroga, motivazioni individualizzate. Non averlo fatto significa aver violato la dignità del detenuto, considerato al pari di un oggetto, la cui detenzione aveva oramai solo una valenza simbolica, e quindi era inumana e degradante.

È poi la volta delle valutazioni sul caso *Viola*, con il quale la Corte di Strasburgo ha valutato contrario alla dignità umana il nostro ergastolo ostativo, basato su una presunzione legislativa assoluta incompatibile con la Convenzione. Il primo contributo è di Fabio Fiorentin, e offre al lettore una prospettiva di analisi di ampio respiro. Affronta le tematiche poste dal ricorso, i principali snodi motivazionali della Corte e il possibile (necessario) seguito interno, imbastendo un dialogo con

il nostro giudice costituzionale e la sentenza n. 253 del 2019, rispetto alla quale si evidenziano gli iniziali seguiti presso la giurisprudenza di legittimità.

Il secondo scritto è di Emilio Dolcini, il quale coglie le novità introdotte dalla sentenza *Viola* discutendone in termini di affermazione del principio di umanità della pena, in questo modo dipanando un solidissimo filo con la Costituzione e la Corte costituzionale. Umanità della pena, rieducazione, dignità dell'uomo: sono questi gli assi portanti messi a valore nello scritto, che, partendo da *Vinter*, attraversando la Commissione Palazzo e gli Stati generali dell'esecuzione penale, approdano nella giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 149 del 2018 e nella sentenza n. 253 del 2019. Se il destino dell'ergastolo ostativo appare segnato, sostiene l'autore, dobbiamo riconoscenza ai giudici di Strasburgo.

Chiude il trittico di commenti a *Viola* il saggio di Davide Galliani e Andrea Pugiotto, redattori e primi firmatari dell'*amicus curiae* valorizzato nella sentenza dei giudici europei. La difficoltà di considerare veramente libera la scelta di collaborare utilmente con la giustizia. La verosimile, ma non vera, equivalenza tra collaborazione e rieducazione. Le false riducibilità della pena perpetua. Fino alla criticità della tesi secondo la quale, per contrastare la mafia, l'ordinamento può ricorrere sempre a strumenti dichiaratamente emergenziali. Queste e altre sono le tematiche approfondite, a fronte di una sentenza che sembra dipingere particolarmente bene il quadro, compresa qualche pennellata a tinte forti. Scritto quando ancora era pendente il *referral* in Grande Camera, se ne prevedono gli esiti: il consolidamento giurisprudenziale è una faccenda seria, ancora di più quando riguarda il centro del sistema creato dalla Convenzione, quella dignità umana così prossima al diritto alla speranza.

5.1. La parte prima prosegue con analisi e riflessioni sulla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. La Consulta decide di attenersi al beneficio del permesso premio, tuttavia, da una parte, dichiara incostituzionale la presunzione legislativa assoluta in riferimento a tutti i reati previsti dallo straripante I comma dell'art. 4 bis ord. pen., e quindi non solo rispetto alla partecipazione e alla agevolazione ex art. 416 bis c.p.; dall'altra parte, il giudice costituzionale sfodera passaggi talmente profondi ed efficaci da rendere più che probabile un suo successivo intervento, allorquando sarà la volta della liberazione condizionale.

Discutendo della n. 253 con molti magistrati, di quelli che non popolano tutti i giorni la televisione, abbiamo avuto la netta sensazione che il giudizio complessivo sia largamente positivo. In tanti hanno detto di essere al cospetto di una sentenza da prendere sul serio. Un aggettivo, serio, che rimanda a *scrivo* e *scrio*, quindi a *creatus*, nel senso di naturale e vivo.

Il contributo di Davide Galliani e Raffaello Magi commenta a caldo la sentenza n. 253, evidenziandone i passaggi più significativi, che sembrano costituire un vero e proprio punto di non ritorno. Allo stesso modo, in un'ottica costruttiva, non

mancano appunti critici, specie per quanto riguarda il nuovo requisito del pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. Sebbene il giudice costituzionale ne dichiari la diretta derivazione dal testo costituzionale, sarebbe stato auspicabile un maggiore sforzo in termini di tassatività. A ciò dovrà rimediare la magistratura di sorveglianza, come sempre con l'ausilio della Cassazione, che da tempo, proprio in tema di tassatività, sta spendendo molte energie.

Seguono due ampi saggi di Andrea Pugiotto, il primo incentrato sempre sulla sentenza n. 253, il secondo anche sulla sorella n. 263, grazie alla quale la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'estensione ai minorenni del regime ostativo, preludio della sconsiderata (e dichiarata) volontà di applicazione del regime detentivo differenziato anche nei loro confronti.

Una breccia nel muro dell'ostatività. Questo il cuore delle riflessioni dell'autore in riferimento alla n. 253, della quale si scannerizzano la *ratio decidendi* e i criteri di particolare rigore utilizzabili al fine di superare la preclusione legislativa. L'autore si preoccupa anche della contraerea preventiva contro la sentenza. Le parole utilizzate sono calibrate, a differenza di quelle usate dai soliti noti, pensando evidentemente di influenzare l'esito del giudizio costituzionale attraverso una narrazione che non informa ma deforma, disinforma, anteponendo assunti sociologici presentati come verità fattuali incontrovertibili. Come se i membri della criminalità organizzata fossero ontologicamente incompatibili con ogni recupero. Come se dietro l'angolo ci fosse il "liberi tutti". Come se la magistratura di sorveglianza fosse incapace di essere giudice. E come se, di punto in bianco, si dovesse abbandonare la collaborazione con la giustizia. Ebbene, chi la pensa diversamente, chi pensa costituzionalmente orientato, per fortuna esiste. Dentro e fuori dal Palazzo della Consulta.

A chiudere la parte prima, il commento di Andrea Pugiotto che, partendo dalla sentenza n. 253, analizza la successiva n. 263. Cambiano i relatori, ma non l'assunto di base. Certamente aiutata dalla tutela costituzionale dei minori, nella pronuncia vi è molto di più, poiché la Consulta inforca una direzione ostinata e contraria, usando il piccone per tracciare il tragitto. Sostiene l'autore che il giudice costituzionale avrebbe anche potuto chiudere la questione riferendosi unicamente ai minori, per i quali la finalità rieducativa è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente. Invece la Consulta va oltre e, non ricorrendo alla tecnica dell'assorbimento, amplia la parte motiva della sentenza, ottenendo un effetto sensazionale: se la n. 253 relativizza l'assoluta presunzione legislativa, la n. 263 fa integralmente cadere quella stessa presunzione, che non diviene relativa, più semplicemente sparisce.

Ci piace qui sottolineare che l'ordinanza che ha sollevato la questione di costituzionalità sul regime ostativo applicato ai minori è stata firmata dal giudice Roberto Di Bella, il quale presiedeva il Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria. Non solo perché la sua attività, compendiata in *Liberi di scegliere*,

dimostra compiutamente che la mafia va contrastata senza incertezze, ma dentro lo Stato di diritto. Da quel Tribunale e sempre da quella penna è stata scritta anche una nuova ordinanza, che solleva una questione di costituzionalità in materia di modalità dei colloqui dei detenuti al regime detentivo differenziato, che trova accoglienza nella parte seconda del presente volume.

5.2. Parte seconda che raccoglie la documentazione più rilevante in materia di ergastolo ostativo e regime detentivo differenziato, la cui lettura pensiamo debba integrarsi con i testi a presenti nel precedente volume su *Il diritto alla speranza*.

Si inizia con quattro sentenze della Corte costituzionale. La prima, n. 186 del 2018, sul divieto di cottura dei cibi al regime detentivo differenziato. Le tesi che la Corte ha dovuto affrontare rasentano il risibile: è mai possibile che, a differenza del cibo crudo e di quello precotto, il cibo cotto possa alimentare prestigio e potere? Ne esce vincitore il principio di eguaglianza e, soprattutto, l'unico senso che può avere lo stesso regime detentivo differenziato, impedire i collegamenti con la criminalità organizzata. Sono letteralmente salutari le parole impiegate dal giudice costituzionale: non siamo in presenza solo di un'inutile e ulteriore limitazione contraria al senso di umanità, messa bene in risalto del resto dall'ordinanza di rimessione del giudice di sorveglianza di Spoleto, poiché il punto sono i *piccoli gesti di normalità quotidiana*, che a nessuno e proprio a nessuno possono essere negati.

Le ulteriori sentenze costituzionali proposte al lettore sono la n. 253 e la n. 263 del 2019, alle quali abbiamo sopra accennato. Rimandando ai saggi di commento contenuti nel volume, qui vogliamo solo evidenziare il passaggio contenuto nel paragrafo 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 253. Attiene al requisito della rilevanza, e riteniamo costituisca uno snodo fondamentale anche in riferimento al prossimo giudizio di costituzionalità sulla liberazione condizionale e l'ergastolo ostativo.

La Cassazione, nella sua ordinanza, sostiene che la condotta collaborativa non può considerarsi l'unica prova esclusiva di ravvedimento, poiché diverse sono le ragioni che possono indurre il detenuto a non collaborare. Ad esempio, il rischio per la propria incolumità e quella dei congiunti, il rifiuto morale di accusare persone legate da vincoli affettivi e il ripudio di una collaborazione che rischia di apparire strumentale alla concessione di un beneficio. A questo punto, dinanzi alla Consulta, l'Avvocatura dello Stato contesta il carattere ipotetico ed astratto di tali considerazioni, mai addotte dal reclamante nel giudizio *a quo*. Di conseguenza - questa la tesi - difettava il requisito della rilevanza, in quanto, in caso di accoglimento, la decisione della Corte non avrebbe spiegato effetti nel processo *a quo*.

La Corte costituzionale dichiara l'eccezione non fondata. Da una parte, qualora venisse smontato il carattere assoluto della presunzione di pericolosità del detenuto

non collaborante, la magistratura di sorveglianza potrebbe verificare le ragioni della scelta di non collaborare: se non lo ha fatto non è perché non ha voluto, ma perché non ha potuto. Dall'altra parte, la Corte sostiene che, in tema di rilevanza, è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino per le parti in causa gli effetti di una eventuale illegittimità costituzionale. Perché questo? Perché è necessario immettersi in una prospettiva di un più largo accesso al sindacato di costituzionalità: un passo importante, che dimostra come la Corte non voglia essere tagliata fuori, che devono sparire le zone franche dal suo sindacato di costituzionalità.

Infine, trova accoglienza nella parte seconda del volume anche la sentenza n. 97 del 2020, con la quale la Consulta prosegue il tragitto da lei stessa aperto. Il tema è il divieto di scambiare oggetti al regime detentivo differenziato. Aveva forse scampo questa inutile e ulteriore limitazione? Il giudice delle leggi non ha alcun dubbio e accoglie le argomentazioni sollevate dalla Corte di Cassazione con due ordinanze di analogo tenore.

Il giudice di legittimità si arresta dinanzi al dettato legislativo. Il giudice costituzionale lo abbatte. Del resto, la lettera *f* del comma 2-quater dell'art. 41-bis (a tanto siamo arrivati nel nostro ordinamento) usava una terminologia molto sospetta, poiché discorreva della necessità di adottare tutte le misure di sicurezza volte ad assicurare la *assoluta* impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti al regime differenziato, appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Ciò che è assoluto stride, sempre. La pensava diversamente il magistrato di sorveglianza. Il tribunale, invece, aveva accolto il ricorso. A questo punto, il ministero della giustizia propone ricorso per Cassazione, la quale solleva il dubbio di costituzionalità. E non vi è dubbio che la Corte costituzionale apprezzi il dubbio, nel momento in cui il significato letterale delle parole impiegate dalla legge è inequivoco.

Nel merito, la si legga la n. 97. Fonda insieme il principio di eguaglianza, il senso di umanità e la rieducazione, tecnica oramai usualmente impiegata a fronte degli automatismi legislativi. Se i detenuti del medesimo gruppo di socialità possono comunicare tra di loro (aggiungiamo noi, altrimenti a che serve il gruppo di socialità), anche il più criptico significato simbolico-convenzionale di un oggetto scambiato può essere agevolmente sostituito da una esternazione orale. Pertanto, il divieto è meramente afflittivo, non ha nulla da spartire con il fine di impedire i collegamenti (e si ragiona sempre sui detenuti al medesimo gruppo di socialità). La stessa cosa se si ritenesse che lo scambio di oggetti accresca la posizione di supremazia. Come può mai accadere questo, si domanda la Corte, se ad essere scambiati sono, come nei casi di specie, lo zucchero, il caffè, nonché generi per l'igiene personale e la pulizia della cella?

La conclusione è una, e soltanto una. Così come non esiste un diritto fondamentale del detenuto di cuocere cibi, allo stesso modo non ne esiste uno di

scambiare oggetti. Tuttavia, sia cuocere cibi sia scambiare oggetti sono facoltà di ogni individuo, anche se posto in detenzione, e fanno parte di quei *piccoli gesti di normalità quotidiana*, che a nessuno possono essere negati. Il legislatore ha fatto un bilanciamento *ex ante*, dice la Corte, a prescindere dalla verifica in concreto delle esigenze di sicurezza, il che ha escluso la possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi. Come volevasi dimostrare: è sproporzionata la previsione *ex lege* del divieto *assoluto*, con buona pace di ogni automatismo, che si dimostra ancora una volta contrario alle coordinate fondamentali del diritto penale costituzionale.

Dopo queste quattro straordinarie sentenze del giudice costituzionale, trovano posto due altrettanto importanti ordinanze di rimessione. Una, alla quale abbiamo già fatto cenno, della I sezione della Cassazione, in merito alla liberazione condizionale e all'ergastolo ostativo. Quando la Corte costituzionale deciderà dovrà certamente prendere in considerazione la sentenza *Viola* della Corte di Strasburgo. Il terreno è fertile, più di questo non vogliamo dire, se non che è la stessa Consulta ad averlo coltivato a dovere. Le attese, inutile negarlo, sono alte. Il diritto alla speranza potrebbe entrare per la prima volta in una sentenza del giudice costituzionale. La sentenza n. 253, va ribadito, è un punto di non ritorno. Attendiamo, quindi. E, come sempre, speranzosi.

La seconda ordinanza di rimessione alla Corte riguarda le modalità dei colloqui per chi è al regime detentivo differenziato. Certamente, il Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria argomenta molto bene i motivi che rendono di dubbia costituzionalità la esclusione dei colloqui attraverso strumenti audio-visivi. Allo stesso modo, molto convincente è la tesi secondo la quale il mantenimento dei legami famigliari è uno dei presupposti più rilevanti per garantire il senso di umanità della detenzione. Così come più che efficace è la considerazione attorno alla doppia pena che altrimenti si verificherebbe, una nei confronti del padre e l'altra rispetto ai figli. Non di meno, condensando l'ordinanza, il suo principale merito è quello di aprire alla speranza, alla possibilità di cambiamento, proprio partendo dalla costruzione di un rinnovato legame famigliare.

Infine, tra la documentazione trova spazio la relazione finale della Commissione parlamentare antimafia. Vedremo come evolverà il tutto, ma di certo, qualunque sarà la scelta del legislatore, da valutarsi anche in termini di adeguamento del nostro ordinamento alla sentenza *Viola*, il perimetro da non oltrepassare è chiaro. Un centimetro in là non si può andare.

6. Siamo perfettamente consapevoli di quanto sia ancora lungo il percorso per far tornare il nostro diritto penale dentro la Costituzione. La pena tutta italiana dell'isolamento diurno, che tra poco compie un secolo di vita, caratterizzata da un più che sospetto automatismo, quasi geometrico: due ergastoli e non hai scampo, devi avere anche l'isolamento diurno. La decadenza automatica dalla potestà

genitoriale per tutti i condannati alla pena perpetua, una previsione dal sapore veterotestamentario, che penalizza senza senso genitori e figli. La libertà vigilata, che, per l'ergastolano che ottiene la liberazione condizionale, deve automaticamente essere di cinque anni. Non siamo noi che abbiamo il pallino dell'ergastolo. È che si tira dietro un sacco di automatismi incostituzionali, tutti generati dalla fissità di una pena perpetua.

Quanto al regime detentivo differenziato, le recenti svolte della Corte costituzionale sono state pedagogiche, se solo si guarda alle odierne decisioni del giudice di legittimità sulle sanzioni inflitte ai detenuti che hanno avuto la gravissima colpa di augurarsi la buona notte o il buon appetito. Quando però non vi è margine interpretativo, la Consulta dovrà essere richiamata in causa, ad esempio sulla annosa questione dello scambio dei libri. Dato che i libri sono importanti almeno quanto il cibo, e non possono essere considerati solo oggetti, ci auguriamo che il loro non modico valore possa fare breccia alla Corte.

Quelli indicati sono unicamente degli esempi. Al resto ci penserà la speranza, il pensiero, il pesare, e quindi come sempre la bilancia. Che cosa è del resto la speranza, se non uno dei valori universali, così bene rappresentati da *Building Bridges*, opera scelta come copertina di questo volume. Mani che si uniscono, a formare un ponte. Tra i sei valori universali rappresentati da Lorenzo Quinn, il nostro, la speranza, merita di essere difeso, provato, vissuto. Anche perché, per dirla con Hans-Georg Gadamer, chi vuole comprendere una parola deve essere pronto a lasciarsi dire qualcosa da quella parola. Deve porsela davanti: e ora il diritto alla speranza è davanti alle corti.

7. Non ci restano che i ringraziamenti. A Laura Rigamonti, per l'idea prospettica della copertina. A Francesco Palazzo, maestro e amico tra i più speranzosi.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione

MICHELA MANETTI*

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2020

Suggerimento di citazione
M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Siena (attività didattica prestata presso l'Università degli studi di Roma "Tre"). Indirizzo mail: michela.manetti@unisi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. L'espulsione del Presidente degli Stati Uniti da Facebook, Twitter e altri social media è stata interpretata, da alcuni, come lecita applicazione delle condizioni contrattuali, da altri come una illecita censura privata.

Tra i primi, qualcuno ha addirittura invocato l'estensione della misura al resto del mondo: dopo questo precedente, infatti, le piattaforme sarebbero obbligate a chiudere gli account di tutti i politici che incitano alla violenza[1]. Tra i secondi, molti (anche tra coloro che *politicamente* concordavano con la necessità di mettere a tacere le *fake news* e gli appelli alla violenza di Trump), si sono dimostrati preoccupati dell'eventualità che le piattaforme possano silenziare anche forme di dissenso legittimo, approfittando dei poteri che *giuridicamente* detengono sulla base delle condizioni d'uso proposte, ma di fatto imposte, agli utenti[2].

Vale la pena riflettere su queste interpretazioni, perché rivelano quanto la logica privatistica sia giunta ad impedire non solo la vigenza, ma la stessa visibilità dei principi costituzionali, nella Rete e non solo.

2. L'idea che i titolari di funzioni pubbliche o costituzionali siano portatori della libertà di pensiero al pari di tutti gli altri cittadini deriva dall'esigenza, costituzionalmente imposta, di rispettare i diritti della persona che riveste la carica[3]. All'opposto che in passato, l'oggettività della funzione non prevale in via generale su quei diritti (dando luogo al totale assorbimento dell'essere umano nel *munus*), ma si afferma nella sola e stretta misura necessaria ad assicurare l'efficacia dell'agire pubblico.

Ora, le cariche monocratiche chiamano massicciamente in causa tale necessità, dal momento che rendono difficile, e al limite impossibile, distinguere i comportamenti tenuti al di fuori anziché nell'esercizio delle funzioni. Quando si parla del Capo dello Stato, tipicamente, i messaggi, volontari o non, verbali o non, che non siano circondati da uno scrupoloso riserbo, assumono inevitabilmente un significato pubblico, come dimostra a sazietà il dibattito sulle esternazioni formali e informali del nostro Presidente della Repubblica[4].

---

[1] Così S. SREENIVASAN (intervistato da J. D'ALESSANDRO), in *La Repubblica*, 10 gennaio 2021.

[2] Tra i tanti R. LUNA, *Popper nella Silicon Valley*, in *La Repubblica*, 10 gennaio 2021, che si domanda: «che democrazia è quella che leva la parola al presidente democraticamente eletto?» e risponde: «Trump ha violato le regole della comunità di Twitter ed è stato espulso, non dalla vita politica, ma da quella comunità».

[3] V. ora al riguardo C. BOLOGNA, *La libertà di espressione dei funzionari*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

[4] Da non dimenticare in quest'ambito il tema affrontato da R. BORRELLO, *L'accesso del Presidente del Consiglio al mezzo radiotelevisivo*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale.*

Non suona quindi paradossale predicare che questi personaggi, a causa delle funzioni rivestite, vedano ridursi i propri spazi di libertà[5]; e di conserva ritenere che, quando usava i social media con l'intento di diffondere il proprio pensiero *urbi et orbi*, Trump non stava esercitando una libertà, ma il potere spettante al Presidente di comunicare con i propri concittadini, e sia pure al di fuori delle vie ufficiali.

Il fatto poi che i personaggi politici preferiscano sottrarsi a tali vie, adottando lo stile informale (e talvolta corrivo) dei social media al fine di dialogare "da pari a pari" con i propri elettori, è evidentemente frutto dello stile populistico imperante. Tuttavia esso diventa non solo politicamente ingannevole, ma anche costituzionalmente illegittimo quando tali personaggi sono titolari di poteri giuridici autoritativi, e ciò nonostante rivendicano la libertà di pensiero come chiunque altro. Se è lecito e condivisibile infatti cercare di superare il divario tra le istituzioni e i cittadini utilizzando sedi di incontro e di colloquio informali, non lo è invece negare e occultare la funzionalizzazione che presiede ai messaggi diffusi pubblicamente dai rappresentanti delle stesse istituzioni, cui consegue d'altronde un regime di responsabilità ben diverso da quello dei comuni cittadini.

3. L'idea che gli spazi messi a disposizione dai social media, o almeno da quelli più importanti, siano soggetti integralmente ed esclusivamente alla disciplina contrattuale predisposta (o meglio imposta) dalle piattaforme è univoca espressione del punto di vista "interessato" di queste ultime. Ma questo è a sua volta il riflesso delle scelte dei poteri pubblici, che fin dall'inizio hanno voluto sottrarre la Rete a qualsiasi forma di intervento (salvo l'investimento degli ingenti capitali necessari a realizzarne le infrastrutture), pretendendo che in tal modo sarebbe stata assicurata agli utenti la massima libertà possibile.

Oggi è chiaro che quelle scelte hanno bensì favorito l'espansione della Rete, come si ripromettevano, ma l'hanno anche consegnata nelle mani di pochi potentati economici, che oltre a sfruttare a scopo di profitto i messaggi degli utenti esercitano su di essi veri e propri poteri di censura[6]. Sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l'esercizio di poteri

[5] Cfr. A. PACE, sub *Art. 21*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione* Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 102 ss.: «L'importanza della carica pubblica, in tali ipotesi, assorbe, infatti, nella sfera pubblica (quanto meno tendenzialmente) ogni manifestazione, quand'anche privata, dei titolari di essa e conseguentemente da un lato restringe la possibilità di effettuare pubbliche esternazioni di pensieri privati, dall'altro sottopone tali pubbliche esternazioni alla disciplina «funzionale» delle attività e degli atti degli organi pubblici».

[6] Sia consentito rinviare a M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Medialaws*.eu, 3 giugno 2020, disponibile all'indirizzo www.medialaws.eu/rivista/regolare-internet/.

pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese in questione sono riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento.

Rimane il fatto che dal punto di vista dell'ordinamento generale, e del diritto costituzionale in particolare, i social media – quando non vengano usati per comunicazioni riservate – possono tendenzialmente equipararsi o ad un *public forum*, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un *massmedium*, che attribuisce all'esercente il potere di selezionare, nell'esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione.

Nessuno dei due regimi è però, almeno per il momento, giuridicamente viabile, perché le piattaforme vogliono esercitare ed esercitano poteri di controllo sui messaggi (secondo le proprie regole, e talvolta anche in base ad un'impropria delega dei poteri pubblici), ma non vogliono e non possono essere equiparate ad editori, in quanto le norme statunitensi ed europee (sia pure in termini diversi) escludono espressamente la loro responsabilità per i messaggi illeciti diffusi.

Peraltro l'attività giurisdizionale, la riflessione dottrinale e qualche sporadica iniziativa legislativa mostrano di voler superare questo assetto, facendo emergere i diritti e i principi costituzionali che tramite le condizioni generali d'uso delle piattaforme vengono condannati all'oblio[7].

4. Ciò posto, chi scrive ritiene che la chiusura degli account di Trump non possa essere spiegata nell'ottica privatistica or ora criticata, in quanto detta chiusura non è stata frutto dell'applicazione - lecita o illecita - delle condizioni d'uso delle piattaforme.

Anche ammettendo che al Presidente in carica spetti il *free speech* al pari di tutti gli altri cittadini, e che alle piattaforme spetti di imporre le condizioni d'uso che preferiscono, è da dubitare infatti che i messaggi diffusi da Trump nell'ultimo periodo della sua presidenza siano qualificabili come esercizio della libertà di pensiero, e che essi siano stati rimossi/inibiti per inosservanza di clausole contrattuali.

È bene innanzi tutto distinguere le c.d. *fake news* relative allo svolgimento delle elezioni presidenziali dall'appello al popolo che le ha seguite.

Alla chiusura degli scrutini Trump ha più volte affermato che la legge elettorale era illegittima e/o che c'erano stati brogli, e che a causa di ciò la vittoria gli era stata ingiustamente strappata. Molti *media* statunitensi hanno riportato fedelmente le sue affermazioni, ma hanno contestualmente fatto presente che queste non erano

[7] V. al riguardo l'attenta disamina di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Roma, 2019.

suffragate da nessun elemento di fatto. Nel sistema statunitense, infatti, non esiste la notizia falsa; esiste la notizia com'è presentata, inevitabilmente, alla luce delle convinzioni dell'oratore, alla quale si può reagire non censurandola, ma esponendo versioni diverse. Il rimedio alle *fake news* quindi non è la censura, ma è "*more speech*", ossia la prosecuzione del dibattito (ad eccezione dei momenti nei quali il dibattito diventa impossibile, ad esempio perché il Paese si trova in guerra)[8].

Così dovrebbe essere in tutte le democrazie, anche se sappiamo che in Europa esistono radicate tendenze alla censura dei messaggi falsi (o ritenuti tali, questo è il punto), laddove sarebbe preferibile - e forse anche più efficace - riconoscere e potenziare, attraverso siti ben fatti ed agguerriti, una funzione pubblica di educazione all'uso della Rete e di lotta alla disinformazione[9].

Quando le possibilità di rovesciare per vie legali la vittoria di Biden sono svanite, Trump ha fatto ricorso all'*extrema ratio*, chiamando il popolo a ripristinare, se necessario con la forza, quella che a suo avviso era la legalità costituzionale violata.

Ora, un appello del genere, se viene lanciato da un privato qualsiasi (da un partito, un'associazione) non è considerato negli Stati Uniti (e tanto meno in Europa), esercizio di *free speech*, bensì incitamento all'azione violenta e/o illegale, punibile come reato. È questo il punto fermo posto dalla sentenza "*Brandenburg v. Ohio*" del 1969, che considerò legittima l'incriminazione di un gruppo di neonazisti che aveva chiamato tutti i bianchi americani a recarsi a Washington per *costringere* il Governo a "eliminare i privilegi concessi alle altre razze". Com'è noto, nel *categorical approach* della Corte Suprema esistono invero alcuni tipi di messaggi cui è negata la protezione del Primo Emendamento, quali ad esempio le oscenità, le minacce, le c.d. *fighting words*, nonché l'incitamento o l'istigazione in esame.

E se è vero che le piattaforme in generale non possono considerarsi responsabili nel caso in cui diffondano messaggi illeciti, certo l'*advocacy* in questione, caratterizzata dalla peculiare efficacia persuasiva che assumono le parole di un Presidente in carica, recava con sé un rischio talmente grave ed imminente di violenza (poi puntualmente realizzatasi), da comportare una possibile complicità (dei titolari) dei mezzi che l'avessero diffusa[10].

---

[8] «*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea*»... «*we protect some falsehood in order to protect speech that matters*»: così le arcinote parole usate dalla Corte Suprema in *Gertz v. Robert Welch* (1974).

[9] Questa è anche l'idea di G. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo.* Giappichelli, Torino, 2018.

[10] In quest'ottica definisce «dura, ma inevitabile» la decisione delle piattaforme E. CHELI (intervistato da V. ERRANTE), in *Il Messaggero*, 10 gennaio 2021.

Nel caso in questione tuttavia c'era un elemento differenziale rispetto al semplice, e pur concretamente pericoloso, appello alla illegalità e alla violenza: il Presidente con le sue parole e con i suoi comportamenti stava tentando un colpo di Stato. È qui che rileva clamorosamente la differenza tra la libertà di pensiero del *quisque de populo* e la funzione comunicativa o esternatoria del Capo dello Stato: solo quest'ultimo è in grado di attentare concretamente alla Costituzione tramite un semplice messaggio su Facebook. Solo Trump poteva chiedere obbedienza in virtù del proprio ruolo e ordinare al contempo la disobbedienza verso gli altri rappresentanti delle istituzioni, ivi inclusi i tribunali che avevano respinto i suoi ricorsi.

Ora, quando il Presidente usa tutta la propria autorità per contestare la legittimità dell'ordinamento che dovrebbe impersonare, questo comportamento non può essere bloccato nelle normali forme della repressione penale, ma richiede uno sforzo molto più intenso, non solo dell'apparato statale, ma anche dei comuni cittadini.

Le forze di polizia e l'esercito debbono decidere se obbedire o non obbedire al proprio capo; i cittadini debbono decidere se rimanere fedeli all'ordinamento vigente o abbandonarlo al suo destino. Nei drammatici momenti nei quali la legge non è più in grado di imporre automaticamente l'obbedienza (e non è esagerato pensare che il 6 gennaio scorso queste fossero le circostanze a Capitol Hill), ciascuno di noi è invero chiamato a prendere posizione: non riguardo ad un'opinione, ma riguardo all'adesione verso il sistema nel suo complesso. Quando la Costituzione è messa alla prova, tutti sono costretti a schierarsi, o per la conservazione o per l'instaurazione di un nuovo regime.

Come ha fatto notare Carlo Esposito, è nei momenti di crisi dell'ordinamento che il cittadino è chiamato ad agire in prima persona, dimostrando spontaneamente alla Costituzione quella fedeltà cui l'apparato coercitivo statale non è più in grado di obbligarlo[11]. Ma lo stesso può dirsi dal punto di vista della Costituzione allo stato nascente che a quella vigente si contrappone, reclamando dai cittadini una eguale e contraria fedeltà.

Nel conflitto di lealtà tra i due ordinamenti in competizione, chi credeva a Trump ha ritenuto che fosse giusto ribellarsi e ha agito di conseguenza; chi non gli credeva ha cercato di bloccarlo: non ha risposto al suo appello e non lo ha diffuso ad altri.

Non si è trattato di una scelta politica partigiana, ma di una scelta fondamentale sulla sorte del regime *quo utimur*. È questo che hanno fatto le piattaforme, agendo in verità come comuni cittadini, e non come soggetti dotati di speciali poteri censori. E poco importa se esse hanno giustificato l'espulsione di Trump come una

[11] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero,* Giuffrè, Milano, 1956, pp. 37 ss.

forma di applicazione delle condizioni d'uso che chiunque voglia appartenere ai *social network* deve sottoscrivere: d'altra parte rischiavano di rispondere in prima persona, se alla fine Trump fosse riuscito ad imporsi[12].

È grazie al prevalere della fedeltà tra i cittadini, oltre che tra i rappresentanti delle istituzioni statunitensi, che oggi appare perfettamente legittimo l'impeachment votato dal Congresso contro un Presidente che è venuto meno al proprio giuramento di "proteggere e difendere la Costituzione degli Stati Uniti". Una vicenda memorabile per il diritto costituzionale, e non per il diritto dei contratti.

[12] Per questo non sembra neppure lecito accusarle di essersi volute ingraziare a buon mercato il nuovo Presidente (così R. LUNA, *Popper nella Silicon Valley*, cit.)

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia

ROBERTO CARBONE*

Nota a Cassazione Civile, SS.UU., ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598. Disponibile all'indirizzo: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19598_09_2020_no_index.pdf.

Sommario

1. Introduzione: i ricorsi reciprocamente escludenti in materia di contratti pubblici. – 2. La vincolatività *impropria* della sentenza 6/2018 della Corte costituzionale. – 3. I "motivi di giurisdizione" e l'intervento del Consiglio di Stato: omissivo o commissivo? – 4. La posizione del Consiglio di Stato e la reazione delle Sezioni Unite. – 5. Il ricorso per Cassazione ex art. 111, c. VIII, Cost., come baluardo dell'obbligo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE). – 6. La pronuncia del Consiglio di Stato ed il ruolo della Corte costituzionale.

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Indirizzo mail: rga.carbone@gmail.com.

1. Introduzione: i ricorsi reciprocamente escludenti in materia di contratti pubblici

Con l'ordinanza in commento si è aggiunto un altro tassello alla vicenda dei c.d. ricorsi reciprocamente escludenti[1].

In estrema sintesi, la questione riguarda l'ordine processuale di trattazione dei ricorsi presentati in sede di impugnazione di atti concernenti una gara ad evidenza pubblica. In particolare, qualora siano presenti un ricorrente principale ed uno incidentale, il regime ordinario prevede la trattazione prioritaria del primo e, successivamente, del secondo[2]. Questo ordine cambia ove il ricorso incidentale riguardi una questione logicamente precedente rispetto a quelle contenute nel ricorso principale. Ciò avviene ove il ricorso incidentale sia riferito ai c.d. presupposti processuali[3] (quali la legittimazione ad agire ed altre questioni di rito)[4] dell'altrui domanda giudiziale.

Si ponga il caso ipotetico in cui due soggetti - società Alpha e società Beta - partecipino alla medesima gara per l'affidamento di un contratto di esecuzione di un'opera pubblica. La società Alpha viene esclusa dalla gara - ad esempio, per assenza dei requisiti soggettivi di partecipazione - mentre la società Beta risulta aggiudicataria del contratto.

---

[1] Sulla tematica dei c.d. ricorsi reciprocamente *ex multis* R. GIOVAGNOLI, R. CHIEPPA, *Manuale di Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2017, pp. 1192 ss.; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 899 ss..

Quanto alla peculiarità del caso di cui all'ordinanza Sez. Un. 19598/2020, con parziali differenze rispetto a una ipotesi *classica* di ricorsi reciprocamente escludenti, vedasi M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *giustiziainsieme.it*, 11 dicembre 2020, pp. 59 ss.

[2] Così in E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo* cit., p. 899: "In linea di principio, secondo l'orientamento tradizionale, prima di scendere all'esame del ricorso incidentale occorre la previa delibazione di fondatezza del ricorso principale".

[3] Sulla tematica dei c.d. presupposti processuali, *ex multis*, vedasi F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V ed., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 54 ss.;

[4] R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 1191: "nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano *priorità logica* su quelle sollevate dal ricorrente principale (…). Un'ipotesi di questo genere si verifica quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimazione del ricorrente principale".

A questo punto, la società Alpha decide per l'impugnazione del provvedimento di esclusione e dell'aggiudicazione verso Beta, facendo valere la mancata esclusione di quest'ultima per un qualunque vizio di legittimità. La società Beta, invece, presenta ricorso incidentale con cui "rafforza" le ragioni dell'esclusione di Alpha e chiede la conseguente declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza della legittimazione ad agire.

Al riguardo, infatti, senza pretese di fornire una trattazione esaustiva dell'argomento, la prevalente giurisprudenza nazionale sostiene che la legittimazione a proporre un ricorso amministrativo può essere riconosciuta soltanto al soggetto titolare, in relazione alla gara, di una situazione giuridica soggettiva differenziata rispetto alla generalità dei consociati[5].

In tal senso, il soggetto definitivamente escluso (o che avrebbe dovuto essere escluso) dalla gara va equiparato a qualunque altro operatore economico che non abbia partecipato alla gara[6]. Ciò poiché, sempre secondo l'impostazione nazionale, la legittimazione ad agire può essere riconosciuta soltanto in funzione dell'ottenimento dell'aggiudicazione della commessa pubblica. Il soggetto escluso, invece, non potrà mai risultare aggiudicatario. Questo può agire soltanto per ottenere, come *massimo* risultato utile, la riedizione o ripetizione della gara viziata

[5] Vedasi M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti*, in *Osservatorio costituzionale*, 18 ottobre 2016, fasc. 3/2016, p. 14: "un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deducendo l'illegittimità della sua ammissione alla gara, introduce nel giudizio una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito delle domande proposte con il ricorso principale, la quale dev'essere esaminata per prima. Inoltre, se tale questione risulta fondata (essendo accertato il difetto di legittimazione del ricorrente principale), al giudice è precluso l'esame nel merito del ricorso principale. L'eventuale "interesse pratico" del ricorrente principale alla caducazione e rinnovazione della gara (…) non vale a conferirgli la legittimazione al ricorso. Quest'ultima presuppone la titolarità di un interesse legittimo al conseguimento dell'appalto, il quale si può riconoscere solo a chi abbia partecipato legittimamente alla gara".

[6] In questo senso, B. DE SANTIS, *Considerazioni di prima lettura sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di Cass. S.U. n. 19598/2020*, in *judicium.it*, 4/2019, p. 2: "La decisione del Consiglio di Stato trova invero riscontro in quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui un operatore economico che sia stato escluso da una gara per ragioni oggettive (…) o per ragioni soggettive (…), si trova in una posizione assimilabile a quella dell'operatore che non ha mai partecipato alla gara e non ha titolo per proseguire nella stessa, con la conseguenza che non sarebbe legittimato a contestarne l'esito per altre ragioni né a proporre motivi di censura diretti a fare caducare la gara stessa o a provocarne comunque la (possibilità della) riedizione".

per violazione di legge[7]. Tale pretesa, però, come detto, non integra alcuna legittimazione al ricorso, poiché non distingue la posizione del partecipante-escluso rispetto a qualunque altro operatore economico[8].

Orbene, l'eccezione riferita alla carenza della legittimazione ad agire riguarda un presupposto processuale dell'azione principale, che si traduce in una questione di rito. Come già indicato, ciò comporta in via generale la trattazione prioritaria del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale.

La problematica assume una veste diversa ove con il ricorso principale, come nell'esempio qui fornito, si richieda il travolgimento dell'intera procedura di selezione del contraente, per uno o più vizi di legittimità che avrebbero dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicatario. Ove si mantenga anche in tal caso la trattazione prioritaria del ricorso incidentale – che, se accolto, comporta la declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale -, ciò potrà avere l'effetto di consolidare un'aggiudicazione non conforme al parametro legale. In questo caso, infatti, il mancato esame del ricorso principale potrebbe non far emergere le cause di esclusione dell'aggiudicatario. Ecco, quindi, che così si manterrebbe in vita un'aggiudicazione illegittima, in quanto diretta ad un soggetto che, se del caso, avrebbe dovuto essere escluso[9]. Inoltre, poiché la disciplina in materia di contratti pubblici è *quasi* interamente di matrice sovranazionale, un tale orientamento potrebbe avere la conseguenza di far salva un'aggiudicazione in pieno contrasto con il diritto UE.

In tal senso, il primato della fonte europea, così come il principio di parità delle parti ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, si pongono alla base del cristallizzato orientamento della Corte di Giustizia che sostiene la doverosa trattazione congiunta del ricorso incidentale e principale, proprio al fine di evitare

[7] Secondo tale impostazione, infatti, si finirebbe per presentare un ricorso soltanto nell'interesse della legge, senza alcun interesso concreto all'azione. Ciò determinerebbe una radicale trasformazione della giurisdizione amministrativa: da giurisdizione di diritto soggettivo a giurisdizione di diritto oggettivo. In questo senso, F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020, p. 6; M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia*, cit., p. 20.

[8] Così il Consiglio di Stato, sentenza 5606 del 2019, punto 11 delle considerazioni in fatto e diritto: "11 - L'odierna appellante, essendo stata esclusa dalla gara per non aver superato la "prova di resistenza" della soglia minima di punteggio dell'offerta tecnica tramite il confronto a coppie, e non essendo riuscita a dimostrare l'illegittimità della gara quanto all'attribuzione del predetto punteggio, rimane dunque priva non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico de settore che non ha partecipato alla gara".

[9] *Ex multis*, Cass., Sez. Un., sent. 10294 del 2012; Cass., Sez. Un., sent. 2242 del 2015.

l'assegnazione di commesse pubbliche tramite aggiudicazioni illegittime – effetto peraltro distorsivo della libera concorrenza tra gli operatori economici. Così, quindi, per i giudici di Lussemburgo la mera possibilità di ottenere la ripetizione della gara integra pienamente la legittimazione ad agire dell'operatore economico[10]. Tale orientamento della giurisprudenza sovranazionale, come si vedrà *infra*, non è stato tuttavia ancora pienamente recepito dal Consiglio di Stato[11].

2. La vincolatività impropria della sentenza 6/2018 della Corte costituzionale

Con la sentenza n. 5606 del 2019 il Consiglio di Stato, in conformità ad un orientamento formatosi a partire dal 2011[12], ha ribadito la prioritaria trattazione del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale, ancorché quest'ultimo fosse rivolto al travolgimento dell'intera procedura di gara, con conseguente esclusione dell'aggiudicatario della stessa. Questa sentenza è stata impugnata dinnanzi alla Suprema Corte di Cassazione, con ricorso per motivi di giurisdizione *ex* art. 111, c. VIII, Cost., che si è pronunciata, a Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 19598 del 2020.

La novità dell'ordinanza in esame è costituita dal fatto che la Suprema Corte non si è limitata ad intervenire come "arbitro" della giurisdizione, ma ha sollecitato l'azione della Corte di Giustizia *ex* art. 267 TFUE. In sintesi, il quesito centrale sottoposto alla Corte sovranazionale riguarda la possibilità di riconoscere il contrasto tra il diritto UE e l'art. 111, c. VIII Cost., per come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale - nel senso di ritenere non utilizzabile lo strumento del ricorso per motivi di giurisdizione avverso le pronunce del Consiglio di Stato non conformi al dettato normativo europeo. La soluzione a tale quesito sembra passare necessariamente da una presa di posizione circa la nozione dei "motivi di giurisdizione" *ex* art. 111, c. VIII, Cost.. Sul punto, come detto, vi è una recente pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 6 del 2018, che è stata espressamente considerata come "vincolante" dalle Sezioni Unite[13].

---

[10] Il percorso della giurisprudenza sovranazionale in tema di ricorsi reciprocamente escludenti si ripercorre diffusamente in M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo*, cit., pp. 11 ss.

[11] *Contra* M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 23, ove si riconosce lo spirito di collaborazione tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia sulla tematica dei cc.dd. ricorsi reciprocamente escludenti.

[12] La prioritaria trattazione del ricorso incidentale viene esposta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sent. 4/2011, che modifica il precedente orientamento di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria 11/2008.

[13] Così l'ordinanza in commento, punto 29 dei considerando in diritto: "La suddetta presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita nella

Al riguardo, occorre brevemente soffermarsi sulla natura della menzionata decisione. Il dispositivo è di "inammissibilità". Come noto, le pronunce della Consulta sono vincolanti *erga omnes* solo ove, tramite l'accoglimento della questione posta dal giudice *a quo*[14], si dichiari l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata. La citata decisione, quindi, non dovrebbe assumere questa forza. Per meglio comprendere le ragioni di tale apparente *cortocircuito*, allora, si impone uno sforzo logico ulteriore.

A ben vedere, infatti, nel caso di specie le possibili "scelte" alternative della Corte costituzionale sembrano ridotte ad una sola. Nella sentenza 6/2018, l'intervento della Corte costituzionale è stato richiesto dalla Suprema Corte in un contesto, anche in quel caso, di ricorso per motivi di giurisdizione avverso una sentenza del Consiglio di Stato, contrastante con una statuizione sovranazionale[15].

Fermo quanto si dirà successivamente, nell'impostazione del Giudice delle leggi, in tali ipotesi, il ricorso per motivi di giurisdizione viene di fatto utilizzato per far valere *semplici* violazione di legge, ancorché "legge sovranazionale". Il ricorso *ex* art. 111, c. VIII, Cost., viene perciò attivato per questioni diverse dai "motivi di giurisdizione" indicati nella disposizione. Qualunque sia la violazione di normativa sovranazionale che si vuole far valere, quindi, nessuna potrà mai dar luogo a una questione di giurisdizione. Ogni questione di legittimità costituzionale sollevata in quella sede sarà dichiarata inammissibile, in quanto posta in virtù di un ricorso per motivi di giurisdizione *abusivo*, proprio perché utilizzato per reagire ad una violazione di legge.

Un dispositivo diverso, infatti, significherebbe ritenere ricevibile la questione di legittimità costituzionale. Ciò avrebbe l'effetto di legittimare, a monte, l'attivazione del ricorso *ex* art. 111, c. VIII, Cost., nelle ipotesi di c.d. diniego di tutela in ambito sovranazionale. In altre parole, un dispositivo di rigetto o accoglimento avrebbe il risultato di considerare ammissibile un ricorso per motivi di giurisdizione in cui, invece, si fa rientrare un'ipotesi di violazione di legge.

---

giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale non è più presente (anzi è espressamente escluso) il riferimento alla "ipotesi estrema" del contrasto con sentenze della Corte di Giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (in tal senso, Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773)".

[14] *Ex multis*, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 125.

[15] Nel caso di specie la sentenza del Consiglio di Stato si pone in contrasto con le sentenze della Corte EDU sui cc.dd. casi *Staibano c. Italia* e *Mottola c. Italia* (sentenze del 4 febbraio 2014, Mottola e altri c. Italia e Staibano e altri c. Italia).

La vincolatività della sentenza della Consulta viene perciò intesa in senso *improprio* (avente "valore culturale o persuasivo")[16], in virtù della pregnanza e rilevanza delle considerazioni di cui alla motivazione della decisione 6/2018, nonché dell'autorevolezza che assumono le pronunce del Giudice delle leggi nel nostro ordinamento[17]. Inoltre, in base alle ragioni ora esposte, sembra potersi parlare di una *vincolatività impropria rafforzata* in quanto, come visto, non è comunque ipotizzabile una pronuncia di accoglimento sulla tematica in esame.

Perciò, in breve: la vincolatività formale *erga omnes* si riconosce soltanto alle sentenze di accoglimento; sulla problematica del c.d. diniego di tutela in ambito sovranazionale, l'unica pronuncia possibile è quella d'inammissibilità; da ciò ne consegue che sembra potersi ritenere comunque *vincolante* tale sentenza in quanto, come detto, un dispositivo di accoglimento non pare configurabile[18]. Giova

[16] Alle sentenze della Corte costituzionale sembra potersi riconoscere particolare rilevanza nell'ordinamento giuridico nazionale, poiché provenienti da un organo che si pone al vertice dell'intero impianto giurisdizionale. In questo senso, in relazione alla forza *persuasiva* da riconoscere alle sentenze degli organi giurisdizionali di vertice, si richiama F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente in nomofilachia*, Intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense "*Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*" – Roma, 13 ottobre 2017, disponibile all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-valore-del-precedente-e-nomofilachia-16-ottobre-2017, p. 10: "In linea di principio, comunque, come si è ricordato, il precedente ha un valore "culturale" o "persuasivo", nel senso che si fonda sull'autorevolezza dell'organo che si è pronunciato e delle argomentazioni adoperate; e il consolidarsi di un precedente attribuisce maggior forza allo stesso, ma non impedisce che una successiva pronuncia da quel precedente si discosti più o meno motivatamente".

Nello stesso senso, di una recente tendenza di riconoscere al precedente giurisprudenziale un valore di *fonte culturale*, si pone R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, 25 gennaio 2017, p. 8: "Il "precedente" acquista così nel nostro ordinamento un'autorità nuova, tale da indurre ad elaborare la nozione di "fonte culturale"".

[17] Quanto al ruolo concreto che la Corte costituzionale, e le sue sentenze, assumono nel nostro ordinamento vedasi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 513: "Più in generale, è dato osservare che la Corte ha, nel nostro attuale sistema politico, occupato (…) uno spazio come soggetto politico. L'incidenza delle sue inappellabili decisioni, la rilevanza che assumono le motivazioni delle sue sentenze (e gli *obiter dicta* in esse spesso contenuti), la diffusa (ma, in certo senso, inevitabile) tendenza a sostituirsi al legislatore inadempiente, hanno fatto assumere alla Corte un ruolo che (…) essa non era chiamata a svolgere; per cui alla Corte sono oggi affidati poteri sostanziali di indirizzo politico, pur nel quadro complessivo delle sue funzioni, dirette ad assicurare il pieno rispetto della Costituzione".

[18] La vincolatività è confermata da S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima*

ripetere, quindi, che, a meno di non voler sconfessare la propria posizione, l'unico dispositivo disponibile per la Corte costituzionale era quello di "inammissibilità".

3. I "motivi di giurisdizione" e l'intervento del Consiglio di Stato: omissivo o commissivo?

Come riconosciuto dalla maggioranza della dottrina, uno degli obiettivi dell'ordinanza della Suprema Corte è il superamento dell'orientamento costituzionale formatosi a partire dalla sentenza 6/2018, servendosi dell'azione della Corte di giustizia[19]. Come già detto, il primo quesito formulato dalle Sezioni Unite alla Corte di giustizia riguarda la nozione dei "motivi di giurisdizione" di cui al comma VIII dell'art. 111 Cost.[20].

Secondo la Corte costituzionale, il testo della disposizione in esame consente solamente una lettura in via restrittiva. In tal senso, viene evidenziata la formula testuale utilizzata nella disposizione ("soli motivi") e la contrapposizione del menzionato comma con quanto previsto nel comma precedente, riferito al ricorso per violazione di legge[21]. Da ciò ne deriva che, "l'«eccesso di potere giudiziario»,

lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020, p. 6; B. DE SANTIS, *Considerazioni di prima lettura*, cit., p. 3; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020, p. 7.

[19] Nello stesso senso, S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 21; B. DE SANTIS, *Considerazioni di prima lettura*, cit., p. 5; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione*, cit., p. 2.

[20] Per considerazioni circa la gradazione tra i tre motivi di ricorso, si rimanda a M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 12.

[21] In particolare, così la Corte costituzionale nella sent. 6/2018, punto 11 delle considerazioni in diritto: "La tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione. Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso. In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione

denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici"[22]. Così, una lettura estensiva dei "motivi di giurisdizione" non può in alcun modo essere sostenuta ancorché fondata su principi fondamentali, che vanno comunque garantiti dall'ordinamento nazionale, con altri strumenti ma "non in sede di controllo sulla giurisdizione"[23].

Secondo la diversa impostazione elaborata dalla Cassazione, invece, si considerano sindacabili le pronunzie del Consiglio di Stato e della Corte di Conti che si traducano nel "radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionale o Ue) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, tra questi, il caso di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna, incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia"[24]. Il ricorso per motivi di giurisdizione, quindi, come più volte confermato dalla Corte di legittimità, può essere utilizzato nelle ipotesi in cui la pronunzia del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti si traduca in un "diniego di tutela giurisdizionale" di una pretesa che, invece, a livello sovranazionale viene tutelata.

Questa espressione sembra sottolineare il carattere omissivo delle sentenze del giudice amministrativo o contabile. Nel recente arresto delle Sezioni Unite, sul punto sembra esporsi una posizione diversa.

Il Consiglio di Stato, nell'indicare l'ordine di trattazione da seguire nel caso di ricorsi reciprocamente escludenti, avrebbe svolto, di fatto, una funzione normativa

operata dal rimettente, parificando i due rimedi, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni".

[22] *Ult. loc. cit.*, punto 15 delle considerazioni in diritto.

[23] *Ult. loc. cit.*, punto 14 delle considerazioni in diritto

[24] Cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 31226 del 2017; Cass., Sez. Un., sent. 18 dicembre 2017, n. 30301; Cass., sent. 17 gennaio 2017, n. 953; Cass., sent. 8 luglio 2016, n. 14042; Cass., sent. 29 febbraio 2016, n. 3915; Cass., sent. n. 2242 del 2015.

– come peraltro già riconosciuto da una parte della dottrina[25]. Tale "attività di diretta produzione normativa"[26], inoltre, sarebbe esercitata nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, che è materia "in cui lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione"[27]. In questo senso, quindi, il Consiglio di Stato svolgerebbe un'attività di legiferazione non consentita nemmeno al legislatore nazionale. L'intervento del giudice amministrativo, quindi, viene ricostruito secondo una *struttura commissiva* di invasione delle altrui prerogative[28].

Questa diversa impostazione delle Sezioni Unite sembra motivata dall'intento di svincolarsi dal perimetro tracciato dalla sentenza 6/2018 della Corte costituzionale – in cui si fa più volte riferimento alla fattispecie del diniego di tutela, che richiama alla mente l'omissione.

[25] Esplicitamente in questo senso R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria*, cit., p. 11: "Una chiara evidenza di come la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto a causa di un sistema normativo incompleto, si ha nello spinoso tema della tassonomia delle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, vale a dire nella determinazione dell'ordine di graduazione dei motivi di impugnativa in un'azione di annullamento ovvero nel rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale". Ancora, p. 13: "esempio paradigmatico di come la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto, non solo culturale, ma complementare, in quanto viene a colmare una lacuna del sistema si ha nell'importante e delicato tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale". Da ultimo, pp. 15 e 16: "Pertanto, per quanto maggiormente interessa ai fini del presente lavoro, sia il giudice nazionale che ha rimesso la questione in via pregiudiziale sia il giudice europeo hanno considerato le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come integrative delle fonti del diritto, facendo riferimento ai principi da essa espressi come "diritto vivente" o come "norme processuali nazionali", il che, in presenza di un vuoto normativo, corrisponde all'essenza delle cose".

[26] Cass., Sez. Un., ord. 19598 del 2020, punto 32 delle considerazioni in diritto.

[27] Così Cass., Sez. Un., *ult. loc. cit*

[28] La lettura della condotta attiva del Consiglio di Stato sembra confermata in G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, ove si ricostruiscono in termini di *invasione dell'altrui giurisdizione* le sentenze del Giudice amministrativo di ultima istanza contrastanti con l'interpretazione del diritto UE resa dalla Corte di giustizia. Così, p. 14: "l'ipotesi che il Consiglio di Stato affermi la propria giurisdizione su materia (l'interpretazione e l'applicazione di norme dell'Unione europea) attribuita ad altra giurisdizione (la Corte di giustizia), in un caso di obbligo di operare il rinvio così come è pacifico da decenni e come troviamo scolpito in un trattato internazionale democraticamente sottoscritto e ratificato dallo Stato italiano".

La scelta dell'ordinanza in esame, invece, come visto, sembra essere quella di *spostare* i termini della problematica all'interno della diversa *condotta attiva* dell'invasione del potere legislativo. La forza dell'orientamento costituzionale così perderebbe intensità. Inoltre, ritenendo fondata questa ricostruzione, si giungerebbe ad un esito diverso anche con riguardo all'utilizzabilità *legittima* del ricorso per motivi di giurisdizione. Indipendentemente dalla matrice sovranazionale della disciplina in materia di appalti, infatti, il giudice amministrativo non può comunque esercitare alcuna attività di produzione normativa, poiché costituzionalmente riservata al legislatore.

Muovendo da tale assunto, quindi, l'esercizio del potere normativo da parte del giudice amministrativo dovrebbe trovare la medesima reazione nell'ordinamento interno, sia ove risulti effettuato a discapito delle prerogative del legislatore nazionale che di quelle del diritto dell'UE. Altrimenti vi sarebbe la violazione del principio di equivalenza che, unitamente al principio di effettività, costituiscono i limiti invalicabili entro cui ciascuno Stato membro può esercitare la propria "autonomia procedurale" nell'ambito del diritto UE. In ottemperanza a tali principi, quindi, il ricorso per motivi di giurisdizione, pacificamente ritenuto utilizzabile per reagire all'invasione delle attribuzioni legislative nazionali da parte del Giudice amministrativo, dovrà necessariamente essere considerato *attivabile* per contrastare la medesima azione invasiva delle prerogative del legislatore sovranazionale – anche ove questo si esprima tramite le pronunzie della Corte di giustizia[29].

4. La posizione del Consiglio di Stato e la reazione delle Sezioni Unite

Sulla tematica dei ricorsi reciprocamente escludenti è innegabile la diversità delle posizioni assunte dal Consiglio di Stato, da un lato, e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, dall'altro.

[29] Quanto al principio di equivalenza, si richiama l'ordinanza delle Sez. Un. 19598/2020, punto 41.1 dei considerato in diritto: "Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di Giustizia".

In particolare, l'orientamento della Corte sovranazionale è stato espresso a chiare lettere dalla Grande sezione secondo cui "il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb*"[30] (*NdA*, principio riferito alla trattazione congiunta dei motivi di ricorso quando dall'esame di questi può derivare l'esclusione anche dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale della commessa pubblica). In tal senso, quindi, la risposta della Corte sovranazionale al terzo quesito formulato nell'ordinanza n. 19598 del 2020 dovrebbe essere di conferma di quanto già ampiamente statuito nelle precedenti pronunzie[31]. Al riguardo, vista la chiarezza della posizione della Corte di giustizia sul punto[32], si potrebbe addirittura dubitare dell'esigenza di utilizzare nuovamente lo strumento del rinvio pregiudiziale[33].

La decisione del Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 4/2011, si pone in aperto contrasto con l'orientamento sovranazionale allora già esistente. Come detto, questi diversi approcci sono frutto di una differente concezione della legittimazione ad agire che condiziona l'azione del ricorrente principale[34]. In breve, dal lato nazionale si richiede la possibilità di ottenere, per via dell'impugnazione, il bene della vita "aggiudicazione del

[30] Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c. Airgest*.

[31] Cfr. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 18 ss.

[32] Vedasi anche M. MORETTI, *Continua il dialogo*, cit., p. 17.

[33] Cfr. G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, TFUE e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte Giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2014, p. 5: "L'obbligo di rinvio è in secondo luogo escluso quando ricorre sul punto controverso una giurisprudenza costante della Corte di giustizia e quando la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata".

[34] In questo senso, si rimanda alla chiara esposizione di M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020, p. 2: "Il tema, dunque, era, sotto una diversa angolazione, quello (potremmo dire, ormai, "solito") della tutelabilità, in astratto, dell'interesse "strumentale" alla ripetizione della gara, che il Consiglio di Stato aveva qualificato di "mero fatto" e che le Sezioni Unite "dubitano" possa rientrare tra quelli che, sia pure con riferimento ai ricorsi incidentali reciprocamente escludenti e ai ricorsi con i quali lo stesso escluso chiedeva anche (con motivi aggiunti) l'esclusione degli altri concorrenti, la Corte di Giustizia ritiene giuridicamente tutelabili secondo il diritto dell'Unione".

contratto". Dal lato europeo, invece, risulta sufficiente anche la possibilità di ottenere la mera riedizione della gara – pretesa che, nell'impostazione del Consiglio di Stato, costituisce un interesse di mero fatto[35].

Preso atto di questo contrasto, la scelta delle Sezioni Unite è stata quella di sollecitare l'intervento della Corte di giustizia. Come si dirà successivamente, questa decisione sembra poco conforme all'etichetta di "correttezza istituzionale" tra Corti superiori nazionali[36]. Come sostenuto dalla maggioranza della dottrina, infatti, la Suprema Corte avrebbe potuto optare per una semplice cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, con contestuale rinvio al giudice amministrativo[37]. La proponibilità del ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, infatti, è rimessa solamente a valutazioni della medesima Corte di legittimità, senza che sia previsto alcun ulteriore sindacato da parte di altri soggetti circa la nozione di "motivi di giurisdizione", di cui si è ampiamente detto *supra*. In questo senso, quindi, la Suprema Corte ben avrebbe potuto conoscere del ricorso *ex* art. 111, c. VIII, Cost., nonostante la sentenza 6/18 della Corte costituzionale.

La Corte di legittimità, nell'annullare la sentenza del Consiglio di Stato, inoltre, avrebbe potuto sollevare le medesime perplessità circa l'evidente contrasto esistente tra il giudice amministrativo e la Corte sovranazionale, sottolineando,

[35] *Ex multis*, Consiglio di Stato, sent. 5606 del 2019, punto 11 della motivazione: "L'odierna appellante, essendo stata esclusa dalla gara per non aver superato la "prova di resistenza" della soglia minima di punteggio (…) rimane dunque priva non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara".

[36] Al riguardo, si richiama F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente* cit., p. 14: "Ciò non esclude che possano verificarsi interferenze tra nomofilachie, ma tali interferenze possono trovare composizione, come finora è sempre avvenuto, in sede di dialogo tra le Corti e non con atteggiamenti conflittuali che, in tutti i campi, solitamente tagliano le ali alle colombe del dialogo e nutrono i falchi del conflitto, incidendo seriamente sulla "prevedibilità della stessa nomofilachia".

[37] Alcuni autori considerano la questione di giurisdizione direttamente risolvibile dalla Corte di Cassazione poiché attinente alla configurazione dell'interesse alla ripetizione della gara, non come mero interesse di fatto, ma come pretesa giuridicamente rilevante. In tal senso F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, p. 9; A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *judicium.it*, 11/2020, p. 4; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., p. 23.

Sempre nel senso della questione di giurisdizione risolvibile dalla Cassazione ma con esito diverso, in quanto si sarebbe potuta *disapplicare* direttamente la lettura fornita dalla Corte costituzionale dell'art. 111, c. VIII, Cost., si pone G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 18.

inoltre, la corrispondente violazione del principio del primato del diritto UE. Per questa via, quindi, la Corte di Cassazione avrebbe potuto *sollecitare* il Consiglio di Stato ad utilizzare nuovamente lo strumento del rinvio pregiudiziale per cercare di ricomporre, una volta per tutte, il dissidio con la Corte di giustizia – in particolare, con l'indicazione di far emergere esplicitamente la concezione *amministrativistica* della legittimazione ad agire[38]. Al riguardo, occorre specificare però che le indicazioni della Corte di Cassazione esposte nelle sentenze rese in sede di ricorso *ex* art. 111 c. VIII Cost. non sono vincolanti nel merito. La pronuncia della Suprema Corte, infatti, è vincolante per il Consiglio di Stato soltanto quanto alle indicazioni concernenti la giurisdizione[39].

5. Il ricorso per Cassazione ex art. 111, c. VIII, Cost., come baluardo dell'obbligo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)

Il secondo quesito sottoposto dalla Suprema Corte alla Corte di Giustizia riguarda la possibilità di utilizzare il ricorso *ex* art. 111, c. VIII Cost., come strumento *sanzionatorio* della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale[40]. In questo senso, infatti, il giudice nazionale, che interpreta direttamente norme non chiare di

[38] *Speranza* già espressa con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3708 del 2016, immediatamente successiva alla sentenza della Corte di Giustizia c.d. *Puligienica*, da M. MORETTI, *Continua il dialogo*, cit., pp. 20 e 21: "Data la diversità della concezione del processo in materia di appalti tra la Corte di Giustizia e il Consiglio di Stato, quest'ultimo avrebbe fatto meglio (nelle occasioni che gli si sono presentate) a stabilire un dialogo con la Corte di Giustizia, mediante il rinvio pregiudiziale. In tal modo, esso avrebbe potuto sottoporre all'attenzione della Corte le problematiche che (secondo parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa italiana) la giurisprudenza europea qui esaminata potrebbe innescare nel sistema della giustizia amministrativa (…) processo. È, quindi, auspicabile che il Consiglio di Stato, in futuro, prediliga la via del confronto diretto con la Corte europea, piuttosto che cercare di adattare le statuizioni di quest'ultima alle specifiche esigenze della giustizia amministrativa italiana (mediante una sorta di interpretazione conforme alla rovescia, illegittima dal punto di vista del diritto UE)".

[39] In questo senso Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2007: "perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione".

[40] Sul punto vi è già un orientamento contrario della giurisprudenza e della dottrina. *Ex multis*, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione*, cit., p. 20. Quanto alla giurisprudenza, si richiamano le sentenze Cass. civ., sez. un., 25 maggio 1984, n. 3223; 29 aprile 2005, n. 8882; 2 dicembre 2005, n. 26628; 5 maggio, 2008, n. 10974; 1 marzo 2012, n. 3236.

matrice europea, senza alcuna motivazione circa il mancato rinvio pregiudiziale[41], "invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia, e si espone al ricorso per motivi di giurisdizione"[42]. La Suprema Corte chiede, inoltre, se in quella sede sia possibile ripristinare la legalità violata tramite un rinvio pregiudiziale attivato *in sostituzione* dalla Corte di Cassazione – nell'inerzia del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti[43].

La configurazione del ricorso per motivi di giurisdizione *ex* art. 111, c. VIII Cost. come strumento di garanzia dell'effettività dell'obbligo di rinvio pregiudiziale si espone a valutazioni positive e negative.

In primo luogo, con tale meccanismo si riuscirebbe ad evitare il consolidamento di un orientamento contrario al diritto UE e, conseguentemente, verrebbe rispettato il principio del primato dello stesso diritto sovranazionale. Inoltre, con tale mezzo si potrebbe ottenere una tutela diretta ed immediata avverso la sentenza dettata in violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale[44].

---

[41] Il Consiglio di Stato, nella sentenza 5606 del 2019, non si è interrogato circa la compatibilità del proprio orientamento con il diritto UE. Le *preoccupazioni* sovranazionali sono sorte, per la prima volta, in sede di ricorso avverso la citata sentenza del Giudice amministrativo di ultima istanza. Ciò è sottolineato anche da M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 56 e A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, cit., p. 4.

[42] Così Cass., Sez. Un., ordinanza 19598 del 2020, punto 54 dei considerato in diritto.

[43] Il meccanismo di un rinvio pregiudiziale *in sostituzione* viene criticato in M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 58, secondo cui la Cassazione non deve agire *in sostituzione* ma dovrebbe annullare la sentenza e rimettere le valutazioni circa il rinvio pregiudiziale al Consiglio di Stato, quale giudice del rinvio. Questa stessa procedura è prevista, ad esempio, nell'ordinamento tedesco. In quel sistema, come si dirà *infra*, è previsto il ricorso diretto alla Corte costituzionale per ottenere l'annullamento della sentenza contrastante con l'obbligo *ex* art. 267 TFUE. In seguito all'annullamento è previsto il rinvio al giudice di merito, che dovrà attivare il rinvio pregiudiziale in sostituzione. Di ciò ne dà conto E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 358 ss.

[44] Cfr. G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 15: "Ed è paradossale, ci sia consentito, che la Cassazione, che si è conformata a tale sentenza costituzionale, l'abbia anche in qualche modo giustificata, individuando il rimedio dell'azione di risarcimento del danno, ciò che alimenta disagio a leggerlo in una decisione del giudice di legittimità. Invero, non può in alcun modo giustificarsi l'impossibilità di ricevere tutela reale sul presupposto che è possibile attivare rimedi di tipo risarcitorio, giacché l'illegittimo esercizio di un potere deve sempre condurre, in via primaria, alla tutela reintegratoria (…). In caso contrario, si andrebbe incontro ad un'inversione logico-giuridica pericolosa e in totale violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale".

Attualmente, infatti, l'unica tutela prevista è l'azione risarcitoria con cui far valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, per effetto del mancato adempimento dell'obbligo *ex* art. 267 TFUE. Il rimedio risarcitorio, come noto, rappresenta una forma d'intervento per equivalente. Tramite il ricorso per motivi di giurisdizione, invece, si può ottenere la caducazione della sentenza contrastante con il diritto UE. L'annullamento della pronuncia costituisce un mezzo di tutela in forma specifica che consente la demolizione definitiva del titolo lesivo delle ragioni del singolo, garantite a livello UE ma ritenute irrilevanti sul piano nazionale.

Quanto agli aspetti negativi di tale lettura, occorre evidenziare il contrasto con la legalità costituzionale. Consentire, di fatto, un ricorso per motivi di giurisdizione per violazione di legge, *sub specie* violazione del diritto UE, si traduce nell'introduzione per via pretoria di un ulteriore grado di giudizio[45].

In tal modo verrebbe scardinato il sistema di mezzi e gradi di impugnazione della giustizia amministrativa e contabile, in pieno contrasto con la scelta legislativa[46]. Questa distorsione, inoltre, avrebbe l'effetto di introdurre un terzo grado di giudizio soltanto nelle materie di matrice europea. Per le altre, invece, rimarrebbe ferma l'originaria struttura delle impugnazioni, con le correlative conseguenze in tema di principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)[47].

Ancora, la trasformazione del ricorso per Cassazione in baluardo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale riguarderebbe soltanto le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti[48]. Rimarrebbe l'interrogativo circa lo strumento da utilizzare

[45] Pericolo percepito anche da M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., p. 27.

[46] In questo senso, tale distorsione era stata già recepita da F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente* cit., p. 15: "suscita perplessità quell'orientamento che, ancora una volta ampliando il sindacato della Corte di cassazione, sembra ricondurre a questione di giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso o del diniego, ricorribile ex art. 111, la violazione del diritto dell'Unione europea: in tal modo trattando alla stregua di una questione di giurisdizione una questione di denunciato errore di diritto e incidendo, ancora una volta, per "via comunitaria" sull'assetto interno della giurisdizione e sullo stesso regime di responsabilità gravante –come è noto- sul "giudice di ultima istanza", che finirebbe con l'essere la Corte di cassazione anche in materie devolute alla giurisdizione amministrativa". Lo stesso autore, però, in nota riconosce che l'orientamento ora citato sembra condivisibile ove si debba reagire ad una ipotesi in cui il Giudice ammnistrativo di ultima istanza abbia violato l'obbligo di rinvio pregiudiziale, senza fornire sul punto alcuna motivazione.

[47] In questo senso, M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 31.

[48] La Corte di cassazione, così, finirebbe per assumere il ruolo di Giudice *super*-supremo al quale è riconosciuta una funzione nomofilattica perfino *esterna* alla propria giurisdizione, a discapito della struttura costituzionale. In questo senso F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente*, cit., p. 13: "L'orientamento che tende ad ammettere una nomofilachia cd.

nell'eventualità in cui fosse la medesima Corte di Cassazione a violare il menzionato obbligo – ferma restando la possibilità di sostenere uno *strano* "secondo" intervento della Cassazione, volto a sindacare una sentenza emanata da sé stessa.

Inoltre, questa manipolazione del ricorso *ex* art. 111, c. VIII, Cost., motivata dall'esigenza di rendere effettivo l'obbligo del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE nei confronti del Consiglio di Stato, finirebbe per ottenere il risultato contrario. La sostanziale introduzione di un ulteriore grado di giudizio, infatti, avrebbe l'effetto di trasformare il Giudice amministrativo di secondo grado in giudice non di ultima istanza, così liberandolo dal menzionato vincolo[49].

6. La pronuncia del Consiglio di Stato ed il ruolo della Corte costituzionale

Vista la rilevanza dell'istituto del rinvio pregiudiziale[50], in alcuni ordinamenti nazionali (quali Germania e Spagna)[51] è previsto uno strumento apposito per reagire alla violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, oltre all'azione

esterna della Corte muove dal principio di effettività della tutela e ammette il sindacato della Corte ex articolo 111 Cost. tutte le volte in cui il giudice speciale non abbia dato una tutela "appropriata" sul piano sostanziale e secondo le regole del giusto processo. La Corte assolverebbe, sembra di capire, una funzione di chiusura del sistema delle tutele a garanzia dell'ordinamento. Ammetto che l'idea mi prende; ma ammetto anche che non saprei, da giudice, come applicare questo criterio. Configurare poi la Cassazione come l'organo in grado di verificare se sia stata assicurata una tutela appropriata ed effettiva in campi, settori, conoscenze esulanti dalla propria giurisdizione, e dall'ordinario esercizio di questa da parte dei suoi giudici, mi sembra una cosa bizzarra; tanto da indurre, probabilmente a torto, a pensare, come esplicitamente ipotizza Riccardo Villata, che i fautori di questa tesi mirino essenzialmente a mutare l'assetto delle giurisdizioni a Costituzione invariata, ma in violazione del tenore testuale della stessa".

[49] M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp. 58-59.

[50] Sulla rilevanza del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, *ex multis*, si richiama P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, aprile 2010, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf; 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*, 1/2019, p. 7.

[51] Nell'ordinamento tedesco è previsto lo strumento del ricorso diretto alla Corte costituzionale per lamentare la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione di ultima istanza; nell'ordinamento spagnolo, vi è il *recurso de amparo* di garanzia del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva.

risarcitoria con cui si fa valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

In particolare, nell'ordinamento teutonico si prevede la possibilità di richiedere direttamente una pronuncia di annullamento da parte della Corte costituzionale avverso qualunque sentenza contrastante con il diritto UE[52]. L'introduzione di uno strumento simile anche nel nostro ordinamento deve necessariamente passare dall'intervento del legislatore. Il sistema dei mezzi e dei gradi di impugnazione, infatti, non può essere mutato per via pretoria.

Un possibile effetto dell'ordinanza in commento, come detto, potrebbe essere quello di consentire alla Corte di Giustizia, tramite l'opera interpretativa già svolta dalla Suprema Corte, di *trasformare* il ricorso per motivi di giurisdizione *ex* art. 111 Cost., VIII c., in mezzo d'impugnazione delle pronunce contrastanti con il diritto UE. Sembra che le esposte rilevanti ripercussioni che potrebbe avere l'intervento della Corte sovranazionale sull'assetto giurisdizionale, avrebbero dovuto muovere la Suprema Corte verso altre strade, diverse da quella del rinvio pregiudiziale[53].

Per la rilevanza delle conseguenze ora esaminate, la scelta più adatta sarebbe stata quella della proposizione di una questione di legittimità costituzionale[54]. La Corte di cassazione avrebbe potuto richiedere la declaratoria d'illegittimità costituzionale della disciplina in materia di ricorsi reciprocamente escludenti, per come interpretata dal Consiglio di Stato, per violazione del diritto UE e dell'art. 117 Cost. come norma interposta. In tal modo, ferma restando la possibilità di una nuova pronuncia di inammissibilità – sulla scia della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale –, la Suprema Corte avrebbe potuto sollecitare l'attenzione della Corte costituzionale, e di tutta la comunità scientifica, circa la possibilità di introdurre uno strumento per garantire in via diretta l'effettività dell'obbligo del rinvio pregiudiziale[55].

---

[52] Con riferimento agli strumenti previsti nell'ordinamento tedesco e spagnolo si richiama E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 360 ss.

[53] Quanto al comportamento *imprudente* della Suprema Corte, B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, postilla a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 21: "Certo, l'acribia dimostrata dalla Cassazione nel costruire la questione di interpretazione avrebbe potuto essere esercitata per trovare una soluzione. Certo, si sarebbe potuto cercare ancora una strada interna alle giurisdizioni nazionali. Certo, dall'organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell'indubbiare la Costituzione".

[54] Cfr. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 40.

[55] Visto l'elevato numero dei contributi sull'ordinanza in commento, questo risultato di stimolare un dibattito sul punto sembra comunque raggiunto. In questo senso si pone anche M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp.

La formulazione di una questione di legittimità costituzionale, inoltre, sembra essere la scelta migliore anche in virtù della recente tendenza della Consulta a porsi quale organo di dialogo con le Corti sovranazionali, specie in relazione alle problematiche inerenti i diritti fondamentali della persona umana[56]. Al riguardo, è altresì vero che la disciplina processuale in tema di ricorsi reciprocamente escludenti incide sul diritto alla tutela giurisdizionale del ricorrente principale che, in virtù dell'orientamento del Consiglio di Stato, finisce per essere irrimediabilmente leso nelle proprie ragioni dalla presentazione del ricorso incidentale *escludente* da parte dell'aggiudicatario.

Il passaggio del testimone alla Corte costituzionale avrebbe consentito un nuovo approfondimento della menzionata questione circa la nozione di "motivi di giurisdizione" e, se del caso, l'intervento della Corte di Giustizia sarebbe stato richiesto direttamente dalla Consulta.

Da ultimo, pare opportuno sottolineare che il ragionamento seguito dalla Suprema Corte di Cassazione, quanto alla invasione da parte del Consiglio di Stato della sfera di attribuzioni del legislatore UE, sembra condivisibile anche alla luce di una visione comparatistica. In particolare, la Corte costituzionale tedesca, nel sindacato circa la violazione del diritto UE da parte di sentenze dei giudici domestici, ragiona in termini di ripartizione di "potere". In questo senso, quindi, in ambito UE il potere del giudice nazionale si contrae e lascia spazio solamente alla voce sovranazionale[57]. Una eventuale pronunzia non conforme al dettato UE –

66 e 67. Per una puntuale indicazione bibliografica dei numerosi contributi sull'ordinanza in oggetto, si rimanda a G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 3.

[56] Su tale recente tendenza della Corte costituzionale si richiama S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità – Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2019. In particolare, p. 7: "In secondo luogo, l'ordinanza n. 117 del 2019 sembra essere testimonianza del fatto che la Corte costituzionale sia consapevole di come la volontà di recuperare un ruolo centrale nella tutela dei diritti, indubbiamente perseguita nella recente giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, debba accompagnarsi all'accettazione di un dialogo diretto con la Corte di giustizia. Quest'ultimo elemento, in altre parole, rappresenta una sorta di 'contrappeso' necessario rispetto al primo, poiché può prevenire eventuali conflitti fra le due Corti".

[57] In questo senso, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., p. 22: "diversa concezione, ai fini che interessano, del rapporto tra giurisdizione nazionale e giurisdizione della Corte di giustizia, che richiama quello che intercorre tra giudice ordinario e giudice speciale: in tale prospettiva, di conseguenza, il giudice costituzionale è chiamato a verificare il rispetto della regola sul riparto di competenze tra giudice interno e giudice dell'Unione individuata dall'art. 267 TFUE, la cui inosservanza può risolversi nella violazione della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge".

anche sotto forma di sentenza della Corte di giustizia – risulta perciò emanata in *carenza di potere*.

Anche alla luce di questa impostazione, quindi, in una prospettiva *superficiale* la lettura proposta dalle Sezioni Unite pare condivisibile. L'invasione da parte del Giudice amministrativo della sfera di potere del *Giudice-legislatore UE* potrebbe essere sanzionata con lo strumento del ricorso per motivi di giurisdizione *ex* art. 111 Cost., c. VIII. In una visione più attenta al principio di legalità, invece, date le menzionate conseguenze di tale impostazione in termini di mezzi e gradi di impugnazione, si esige una più approfondita riflessione circa l'opportunità di introdurre, per via legislativa, nel nostro ordinamento uno strumento diretto a garantire l'effettività dell'obbligo del rinvio pregiudiziale e, conseguentemente, del principio del primato del diritto UE.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Recensione ad Alfredo D'Attorre, *L'Europa e il ritorno del "politico". Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-257

CARLO MAGNANI*

Indice disponibile all'indirizzo:
www.giappichelli.it/media/catalog/product/summary/9788892191464.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2021

Suggerimento di citazione
C. MAGNANI, *Recensione ad Alfredo D'Attorre,* L'Europa e il ritorno del 'politico'. Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-257*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Urbino "Carlo Bo". Indirizzo mail: carlo.magnani@uniurb.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Alfredo D'Attorre ha dato alle stampe un interessante volume che prova a fare il punto sulla evoluzione delle principali teorie giuridico-politiche elaborate in dottrina sul processo di integrazione europea. Per i tipi della *Giappichelli* è uscito infatti (a fine 2020) *L'Europa e il ritorno del "politico". Diritto e sovranità nel processo di integrazione* che, con una lunga Introduzione e sei capitoli ben equilibrati, prova a fornire chiavi di lettura per comprendere quel complesso processo istituzionale che la pubblicistica denomina spesso senza troppe sottigliezze "l'Europa". Il libro di D'Attorre ha un taglio prevalentemente scientifico, lo si vede dalla copiosa bibliografia e dalle note che ne rendono puntualmente conto. La lettura è fluida, non inframmezzata da continue citazioni, mentre le varie posizioni dottrinali risultano esposte ed esplicitate nelle note a piè di pagina.

Il processo di integrazione europea può essere analizzato da diversi ambiti del sapere, quello offerto da D'Attorre è un punto di vista interdisciplinare che prova a dare conto di un «oggetto, costituito da un inestricabile intreccio di elementi economici, giuridici, politici sociali e storici» (p. 11). L'asse principale è però quello giuridico-politico, con il trattino, nel senso della sintesi tra la dimensione giuridica e quella politica: si possono infatti trovare riferimenti al diritto pubblico, alla teoria generale del diritto e alla riflessione politica ed economica in senso stretto. La letteratura che viene citata rappresenta le voci più autorevoli, sia nazionali che internazionali, del dibattito teorico attorno alla questione europea; in più si registra anche una meritevole menzione e attenzione verso alcuni importanti pronunciamenti della Corte di Giustizia della Unione europea nonché del Tribunale costituzionale tedesco.

Nell'indagine scientifica delle varie dottrine e dei temi centrali della integrazione europea non manca però, e questo è un ulteriore pregio del libro, il rimando alle ricadute ideologiche della costruzione europea nella opinione pubblica. «Questo lavoro prova ad analizzare proprio il rapporto fra la ricerca teorica su questi temi e un retroterra ideologico e culturale più generale. L'obiettivo è dimostrare come questa prospettiva possa rivelarsi preziosa per capire sia la direzione che il processo di integrazione ha preso a partire dagli anni Ottanta, sia il modo in cui si è formata una chiave prevalente di interpretazione che ha accompagnato questo percorso» (p. 2). Insomma, la narrazione politica dominate sull'Europa ha, come ogni ideologia, serie basi culturali e scientifiche che devono essere in primo luogo comprese.

Il percorso di comprensione critica è organizzato su due livelli, da un lato troviamo l'Introduzione e il capitolo conclusivo, dall'altro il *corpus* centrale del libro. Nel primo tragitto, l'Autore manifesta una propensione a guardare avanti, muovendo dall'impatto della doppia crisi, quella economica del 2012 e quella attuale della

pandemia del 2020, mette insieme un quadro ove si registrerebbero elementi di discontinuità con l'integrazione europea così come l'abbiamo conosciuta sino ad oggi. Sarebbe in corso un vero e proprio «spiazzamento nello scenario post-crisi tanto dell'europeismo liberista, custode dell'ortodossia di Maastricht, tanto dell'antieuropeismo nazionalista, che aveva scommesso sulla disintegrazione» (p. 13) della moneta e dell'Unione europea. Nella seconda direzione, quella appunto che si sostanzia nei cinque capitoli centrali, a prevalere è la ricostruzione (e decostruzione) delle principali teorie che hanno sorretto il processo di integrazione giuridica, alimentandone, al contempo, la narrazione ideologica.

Proviamo a muovere da questa parte più analitica. Il lettore si troverà di fronte ad una rassegna, ed al relativo svolgimento storico, dei principali nodi teorici e politici che contrassegnano l'attuale fase della Unione europea. Un dato di partenza è costituito dalla appartenenza del progetto europeo al blocco atlantico: esso «muove i suoi primi decisivi passi come tassello fondamentale del blocco occidentale e della sua strategia di contenimento dell'avanzata del socialismo reale» (p. 23). L'avvio del processo ha goduto di una certa felice ambiguità, quando l'impostazione federalista (Altiero Spinelli) insidiava il funzionalismo (Jean Monnet) e il livello della integrazione giuridica ed economica lasciava agli Stati ampia autonomia nella definizione delle proprie politiche pubbliche. È la fase dei Trenta Gloriosi (1945-1975) che segna il compromesso socialdemocratico e il *welfare state*.

Dopo il crollo del Muro di Berlino, la visione funzionalista ha preso l'egemonia trasformando «l'integrazione giuridica da *mezzo* a *fine in sé*» (p. 37): lo spazio di azione politica che l'istanza federalista, comunque, prevedeva è stato così del tutto ridimensionato. Emerge qui il fattore costitutivo, secondo D'Attorre, della integrazione europea di Maastricht: cioè il suo essere un processo di neutralizzazione economico-burocratica della politica, del tutto "spoliticitizzato". La congiuntura della fine della Guerra fredda condensa una micidiale miscela di processi, riassunti nella categoria della globalizzazione, che hanno interagito con l'integrazione europea approfondendo ulteriormente la tendenza alla contrazione dello spazio del conflitto politico.

In pochi anni non sono stati raschiati via solo i Trenta Gloriosi del compromesso sociale keynesiano, con le relative conquiste in termini di diritti sociali e di regolazione politica dell'economia, ma ad essere stravolta è stata l'idea stessa di Modernità, che aveva mantenuto una sua costante tensione, pur tra conflitti e prestazioni altalenanti, praticamente dal Seicento sino a tutto il Novecento. La concezione della politica come costruzione artificiale del corpo sociale, materializzatasi prima nella sovranità statale e trasferitasi poi nella sovranità democratica del costituzionalismo novecentesco, è diventata la vera posta in gioco (concettuale e istituzionale) nel contesto del diffuso globalismo politico e

giuridico. A partire dagli anni Ottanta «inizia gradualmente a formarsi anche in ambito teorico un nuovo *senso comune*, secondo il quale» la globalizzazione e il postfordismo determinerebbero una nuova necessità storica irreversibile, cioè una l'alba di una epoca ove sarebbero ormai «fuori gioco gli elementi fondanti della modernità politica dispiegata: lo Stato, la sovranità, la cittadinanza e la democrazia su base nazionale» (p. 96). Protagonisti di questa sensibilità teorico-culturale nuova, che ben presto è diventata ideologia corrente nella opinione pubblica e nell'agenda politica, non sono stati solo i liberali tradizionali, rinfrancati dalla nuova centralità del privato a scapito di ciò che è regolazione pubblica, ma anche i ceti intellettuali di una sinistra ormai orfana di una cultura politica solida ed in cerca di nuovi approdi teorici. Il globalismo è diventato un credo comune, e l'europeismo ha costituito una forma specifica di questo processo favorito dalle classi dirigenti. L'idea dello Stato sovrano, radicalizzata nel Novecento nelle costituzioni democratico sociali, è stata scalzata dalla idea di una comunità globale tenuta assieme da valori universali. La filiera del giuridico che andava dalla *democrazia* alla *legge* e così ai *diritti*, è stata soppiantata, da parte progressista, da una nuova linea che muove dal ruolo dei *giudici* per transitare tramite le loro *sentenze* ai *valori universali* da mediare. Al posto del conflitto politico democratico, reso inutile dal fatto che sull'economia decide solo il mercato, si è introdotto il bilanciamento dei principi morali che stanno dietro ai diritti. Per certi versi è la morte del positivismo giuridico kelseniano, che pure è il retroterra della decostruzione della sovranità, sostituito da un neo-giusnaturalismo laico. Di certo è la crisi della tradizione moderna, con esiti nichilistici testimoniati dalle formule concettuali impiegate per rendere conto del fenomeno: moneta senza Stato, Stato senza popolo, popolo senza identità, costituzionalismo senza Costituzione.

D'Attore è molto bravo nel collegare i fili che uniscono questo contesto teorico e culturale alla integrazione europea. La stessa "primazia" del diritto comunitario sul diritto statale è stata opera, condotta nel silenzio e fuori dai riflettori, della Corte di Giustizia della Comunità europea, che già nei primi anni Sessanta segnava la configurazione dell'ordinamento comunitario come una specie nuova, non un trattato internazionale ma un ordine 'multilivello' frutto della auto-limitazione volontaria della sovranità da parte degli Stati aderenti. È vero che la Corte costituzionale italiana ha risposto con la "dottrina dei contro-limiti", mai messa davvero in atto però.

Il processo di integrazione europea si è trovato dentro una dinamica del tutto inedita. A partire dalla rivoluzione neo-liberale degli anni Ottanta, passando per la caduta del socialismo reale, aggiungendo poi l'avvento della globalizzazione finanziaria, l'Unione europea è diventata un caso di scuola del nuovo dogma neo-liberale, una sorta di precipitato in cui vari fenomeni sono confluiti potenziandosi l'uno con l'altro. Forse il contributo più originale che è stato apportato dall'interno

è costituito dalla dottrina di matrice tedesca dell'*ordoliberismo*, non solo una concezione dell'economia, ma (come dice bene l'Autore, che dedica diverse pagine al tema) una vera e propria filosofia sociale, che si pone l'obiettivo di progettare organicamente l'evoluzione della comunità mediante rigidi rapporti tra società e capitale. L'economia sociale di mercato indica una forma di liberismo bilanciato (bassa inflazione, niente deficit, esportazioni) e non contempla il conflitto politico.

L'ordine di Maastricht, secondo D'Attorre, che segue qui un filone critico ben presente nella teoria, è pertanto un ordine spoliticizzato. Le dinamiche della democrazia si sono impoverite, ristrette e condizionate dall'incombenza dell'economico che ha preso il sopravvento nella crisi dello spazio tradizionale della politica, quello statuale: lo stesso Euro è l'esempio di una moneta senza governo politico.

Nell'architrave delle istituzioni europee si materializza la tripla crisi della modernità giuridico-politica: la crisi della sovranità, dello Stato e non ultima della rappresentanza politica. Il ruolo del Parlamento europeo è considerato pressoché unanimemente da rafforzare, privo di quelle prerogative che lo contrassegnano solitamente in uno Stato costituzionale di diritto. I modelli decisionali della Unione europea, inoltre, sono ispirati a principi quanto meno ambivalenti nei quali si concretizzano le crisi di cui sopra. La *governance* ha soppiantato il *government*, ridimensionando il peso della rappresentanza politica per affidarsi al metodo inter-governativo della concertazione tra gli esecutivi. Gli stessi concetti di federalismo e sussidiarietà, che sono tanto centrali nei Trattati e nella dinamica istituzionale, possono servire in astratto per rafforzare il ruolo dello Stato mediante una spinta unificatrice ma hanno una valenza opposta, agendo cioè «come *disarticolazione* dell'unità di un ordinamento politico esistente e superamento del suo impianto *centralista*» (p. 148). Essi sono stati impiegati per immaginare una Europa delle Regioni che saltasse la mediazione statale, promuovendo una *governance* fondata sul rapporto amministrativo tra enti territoriali e apparato *tecnocratico* di Bruxelles. L'Europa post-sovrana diffida dello Stato ma rischia così di spoliticizzarsi nella frammentazione territoriale: Althusius prende il posto di Hobbes.

Dato questo quadro, passiamo ad esaminare quella che appare la parte più costruttiva del libro, quella cioè rivolta a proiettare la teoria sugli scenari futuri. La dimensione politica che è stata prosciugata dalla integrazione giuridico-funzionale rischia di ripresentarsi sotto altre spoglie. Le affermazioni dei movimenti populisti o sovranisti, con tutto il carico di ambiguità da assegnare a questi termini, sono il sintomo che ciò che viene rimosso con la neutralizzazione tecnica ritorna in forma politica in altre forme, magari poco razionali. Una società non può essere a lungo privata del conflitto politico. Questi processi però sono appunto solo sintomi, non risposte efficaci, secondo D'Attorre, della necessità di un ritorno della politica.

Qui si innesta un ragionamento prospettico. Per l'Autore, infatti, dopo la crisi del debito privato (e non pubblico, come si dice) e soprattutto per via di quella della pandemia (entrambe per certi versi in corso), si danno le condizioni per «un definitivo cambio di scenario» (p. 190). I toni sono abbastanza decisi e decisivi: «Il mondo in cui l'ordine di Maastricht è stato pensato e costruito cessa definitivamente di esistere, i problemi e gli obiettivi che avevano la fase precedente, a partire dal contenimento dell'inflazione e del debito pubblico, appaiono *lunari* rispetto alle nuove drammatiche priorità» (p. 191). Non solo Europa però, ad essere in agenda sarebbe ormai il tema della *deglobalizzazione*: «la pandemia sembra destinata a portare a definitivo compimento quel tramonto della globalizzazione neo-liberale che era già in atto».

D'Attorre compie queste valutazioni appoggiandosi su dati di fatto e non su semplici desiderata: la sospensione del Patto di Stabilità, i piani di intervento della BCE a sostegno dei titoli statali, i vari programmi di finanziamento alla emergenza pandemica, non ultimo il Recovery Fund, un nuovo atteggiamento sulla monetizzazione del debito pubblico e sulla sua mutualizzazione, sono sintomi che qualcosa sta cambiando. Tutto starebbe ad indicare che sarà necessaria una ripresa della centralità della statualità e che il progetto europeo dovrà, per forza di cose pena la sua stessa sopravvivenza, prendere decisioni così fondamentali da dover segnare una discontinuità verso il ritorno della politica. L'Autore tende qui a configurare uno sbocco quasi inevitabile, senza alternative. Si potrebbe obiettare, svolgendo il compito di interlocutore critico, che il governo della Unione europea pare tuttora contrassegnato dal più assoluto occasionalismo, affidato come è a provvedimenti contingenti e provvisori nei quali è difficile intravedere una linea strategica di fondo, tranne quella di rimediare alle urgenze. Gli interventi della BCE, da quelli voluti da Draghi sino al Recovery, sono frutto di atti che non trovano riscontro nei Trattati, i quali continuano ad essere però in vigore e non si vedono all'orizzonte neppure segni di riforma radicale. L'Unione europea presenta un assetto che sembra lontanissimo da un basilare Stato di diritto. Inoltre, come ricordava Keynes, l'abbandono delle vecchie idee è più faticoso della ricerca di quelle nuove. La ricerca teorica però fa bene a misurarsi già da ora con questi problemi, anche se sono ancora *in fieri*. D'Attorre conclude il suo lavoro provando ad indicare una strada, auspica che la politica democratica possa riattivarsi negli Stati e possa trovare finalmente il giusto spazio anche a livello europeo. «Bisogna immaginare forme di democrazia confederale che arricchiscano e potenzino quella nazionale negli ambiti in cui è possibile, non che abbiano la pretesa di sostituirla o neutralizzarla» (p. 215) per giungere a nuovi spazi di sovranità politica comune. Una scommessa da sostenere anche nel lavoro culturale.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA ISSN 2281-2113

Il "fattore tempo" nel procedimento euro-nazionale di approvazione della legge di bilancio

MARCO CUTRONE*

Sommario

1. Premessa. – 2. Il tempo accelerato delle procedure parlamentari. – 2.1. La sessione di Bilancio: un procedimento parlamentare euro-nazionale. – 3. I "tempi" nel Calendario Comune di Bilancio. – 4. Il ciclo di Bilancio 2018. – 4.1. Le prassi del procedimento legislativo nell'interpretazione della Corte costituzionale: l'Ordinanza n. 17 del 2019. – 5. Il ciclo di Bilancio 2019. – 5.1. Il tempo accelerato nell'interpretazione della Corte costituzionale: l'Ordinanza n. 60 del 2020. – 6. Uno sguardo alla Sessione di Bilancio 2020-2021. – 7. Cenni conclusivi.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2020

Suggerimento di citazione

M. CUTRONE, *Il "fattore tempo" nel procedimento euro-nazionale di approvazione della legge di bilancio,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Trento; tutor presso il Master in Parlamento e politiche pubbliche della Libera università internazionale degli studi sociali "Guido Carli", Roma. Indirizzo mail: marco.cutrone@yahoo.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Premessa

Nel considerare le prassi parlamentari legate al procedimento legislativo, non si può prescindere dal "fattore tempo"; soprattutto oggi, che il Parlamento non è "solo" nello svolgimento dell'attività legislativa, né a livello nazionale, né a livello sovranazionale[1], e, soprattutto, non è "isolato"[2] da importanti mutamenti della realtà contingente. La vita politica, nell'era del mercato globale tecnologico, è infatti condizionata dalla quasi immediatezza delle reazioni, a livello economico internazionale, da parte dei cosiddetti "mercati finanziari"; reazioni che si producono con estrema rapidità, anche davanti a semplici annunci.

D'altro canto, gli attori politici sono sottoposti alla perenne esposizione mediatica, conseguente alle nuove abitudini di comunicazione istantanea via social networks. La modalità di comunicazione via web, oggi così invasiva non solo a livello di contatto diretto e costante tra esponenti politici ed elettorato di riferimento, ma anche a livello istituzionale, mal si concilia con i tempi di riflessione e di attuazione della mediazione politica, poiché impone massima rapidità di reazione e, contemporaneamente, un annullamento della sedimentazione di idee, proposte e ragionamenti, per concentrarsi invece sull'attualità di un presente immediato, corrispondente alla pubblicazione praticamente sincrona dei vari interventi e alla loro durata effimera[3].

[1] Si pensi essenzialmente alla necessità del Parlamento di conformarsi ai tempi concertazione della legge di bilancio nel procedimento euro-nazionale.

[2] Le due denotazioni si devono a 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,* Giuffrè, Milano, 2012, p. 606.

[3] Queste nuove, pressanti, dimensioni temporali esplicano i loro effetti sul tempo parlamentare e sul suo uso, il quale, come ricorda A. MANZELLA, è già di per sé dipendente da scelte di politica istituzionale, «per almeno tre gravi ragioni. La prima è quella di dare all'intero sistema di governo certezza e predeterminazione sui tempi della decisione parlamentare. La seconda è quella di assicurare il coordinamento temporale alla moderna legislazione d'intervento (che ha vincoli d'interdipendenza nei tempi altrettanto importanti che nei contenuti). La terza è la necessità di garantire il diritto della maggioranza a decidere, superando eventuali ostruzionismi di minoranza». A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2003, p. 155.

La distanza tra i tempi della politica e il tempo "reale"[4], insieme alla *desincronizzazione*[5] tra le dinamiche del parlamentarismo e le istanze di rapidità richieste dal contesto storico degli ultimi decenni, hanno profondamente influenzato e trasformato le azioni di Governo e Parlamento.

2. Il tempo accelerato delle procedure parlamentari

L'accelerazione delle procedure parlamentari era diventata un imperativo già fin dall'ultima, significativa, riforma del Regolamento della Camera del 1997, che era stata ispirata dalla volontà di dare attuazione al cosiddetto "parlamento decidente", espressione usata dall'allora Presidente della Camera nella premessa al volume dei lavori preparatori della riforma. L'esigenza di efficacia e di durata ragionevole delle decisioni, di fronte alla cronica lentezza dei lavori parlamentari, aveva ispirato le principali innovazioni regolamentari, dalla programmazione dei lavori, al contingentamento dei tempi.

Ma la giusta esigenza di certezza e definizione dei tempi delle decisioni si è poi sempre più associata al paradigma della rapidità[6], per cui, più del "buon andamento"[7] della vita dell'istituzione parlamentare, più ancora della nozione di "Parlamento decidente", ciò che conta ormai nel contesto attuale è che vi sia un "Parlamento che decida in tempo"[8] e che la classica e diffusa locuzione "tempi certi", usata nella prassi e nei documenti parlamentari, si trasformi in "tempi certi e veloci".

Considerate le prassi del procedimento legislativo nelle ultime legislature, infatti, si può affermare che non solo l'esaltazione del versante "decisionale", ma

---

[4] «Questa riduzione del tempo all'immediato presente, quale 'tempo reale' -spesso inteso addirittura come *deadline* - mette in crisi l'idea di 'durata' come tempo continuo e riduce fortemente i margini per qualsiasi mediazione. Non solo per quella, interna alla temporalità stessa, tra passato, presente e futuro, ma anche per quella istituzionale del Parlamento, le cui funzioni legislativa e di indirizzo politico hanno una strutturazione temporale irriducibile al 'tempo reale'.» così G. FILIPPETTA *La raccolta dei precedenti parlamentari tra archivistica, codicistica e ermeneutica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2012, p. 8.

[5] L'espressione è di E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 34.

[6] *Ibidem.*

[7] L'espressione fa riferimento a una delle prerogative istituzionali più importanti della Presidenza d'Assemblea: «*Il Presidente rappresenta la Camera. Assicura il buon andamento dei suoi lavori, facendo osservare il Regolamento*" (art. 8 r.C.); «*Il Presidente rappresenta il Senato e regola l'attività di tutti i suoi organi, …Assicura, impartendo le necessarie direttive, il buon andamento dell'Amministrazione del Senato*» (art. 8 r.S.).

[8] Sui concetti di Parlamento che «deve lavorare in tempo» e «Parlamento che lavora» si veda G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti parlamentari*, cit., pp. 6 ss.

soprattutto quella del versante temporale, è prevalente su altre considerazioni e ha finito per produrre «l'effetto di trasformare il Parlamento in un luogo di mera ratifica di decisioni già prese, [perdendo così] il valore aggiunto che le sedi parlamentari, in quanto sedi rappresentative, partecipative e trasparenti, possono fornire ai processi decisionali»[9].

A partire dalle legislature del maggioritario, la progressiva capacità da parte della maggioranza di disporre a proprio favore non solo delle modalità di approvazione delle leggi, ma anche della gestione del tempo, è stata ed è tuttora condizionata dal principio sempre più dominante secondo cui la certezza sui tempi della decisione debba prevalere sulle garanzie date al dibattito in aula, sulla corretta definizione dei contenuti dei provvedimenti, riducendo «lo scopo del procedimento legislativo e dei procedimenti parlamentari in generale alla sola assunzione di una decisione (qualunque essa sia)»[10].

In nome della tempestività delle decisioni, i Governi che si sono succeduti si sono sempre più allontanati dai limiti formali e procedurali imposti dai Regolamenti parlamentari e dalla Costituzione, arrivando a considerare l'auspicata "certezza dei tempi" della riforma del 1997 come alternativa, per così dire, alla "certezza del dibattito". Così, la necessità del coinvolgimento democratico e della discussione politica è stata associata al paradigma della lentezza e il dibattito parlamentare ha finito per essere considerato in molti casi quasi «dannoso, perché può ostacolare la linearità della scelta»[11]; i regolamenti spesso sono stati avvertiti come "vischiosi"[12]; gli emendamenti, soprattutto se presentati da maggioranze poco compatte, visti come problematici.

In questo quadro, si spiega la progressiva preponderanza dell'azione dell'Esecutivo e il diffondersi di procedure tese a dare certezza di una conclusione che sia soprattutto rapida. Questo spiega in parte l'abuso della decretazione d'urgenza, divenuto l'espediente istituzionale più efficace per evitare un iter considerato senza certezza di tempi[13], con il suo corollario del maxi-emendamento

---

[9] N. LUPO, *Il potente strumento del "contingentamento dei tempi"*, cit., p. 607.

[10] E. LONGO, *La legge precaria*, cit., pp. 25 ss.

[11] M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in AA. VV., *Decisione, conflitti, controlli: procedure costituzionali e sistema politico. Atti del XXV Convegno annuale AIC, Parma, 29-30 ottobre 2010*, Jovene, Napoli, 2012, p. 4.

[12] E. LONGO, cit., p. 37.

[13] «Del resto, queste prassi sono l'espressione di un cambiamento complessivo del rapporto tra Governo e Parlamento che non si rispecchia del tutto nel quadro costituzionale dei poteri o comunque nei meccanismi che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi. Esse evidenziano il bisogno del Governo – e prima ancora delle burocrazie ministeriali – di imporsi su maggioranze poco compatte attraverso l'uso di strumenti legislativi che assicurino tanto certezza negli effetti degli interventi normativi,

e della contestuale posizione della questione di fiducia, finalizzati a «evitare o aggirare la discussione parlamentare e a blindare il contenuto delle decisioni sottoposte al voto»[14].

L'efficienza ha progressivamente assunto il senso specifico di salvaguardia di una determinazione assunta fuori dalle Camere, rischiando così di oscurare definitivamente una funzione essenziale dei procedimenti parlamentari, che è quella di contribuire alla decisione legislativa non tanto nel momento della redazione del testo, quanto soprattutto nel momento dell'istruttoria, in cui si dovrebbe procedere all'inquadramento del problema, alla definizione degli interessi coinvolti e all'individuazione delle strategie dirette a risolverlo[15].

Il fatto che queste prassi distorsive siano trasversali alle ultime Legislature e alle varie maggioranze, è testimoniato dall'esame dei dati sui tempi di approvazione dei decreti legge, che risultano compressi a volte in modo inverosimile. Tra i molti esempi, possono essere considerati paradigmatici quello notissimo dell'approvazione della Legge 124/2008 (cosiddetto "*Lodo Alfano*"), il DDL di conversione del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, recante "*Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica*" (la cosiddetta "*Spending review*"), che è stato approvato alla Camera in soli due giorni, uno di discussione generale e uno di approvazione; l'A.C. 5256 (legge 28 giugno 2012, n.92) recante "*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*", che è stato esaminato e approvato (con fiducia) alla Camera con un iter che si è svolto dal 25 al 27 giugno 2012; l'A.C. 5603 (legge 24 dicembre 2012, n. 243) , "*Disposizioni per*

---

quanto immediatezza nella risposta politica alle esigenze socio-economiche espresse dai propri elettori»; così E. LONGO, *La funzione legislativa nella XVI e XVII legislatura. Spunti per una indagine a partire dal Rapporto sulla legislazione 2017-2018*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, p. 18.

[14] M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, p. 60. Un esempio di prassi di questo combinato disposto maxi-emendamento e questione di fiducia si è avuto durante l'approvazione della legge n. 183/2014, con la quale è stata conferita la delega relativa al decreto legislativo n. 81/2015 (cosiddetto *Jobs act*), quando il Presidente del Consiglio ha posto la questione di fiducia su un maxi-emendamento presentato direttamente in Aula e interamente sostitutivo del precedente testo, ciò ha impedito ai parlamentari sia «di conoscere col dovuto anticipo il testo» su cui avrebbero dovuto votare, sia «di pronunciarsi distintamente su ogni aspetto della riforma legislativa», e ha permesso all'Esecutivo «di sottrarsi al dibattito parlamentare sul merito della riforma », così A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014, p. 7. Secondo l'autore lo scopo della questione di fiducia in questo caso non era quello canonico di ricompattare la maggioranza di governo, ma piuttosto quello di «mettere fuori gioco […] le opposizioni interne al maggior partito di maggioranza», *ibidem*.

[15] M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti,* cit., p. 4.

l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione", che è stato esaminato in soli tre giorni alla Camera e in due al Senato[16].

Ma gli esempi più eclatanti dell'applicazione di queste anomale accelerazioni risultano essere quelli relativi al procedimento di approvazione delle leggi di Bilancio, che, come risulta da puntuali ricostruzioni, a partire dalla metà degli anni '90 hanno registrato in via di prassi l'applicazione di «procedure completamente nuove, elaborate in sede di Commissione Bilancio o dalla Presidenza di Assemblea, spesso per "rimediare" a problemi procedurali a loro volta prodotti da prassi fino a quel momento utilizzate»[17]. Tali procedure, inizialmente indipendenti l'una dall'altra, si sono radicate e tendono a comprimere fortemente i tempi della dialettica parlamentare.

È proprio in occasione dell'approvazione della legge di Bilancio che la prassi del maxi-emendamento ha esplicato i suoi effetti peggiori; basti pensare che dal 2001 ad oggi tali leggi sono passate dall'essere costituite da alcune decine di articoli, fino ad uno solo, composto progressivamente da un numero sempre maggiore di commi, come dimostrano i casi del 2007 (1364 commi), del 2017 (1181 commi) e del dicembre 2018 (1143 commi).

Per quanto riguarda più direttamente la compressione dei tempi dell'iter parlamentare, a titolo di esempio, dalle statistiche sull'attività legislativa svolte dal Servizio Studi del Senato, risulta che durante l'ultima legislatura conclusa, la XVII (2013- 2018; Governi Letta, Renzi, Gentiloni), il tempo medio di approvazione[18] delle leggi di Bilancio è stato di 12 giorni al Senato e di 13 alla Camera.

I dati confermano che il deterioramento delle procedure non è stato arginato dalla riforma della *governance* economica europea[19] e dalla relativa istituzione di un procedimento di bilancio condiviso dagli stati membri.

---

[16] Fonte: G. LASORELLA, *Aggiornamenti e sviluppi in tema di programmazione dei lavori, tra decreti-legge e maggioranze variabili*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangieri 2015-2016*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 53-82.

[17] Per la ricostruzione si veda C. BERGONZINI, *I precedenti nel sistema delle fonti parlamentari: un problema di metodo?* in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2012, L'autrice individua nell'approvazione D.L. n. 112 del 25 giugno 2008 il momento in cui si registra il ricorso ai "peggiori precedenti" e si radicano nuove prassi, poi confermate negli anni.

[18] Come viene segnalato dallo stesso ufficio, il tempo di approvazione viene calcolato considerando l'intervallo che intercorre tra il primo esame del DDL e la sua approvazione.

[19] L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, CEDAM, Padova, 2021

2.1 La sessione di Bilancio: un procedimento parlamentare euro-nazionale

Il ciclo di Bilancio si qualifica, com'è noto, come un procedimento euro-nazionale[20], in quanto le istituzioni coinvolte sono sia europee (Commissione e Consiglio) che nazionali (Governo e Parlamento) e in quanto le competenze assegnate ai due livelli sono parallele, essendo disciplinate sia da fonti europee[21], che da fonti nazionali[22]. L'obiettivo del Calendario Comune di Bilancio è quello di sostituire un controllo che avveniva *ex post* da parte della UE, con un controllo «reciproco» e preventivo fra Stati e Istituzioni europee che si dispiega ulteriormente nel corso del ciclo[23].

Un primo effetto dell'articolazione procedurale del ciclo di Bilancio ricade sugli equilibri interni ai governi nazionali e sugli stessi sistemi di governo[24], come dimostra il rilievo che ha progressivamente acquisito, insieme alla centralità dell'Esecutivo, divenuto di fatto soggetto responsabile del rispetto dei vincoli formali e strutturali[25], la figura del Presidente del Consiglio dei Ministri «quale riflesso del ruolo di indirizzo giocato in seno al Consiglio europeo»[26]. Altrettanto significativa è l'influenza sull'individuazione dello stesso Ministro dell'Economia, cui è richiesto, «negli ultimi Governi, un profilo tecnico spiccato, in modo da poter

[20] L'espressione è stata coniata da A. MANZELLA, N. LUPO in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

[21] Il complesso sistema di fonti comprende, oltre al *TFUE* e al *Patto di Stabilità e Crescita,* a partire dal 2011, il *Patto EuroPlus*, il *Trattato sulla Stabilità, Coordinamento e Governance nell'Unione economica e monetaria*, meglio noto come *Fiscal Compact*, e i c.d. *Six Pack e Two Pack*.

[22] La Costituzione, in particolare gli articoli 81, 97, 117 e 119 novellati con la legge cost. 1/2012, i Regolamenti Parlamentari e la legge 243/2012.

[23] L. BARTOLUCCI, *Osservazioni a prima lettura sulla Nota di aggiornamento al Documento di Economia e finanza*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019

[24] Su questo punto e in particolare sull'analisi di questi riflessi relativamente al caso concreto della vicenda dell'approvazione della legge di bilancio nel 2019, di cui si parlerà, si veda N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi*, 28, 2020.

[25] Sulle implicazioni sull'equilibrio complessivo del sistema di governo, in seguito all'approvazione della legge costituzionale 1/2012 si veda, tra molti, R. PERNA, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo italiana*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Il Filangieri Quaderno 2011. Costituzione e pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 19-43.

[26] N. LUPO, *Il governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 30. Sul tema della "compartecipazione" alle istituzioni europee dei governi degli stati membri si veda anche N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi.it*, 28, 2020.

reggere efficacemente il duro e qualificato confronto che si svolge, tra i suoi colleghi, in seno al Consiglio dell'Unione europea»[27].

Parallelamente alla preminenza data agli Esecutivi, si è assistito ad un progressivo indebolimento del ruolo dei Parlamenti nazionali[28], che si sono visti

[27] N. LUPO, *Il governo italiano, settanta anni dopo*, cit. Emblematica, a questo proposito, si è rivelata la crisi istituzionale che si è prodotta all'indomani delle elezioni del marzo 2018, dopo il rifiuto da parte del Presidente della Repubblica Mattarella di accogliere la proposta di nomina del Ministro dell'economia fatta dall'allora Presidente del Consiglio incaricato, Conte. A seguito di tale veto, lo stesso Presidente del Consiglio incaricato aveva rimesso il proprio mandato ed era iniziata una tormentata fase di interlocuzioni, che aveva per alcuni mesi paralizzato la formazione di un nuovo Governo. La vicenda aveva suscitato una notevole attenzione da parte della dottrina e molti autori si erano interrogati sulla decisione del Presidente della Repubblica e sul valore del suo atto, facendo tra l'altro riferimento all'esistenza o meno di una consuetudine costituzionale, una regola quindi con valore pienamente giuridico, integrativa dell'art. 92 Cost. («*Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri*»). Sul punto si vedano, tra i numerosi interventi, quello di L. CARLASSARE, intervistata da S. TRUZZI, in *La costituzionalista Carlassare: "Mattarella non poteva mettere il veto su Savona"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 maggio 2018, e quelli di R. CHIEPPA, C. PINELLI e M. ESPOSITO in AA. VV., *Atti del Seminario "Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali" (Roma, Università degli Studi di Roma, La Sapienza, Facoltà di Giurisprudenza, 6 giugno 2018)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2018. Alcuni autori avevano sottolineato le ragioni meramente politiche della scelta del Presidente della Repubblica, cfr. tra gli altri R. BIN, *A mente fredda. I poteri del Presidente della Repubblica e l'importanza delle prassi*, in *laCostituzione.info*, 14 maggio 2018. Tuttavia, nel discorso mediatico e nella pubblica opinione la questione che aveva assunto rilievo maggiore era stata quella relativa al fatto che alcune posizioni del Ministro dell'economia proposto non erano considerate con favore negli ambienti comunitari europei, come aveva lasciato chiaramente trasparire la stessa dichiarazione resa dal Presidente della Repubblica il 27 maggio 2019, la quale indicava nel Ministro controverso «un sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoruscita dell'Italia dall'euro».

[28] Cfr. R. PERNA, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, cit., p. 21: «E' indubbio, infatti, che l'assetto politico - istituzionale che ha caratterizzato i primi decenni della storia repubblicana non si sarebbe potuto sviluppare con le caratteristiche che abbiamo conosciuto in presenza di uno stringente vincolo al saldo di bilancio. La regola costituzionale dell'equilibrio di bilancio possiede cioè un'intrinseca valenza maggioritaria perché riduce significativamente gli spazi per lo sviluppo di quel modello di "centralità parlamentare" che ha caratterizzato l'esperienza della Prima Repubblica. […] Il passaggio dal vincolo di ciascuna decisione incrementale di spesa al vincolo sul saldo complessivo del bilancio, riporta al centro della discussione il ruolo del Governo in materia di legislazione di spesa. In particolare, nel nuovo contesto risulta completamente ridisegnato il circuito della responsabilità istituzionale che rappresenta il cuore della democrazia parlamentare».

sottrarre una parte significativa dei poteri di bilancio, storicamente conferiti alle assemblee rappresentative ed elette[29]e che hanno sperimentato un'erosione del loro stesso ruolo politico[30]. La cosa risulta tanto più rilevante in quanto le modalità di interpretazione dei vincoli europei sono connotate politicamente[31] e la natura della legge di Bilancio è di per sé eminentemente politica[32], come sottolineato a più riprese anche dalla Corte Costituzionale: «*il bilancio è un "bene pubblico" nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte […], sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche*»; il «*bilancio […] è destinato a rappresentare il principale strumento di decisione sulla allocazione delle risorse, nonché il principale riferimento della verifica dei risultati delle politiche pubbliche*»[33].

3. I "tempi" nel Calendario Comune di Bilancio

Il procedimento del ciclo di Bilancio è particolarmente condizionato dal "fattore tempo", non solo perché i lavori parlamentari devono necessariamente essere "a tempi garantiti" entro l'anno finanziario, tanto che proprio all'interno della sessione di Bilancio aveva trovato le sue prime applicazioni l'istituto del contingentamento dei tempi[34], ma soprattutto per il fatto che il procedimento euro-nazionale risulta sottoposto una doppia temporalità: il tempo oggettivo del rigido

[29] C. FASONE, *National Parliaments under 'External' Fiscal Constraints. The Case of Italy, Portugal, and Spain Facing the Eurozone Crisis*, SOG Working Papers, 19, 2014.

[30] E. GRIGLIO, A.D. CAPUANO, *La nuova governance economica europea: i risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale: lezioni*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 230. Sul tema si veda anche P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma,* in *Cultura giuridica e diritto vivente,* Special Issue, 2015.

[31] «La discrezionalità nel disegno delle politiche fiscali che residua agli Stati membri non è, come si è visto, inesistente, ma non è affatto scevra da vincoli: ed è proprio sulla migliore modalità di interpretare e di introiettare questi vincoli che si gioca la partita politica in sessione di bilancio»; così N. LUPO, *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2020, p. 19.

[32] Il Bilancio è un «terreno che è storicamente il luogo cruciale delle scelte democratiche, dello scambio e del punto di equilibrio tra copertura fiscale dei servizi pubblici e dei diritti sociali e dei rapporti incorporati nella moneta», P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in *Federalismi.it*, 6, 2016, p. 11. Sui rapporti tra legge di bilancio e rappresentanza politica si veda anche M. LAZE, *La natura giuridica della legge di bilancio: una questione ancora attuale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019.

[33] Rispettivamente: Corte Cost., sent. 184/2016; Corte Cost., sent 61/ 2018.

[34] L'istituto fu introdotto dapprima all'interno delle sessioni di bilancio, per poi essere generalizzato a partire dal 1988 al Senato e dal 1997 alla Camera.

Calendario Comune europeo, il cui rispetto va assolutamente garantito, e un tempo che si potrebbe definire "soggettivo", più flessibile, in quanto determinato di volta in volta da eventi e da scelte politiche che si producono nel contesto nazionale e che condizionano a loro volta i tempi del procedimento di approvazione in Parlamento[35].

Il Calendario, com'è noto, fissa delle precise scadenze, sulla base delle quali l'Unione coordina le politiche economiche e di bilancio degli stati membri. Le due fasi di questo calendario sono quella programmatica, del cosiddetto "Semestre europeo", e quella attuativa, del "Semestre nazionale". Con il nuovo anno si apre la prima fase[36], con la discussione e l'adozione da parte del Consiglio europeo degli indirizzi di politica economica e di bilancio degli Stati membri nell'anno di riferimento (gennaio-marzo). Successivamente, si delineano gli obiettivi e le politiche specifici a ciascun paese, con la seguente scansione: entro il 10 aprile di ogni anno il governo presenta al Parlamento il Documento di Economia e Finanza (DEF), in cui vengono indicati la situazione economica e finanziaria e gli obiettivi in ordine alle scelte macroeconomiche; entro il 30 aprile vanno presentati al Consiglio dell'UE e alla Commissione europea il Programma di Stabilità e il Programma Nazionale di Riforma, entrambi contenuti nel DEF.

L'atto conclusivo del Semestre europeo è un atto tipico del diritto dell'Unione Europea[37], ossia una raccomandazione, specifica per ogni paese (CSRs: *country specific recommendations*). Alla luce di tali raccomandazioni, entro il 27 settembre il governo presenta al Parlamento la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF), che viene approvata da ciascuna Camera. Entro il 15 ottobre il Governo trasmette alla Commissione il proprio Documento Programmatico di Bilancio (DPB), contenente tra l'altro le previsioni macroeconomiche, l'obiettivo di saldo di bilancio per le amministrazioni pubbliche, la descrizione e la quantificazione delle misure inserite nella manovra di bilancio e il livello del debito pubblico.

A questo punto si apre la seconda fase, quella attuativa nazionale: il 20 ottobre il governo presenta al Parlamento il disegno di Legge di Bilancio, contenente la manovra triennale di finanza pubblica il cui iter di esame e di approvazione deve

[35] Di questo "tempo interno" parla N. LUPO, *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2020, p. 7.

[36] Anche se l'atto iniziale del "Semestre europeo" è costituito dal documento presentato ogni autunno dalla Commissione europea, contenente insieme all'Analisi annuale della crescita (*Annual Growth Survey*/AGS) le priorità che la Commissione ritiene fondamentali al fine del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri per l'anno di riferimento.

[37] E. GRIGLIO, D.A. CAPUANO, *La nuova governance economica europea,* cit.

concludersi necessariamente entro il 31 dicembre, pena l'avvio dell'esercizio provvisorio.

Va precisato che in quest'ultima fase, che pure viene definita "nazionale", parallelamente all'esame e alla discussione parlamentare, trovano collocazione le procedure di controllo e/o correttive da parte delle Istituzioni europee, con le loro precise scadenze di calendario: in base all'art. 7 del Reg. UE 473/2013 la Commissione adotta un parere entro il 30 novembre, a sessione di bilancio ancora aperta. Inoltre, in deroga al termine del 30 novembre, è prevista per la Commissione la possibilità di richiedere entro il 30 ottobre «la presentazione di un provvedimento riveduto», se riscontra «un'inosservanza particolarmente grave» nel DPB[38].

I tempi riservati all'iter nel Parlamento nazionale, al netto di eventuali interventi correttivi da parte delle Istituzioni europee, possono dunque essere ridotti fino a trenta giorni (30 novembre-31 dicembre).

È a partire da questi intrecci temporali, che si sono determinate nelle Sessioni di bilancio del 2018 e 2019 delle gravissime storture nel procedimento di approvazione parlamentare, tanto da aver dato luogo, in entrambi i casi, a due ricorsi per conflitto di attribuzioni presso la Corte Costituzionale.

In entrambi i casi, la temporalità "oggettiva" del Calendario Comune è rimasta pressoché interamente salvaguardata, mentre la temporalità del procedimento nazionale, che dovrebbe essere garantita dai Regolamenti parlamentari e dalla Costituzione, ha subito pesantissime alterazioni.

4. Il ciclo di Bilancio 2018

La vicenda è ormai nota: dopo le elezioni del 4 marzo 2018, durante la procedura di formazione del nuovo governo, nell'aprile 2018, dunque a ridosso della scadenza di presentazione del DEF, si è creata una complessa e lunga crisi politica e istituzionale, come già ricordato[39]. Dopo un primo mandato "esplorativo" affidato ai Presidenti di Camera e Senato, il Presidente della Repubblica ha conferito ben tre incarichi successivi (Conte – Cottarelli -Conte), prima di arrivare ad una designazione definitiva.

Il richiamo a quel contesto politico va sottolineato, poiché, proprio per rispettare i tempi imposti dal Calendario Comune, il Governo Gentiloni che era rimasto in carica per gli affari correnti, nel perdurare delle difficoltà di formazione del nuovo Esecutivo sulla base dei nuovi risultati elettorali, si è trovato nella

[38] L. BARTOLUCCI, *La funzione finanziaria (e il rapporto con il semestre europeo)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2019, p. 115.

[39] Cfr. *supra*, nota 24.

necessità di presentare un DEF alle istituzioni europee, nel rispetto della scadenza prevista.

Nella particolare situazione in cui si trovava questo Esecutivo "provvisorio", che risultava composto da partiti usciti sconfitti o molto ridimensionati dalle elezioni, la scelta è stata quella di redigere un Documento definito da molti "asettico", in quanto volutamente privo della terza sezione (Programma Nazionale di Riforma), proprio quella in cui si individuano le priorità nelle tre macro aree delle misure macroeconomiche e di politica di bilancio, delle riforme strutturali e microeconomiche, e delle politiche del lavoro. In altre parole, l'intero quadro programmatico è venuto ad essere sospeso, rinviandolo al successivo Governo e si è scelto di presentare un DEF contenente esclusivamente i quadri tendenziali di finanza pubblica, i quali indicavano solo una previsione del rapporto deficit/PIL dell'1,6%. Il DEF così elaborato è stato presentato il 10 maggio ad un Parlamento nel quale ancora non si era costituita alcuna maggioranza che esprimesse un indirizzo di politica economica.

Per avere un incarico di Governo definitivo si è dovuto attendere il 31 maggio e perché questo nuovo Esecutivo, il Governo Conte I, avesse la fiducia del Parlamento, si è arrivati al 5 giugno, a "Semestre europeo" ormai inoltrato e a ridosso della pubblicazione definitiva da parte del Consiglio europeo delle Raccomandazioni specifiche per paese, che è avvenuta quell'anno il 13 luglio.

Il 27 settembre il Consiglio dei Ministri del nuovo Governo ha approvato una NADEF con saldi diversi rispetto a quelli comunicati in aprile dal Governo precedente; in particolare veniva fissato un rapporto deficit/PIL al 2,4 % e una previsione programmatica di crescita del PIL dell'1,2 % nel 2018, dell'1,5% nel 2019 e dell'1,4% nel biennio successivo[40].

Il nuovo Governo, aveva adattato infatti alcune scelte di bilancio e le relative fonti di finanziamento alle misure centrali del programma elettorale dei due partiti di maggioranza: tali misure costituivano anche parte integrante del programma politico presentato dal Presidente del Consiglio in sede di mozione di fiducia[41]. Si trattava, come ricorderà in seguito la stessa Corte Costituzionale, di scelte eminentemente politiche, le quali avevano determinato una modifica dei saldi presentati in via tendenziale ad aprile.

[40] Per una puntuale ricostruzione dei contenuti della manovra, con le progressive correzioni si veda L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., pp. 309 ss.

[41] Le più note erano le misure di contrasto alla povertà (il c.d. *Reddito di cittadinanza*), di anticipo dell'età pensionabile (la c.d. *Quota 100*), e di *turn over* nella pubblica amministrazione.

Il Governo, dopo aver ottenuto da entrambe le Camere l'autorizzazione allo scostamento di bilancio ai sensi dell'articolo 6 della legge 243/2012[42], ha presentato il Documento Programmatico di Bilancio alle Istituzioni europee il 16 ottobre. Due giorni dopo, il 18 ottobre, la Commissione ha inviato una prima lettera con la richiesta di una correzione della manovra ai sensi dell'art. 7 Reg. UE /2013/473 e con l'avvertimento dell'apertura di una procedura per disavanzo eccessivo (art. 126 del TFUE)[43].

A quel punto è iniziata una «*lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea*»[44] per scongiurare la procedura di infrazione. Parallelamente a tale interlocuzione, l'iter dell'esame del disegno di legge di Bilancio è proseguito in Parlamento, prima alla Camera, in Commissione Bilancio e con una prima votazione di fiducia in Aula, poi all'esame della Commissione Bilancio al Senato, pur nella consapevolezza di tutti che si stava discutendo di saldi (e dunque di misure) provvisori, ossia di un testo che avrebbe sicuramente subìto delle modifiche in conseguenza della serrata trattativa tra Governo e Istituzioni europee (come poi è avvenuto, a partire dalla previsione del rapporto deficit/PIL, che dal 2,4 % è stata poi portata al 2,04%).

Alla dilatazione della durata dell'interlocuzione con la Commissione europea (due mesi esatti, prima che si arrivasse il 19 dicembre ad una soluzione condivisa che consentisse la sospensione della procedura di infrazione) ha corrisposto un'estrema compressione dei tempi di esame parlamentare.

I contenuti definitivi del provvedimento sono stati presentati nuovamente in Commissione Bilancio al Senato il 22 dicembre, dove l'esame del testo è durato complessivamente 70 minuti[45]. Contestualmente, ossia prima ancora che si fosse completato l'esame e votato il testo in Commissione, il Governo ha trasmesso all'Aula il maxi-emendamento interamente sostitutivo dell'art.1 del disegno di legge di Bilancio, su cui ha posto la questione di fiducia, che è stata votata la notte tra il 22 e il 23 dicembre. L'approvazione definitiva alla Camera, in seconda lettura, è avvenuta il 29 dicembre[46]; la legge è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 31 dicembre 2018.

---

[42] La legge "rinforzata" 243/2012 (art. 6, comma 3), in attuazione della legge cost. 1/2012 prevede una procedura di autorizzazione allo scostamento dall'obiettivo programmatico in casi di eventi eccezionali, definendo un piano di rientro che deve essere approvato dai due rami del Parlamento, con autonoma deliberazione, a maggioranza qualificata.

[43] Si richiamano anche gli artt. 81 e 97 Cost.

[44] Corte costituzionale, ord. 17/2019.

[45] Va ricordato che si trattava di un testo di 270 pagine.

[46] In tal modo, per la prima volta un'Assemblea si è trovata a votare la fiducia per due volte in venti giorni, sulla stessa legge, ma in due versioni completamente diverse. Cfr. C.

È proprio riguardo al profilo temporale del procedimento di approvazione del disegno di legge di Bilancio 2018/2019, che un gruppo di senatori il 28 dicembre, prima ancora che fosse concluso l'iter parlamentare, ha sollevato un ricorso per conflitto di attribuzioni.

4.1 Le prassi del procedimento legislativo nell'interpretazione della Corte costituzionale: l'Ordinanza n. 17 del 2019

L'Ordinanza n. 17 del 2019, con cui la Corte ha rigettato il ricorso, ha già offerto innumerevoli spunti di discussione[47]; l'aspetto che qui più interessa è il riconoscimento da parte della Corte del carattere essenziale delle prassi parlamentari, sia sotto il profilo della loro problematicità, che sotto quello, antinomico, della necessità della loro applicazione.

La Corte non manca di sottolineare che l'approvazione della legge annuale di Bilancio, all'interno delle più generali attività legislative del Parlamento, acquista un rilievo centrale, e lo fa in due modi: da un lato, con un significativo riferimento storico, ricordando come il Bilancio contenga decisioni che «*costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall'istituzione dei primi parlamenti e che occorre massimamente preservare*»[48] e dall'altro sottolineando che nella legge di Bilancio annuale «*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*»[49].

Nel proporre il ricorso, i ricorrenti hanno scelto di non evocare gli elementi che appaiono come le maggiori e più costanti forzature operate in Parlamento da parte dell'Esecutivo, ossia, precisamente, la prassi del maxi-emendamento interamente sostitutivo del testo della legge e la contestuale posizione della questione di fiducia. Il loro rilievo si è concentrato, invece, proprio sul fatto che non vi sia stato per i Senatori, in particolare quelli della Commissione Bilancio, nemmeno il tempo

---

BERGONZINI, *Sessione di bilancio 2018: una ferita che rischia di non rimarginarsi*, in *laCostituzione.info*, 27 dicembre 2018.

[47] Solo i commenti accessibili sul sito della Consulta Online sono 28. Tra gli altri V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Federalismi.it*, 3, 2019; M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova "voce" nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4, 2019; G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, in *Osservatoriosullefonti.it,* 1, 2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte Costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa,* in *Federalismi.it*, 4, 2019.

[48] Corte Cost., ord. 17/2019, Cons. in dir. § 4.1.

[49] 4.1 Cons. dir.

materiale per poter leggere il testo definitivo del provvedimento. Peraltro, accanto a questo rilievo, non è stata presentata, da parte dei ricorrenti, una contestuale richiesta di annullamento della legge approvata in quelle circostanze. Una contraddizione che testimonia la volontà dei ricorrenti di evitare la responsabilità politica di un eventuale esercizio provvisorio[50].

Quanto alla Corte, nella decisione di respingere il ricorso, riconosce che «*Una perdurante usanza costituisce un fattore non privo di significato all'interno del diritto parlamentare, contrassegnato da un elevato tasso di flessibilità e di consensualità. Ciò non può giustificare, però, qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche "contra Constitutionem*"». Per l'aspetto che qui interessa, la Corte dà un carattere di "necessità" all'estrema compressione dei tempi che i ricorrenti lamentano, affermando che «***la lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea*** *ha portato a una rideterminazione dei saldi complessivi della manovra economica in un momento avanzato del procedimento parlamentare e ha comportato un'ampia modificazione del disegno di legge iniziale, confluita nel maxi-emendamento*»[51] (grassetto aggiunto).

Come osservato da parte della dottrina[52], l'Ordinanza tenta di trovare un equilibrio tra la necessità di stigmatizzare queste prassi distorsive del procedimento legislativo e l'esigenza di non mettere in crisi il delicatissimo accordo politico-finanziario su cui si era sviluppata la Manovra di Bilancio.

Da ultimo, la Corte indica anche una giustificazione regolamentare per la compressione dei tempi di esame in Commissione, ricordando che le procedure censurate da parte dei ricorrenti sono avvenute pur sempre nel pieno rispetto dell'art. 161 del Regolamento del Senato (novellato nel dicembre 2017). Il comma

---

[50] Cfr. E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2019: «Trattandosi della legge di bilancio, la mancata approvazione entro il 31 dicembre avrebbe comportato un vuoto, colmabile soltanto attraverso l'approvazione di un'altra legge (e neppure di un decreto-legge, stante la riserva di legge formale stabilita dall'art. 81, quinto comma, Cost) che consentisse l'esercizio provvisorio […] si sarebbero prodotti effetti particolarmente gravi, potenzialmente dirompenti sul piano economico».

[51] 4.4 Cons. in dir. Sul punto A. RUGGERI, *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 608: «Si trattava di "blindare" l'accordo faticosamente raggiunto con la Commissione, il cui raggiungimento ha comportato un abnorme allungamento dei tempi, erosi a danno dei parlamentari e – ciò che, forse, è ancora più grave – del Parlamento ut sic, come istituzione centrale dell'ordinamento repubblicano». Va ricordato che sulla stessa linea di mediazione che poi userà la Corte, si era espresso il Presidente della Repubblica nel suo messaggio di fine anno, poche ore dopo la promulgazione della legge.

[52] Tra gli altri, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e corte costituzionale*, cit., p. 5.

3-*ter* stabilisce infatti che la Commissione Bilancio, nel caso della posizione della questione di fiducia, è convocata per fornire un parere sui soli profili finanziari e non per aprire una discussione sul testo. Il comma 3-*quater* prevede che nel caso in cui la questione di fiducia sia posta sull'approvazione di un emendamento di iniziativa governativa, prima della discussione il Governo possa modificarne («precisarne») il contenuto, se per ragioni di copertura finanziaria o di coordinamento formale del testo.

5. Il ciclo di Bilancio 2019

Nel 2019, l'iter di formazione della legge di Bilancio si è riprodotto in circostanze analoghe. Il Governo che aveva presentato il DEF nel corso del Semestre europeo è caduto e il nuovo incarico è stato dato a un nuovo Governo sulla base di un'altra maggioranza, la quale ha legittimamente rivisto alcune scelte di politiche pubbliche. Il nuovo Esecutivo, in carica solo dal 5 settembre, ha dovuto inseguire le scadenze d'autunno del Calendario Comune di Bilancio. Ancora una volta, sempre in ragione della combinazione tra le rigide scadenze temporali del Calendario Comune e la legittima esigenza dell'Esecutivo di connotare politicamente la Manovra, i tempi di esame si sono compressi e l'*iter* parlamentare ha subito notevoli forzature, benché più lievi rispetto a quelle della sessione precedente[53].

Il testo è approdato in Commissione alla Camera solo il 21 dicembre ed è stato esaminato in Aula a partire dal 22 dicembre, con la conseguenza che i Deputati hanno potuto disporre di meno di 24 ore per presentare gli emendamenti. Sulla base della necessità di arrivare in tempo alla scadenza di dicembre e di scongiurare così il ricorso all'esercizio provvisorio, il Governo ha scelto di porre lo stesso giorno la questione di fiducia sull'art. 1 del disegno di legge di Bilancio 2019/2020, con l'approvazione definitiva della legge alle ore 4:55 del 24 dicembre.

È interessante notare che in questa seconda vicenda il dato di contesto europeo era completamente diverso, non essendovi stata alcuna minaccia di procedura di infrazione per deficit eccessivo, ed essendo stata l'interlocuzione con le Istituzioni europee più distesa e molto meno pressante.

L'analogia che pare potersi evidenziare con la sessione precedente è invece quella della contrapposizione tra il tempo soggettivo della vita politica nazionale e il tempo rigido dei vincoli europei, con i limiti procedurali, ma soprattutto

[53] Il testo degli articoli modificati è stato presentato al Senato il 14 dicembre ed è stato approvato il 16 dicembre, mentre alla Camera il testo è stato trasmesso dal Senato per la prima lettura il 17 dicembre. L'esame in Commissione iniziato il 18 dicembre e si è concluso il 21 dicembre. La discussione alla Camera è iniziata il 22 dicembre e si è conclusa il 24 dicembre con l'approvazione definitiva

sostanziali e quindi ancora più condizionanti, che essi impongono alle politiche contabili e finanziarie degli Stati membri.

Esiste poi un'ulteriore analogia: anche nel caso del 2019 sono stati sollevati da parte di alcuni gruppi di opposizione della Camera dei ricorsi per conflitto di attribuzioni avverso la legge di Bilancio e il relativo *iter* di approvazione, questa volta con la richiesta di annullamento della legge stessa.

5.1 Il tempo accelerato nell'interpretazione della Corte costituzionale: l'Ordinanza n. 60 del 2020

L'esame dell'ordinanza n.60/2020, con cui la Corte Costituzionale ha respinto il ricorso per conflitto di attribuzioni, si rivela ai nostri fini particolarmente interessante, poiché la Corte entra per la prima volta nel merito della questione "tempo" in modo piuttosto articolato.

Come era già successo nel caso del 2018, i ricorrenti avevano lamentato che «*le modalità e le tempistiche attraverso cui la legge di bilancio per il 2020 è stata approvata*» avevano menomato le loro prerogative di parlamentari. La Corte prima di tutto rileva 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,* ***primieramente in materia economica e di bilancio, in ragione di fini, essi stessi desunti dalla Costituzione ovvero imposti dai vincoli europei****, che hanno portato a un* ***necessario bilanciamento con le ragioni del contraddittorio***»[54] (grassetto aggiunto). Vengono dunque riconosciuti sia l'evoluzione che il concetto di tempo e di "tempistica parlamentare" hanno subito negli anni, sia lo stretto legame tra il tempo parlamentare e i tempi della procedura euro-nazionale, quasi a voler sottolineare la dipendenza del primo dai secondi.

Non solo, nel continuare la sua argomentazione la Corte afferma che esiste un vero e proprio rapporto causale tra le esigenze di adeguarsi ai "nuovi" tempi e il ricorso alle prassi oggetto di contestazione («*da ciò, pertanto, sono sorte nuove prassi*»). In altre parole, le storture sono dovute al rispetto della necessaria "tempestività", più ancora che ad altre esigenze di ordine politico.

E' il rispetto dei tempi, coniugato all'efficienza, che giustifica secondo i giudici costituzionali il ricorso alle «*deformazioni e dilatazioni*», le quali «*non sono, di per sé e* prima facie*, espressione di violazioni, dovendo emergere a tal fine che esse danno patentemente luogo a bilanciamenti di cui non si colgono le ragioni e il complessivo equilibrio*», intendendo che, soprattutto nel caso in specie, e cioè l'*iter* di approvazione della legge di Bilancio, queste ragioni e questo equilibrio esistono.

[54] Ord. 60/2020, Cons. in dir.

Per concludere con ciò che attiene alla questione qui trattata, nella sua argomentazione per respingere il ricorso, la Corte, ribadendo che è necessario valutare le circostanze specifiche del caso in esame, sostiene ancora una volta, anche se indirettamente, la valenza politica della legge di Bilancio, sottolineando che « *il Documento di Economia e Finanza […] era stato* ***approvato da un Governo diverso*** *da quello che ha poi presentato il disegno di legge di bilancio […] che da ciò è derivata, come già per il 2018, una presentazione tardiva del progetto di bilancio alle Camere,* ***le cui scelte allocative, oltre a non poter essere pienamente corrispondenti*** *all'elaborazione del DEF, non recavano ancora taluni degli interventi maggiormente discussi nel corso del successivo esame parlamentare*»[55] (grassetto aggiunto).

6. Uno sguardo alla Sessione di Bilancio 2020-2021

Per quanto riguarda la sessione di bilancio del 2020[56], tre sono gli elementi che ne hanno condizionato lo svolgimento: prima di tutto il contesto emergenziale provocato dalla pandemia da COVID-19 e, in conseguenza di tale contesto, l'attivazione senza precedenti della clausola di salvaguardia generale del quadro di Bilancio dell'UE, la quale autorizza gli Stati membri a discostarsi dai vincoli di Bilancio normalmente applicabili, sospendendo un eventuale assoggettamento alla procedura per disavanzo eccessivo e lasciando quindi un più ampio margine di flessibilità alle scelte di politica economica. Il terzo elemento è rappresentato dalla continuità di Governo e di linea politica.

È indubbio che, anche nel 2020, si sia registrata una marcata compressione temporale nell'esame della legge di Bilancio in Aula, tuttavia va ricordato che l'*iter* di approvazione è avvenuto in concomitanza con importanti lavori parlamentari sovrapposti, quali la conversione in legge dei Decreti cd. *Ristori* e l'esame dei provvedimenti disposti dal Governo per far fronte via via alle nuove impennate dei contagi.

D'altra parte, l'urgenza delle decisioni in questa fase di emergenza ha gravemente accentuato una distorsione che già si era prodotta con una certa frequenza nella prassi e che ha condotto di fatto ad un sistema di

[55] Ord. 60/2020, Cons. in dir.

[56] Per una ricostruzione puntuale si rimanda a C. BERGONZINI, *La sessione di bilancio 2020, tra pandemia e conferma delle peggiori prassi*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2021, pp. 215-232

«monocameralizzazione» [57], in cui, per tutti i provvedimenti adottati, compresa quindi la legge di Bilancio, *una sola Camera istruisce e l'altra delibera*[58].

L'applicazione di questa formula e il fatto che la Commissione Bilancio abbia concordato all'unanimità la presentazione del testo all'Aula sotto forma di un unico maxi-articolo, hanno comunque consentito che una parte cospicua degli emendamenti accolti durante l'iter di approvazione della Manovra (76 su 307), provenissero dalle opposizioni o fossero *bipartisan*[59] e che, quantomeno in Commissione, fosse esaminato il testo definitivo del provvedimento.

A differenza delle sessioni precedenti, da un lato l'attivazione della clausola di salvaguardia ha reso meno stringenti i vincoli di bilancio, aprendo più spazio per le scelte politiche, dall'altro, la continuità della situazione politica ha con tutta probabilità contribuito ad una maggior disposizione al dialogo tra le forze parlamentari, anche in considerazione dell'emergenza in corso.

7. Cenni conclusivi

La centralità delle scelte politiche che connotano la sessione di Bilancio rende a volte particolarmente difficile circoscrivere la sua programmazione all'interno dei vincoli temporali del procedimento euro-nazionale.

---

[57] L'espressione è di C. BERGONZINI, *Riduzione dei parlamentari, riforma dei regolamenti e sessione di bilancio,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, p. 239.

[58] Parole usate da M. AINIS, *Decreti, leggi last minute e voti di fiducia: Il Bicameralismo svuotato*, in *La Repubblica*, 26 dicembre 2020: «[…] il nostro bicameralismo perfetto funziona in modo imperfetto: una Camera istruisce, l'altra delibera». La tendenza a risolvere in questo modo l'esigenza di tempestività, evitando non solo che la "navette" sia usata a fini ostruzionistici, ma cercando anche di annullare i fisiologici rallentamenti della procedura del doppio esame dello stesso testo, è stata oggetto nel tempo di innumerevoli commenti e rilievi. Una soluzione percorribile potrebbe essere rappresentata, in un Parlamento ormai ridotto a 600 parlamentari, dall'esame delle Camere in seduta comune di certi provvedimenti, tra cui la legge di Bilancio. L'idea di valorizzare il parlamento in seduta comune è stata formalizzata anche in una proposta di legge costituzionale depositata recentemente in Parlamento (Atto Camera 2697 "*Modifiche alla parte II della Costituzione concernenti le competenze delle Camere e del Parlamento in seduta comune, la composizione del Senato della Repubblica, il procedimento legislativo e i procedimenti di fiducia e sfiducia*").

[59] Sul «clima di collaborazione e di concordia» che ha contraddistinto soprattutto i lavori in commissione Bilancio, segnando una marcata discontinuità con le sessioni precedenti cfr. C. BERGONZINI, *Riduzione dei parlamentari, riforma dei regolamenti e sessione di bilancio,* cit., p. 219. L'autrice non manca di sottolineare come la presentazione da parte della Commissione di un testo in forma di maxi-articolo, da un lato interrompe la prassi consolidata del maxiemendamento presentato dal Governo, ma dall'altro conferisce all'intera sessione dei profili di incostituzionalità.

Le scansioni temporali legate alle dinamiche politiche nazionali, quali possono essere le elezioni di fine legislatura o il cambio di Esecutivo durante la legislatura, finiscono per confliggere con il Calendario Comune, la cui rigidità, in associazione agli stringenti vincoli procedurali e sostanziali, può contribuire al determinarsi di vere e proprie storture. È proprio nei casi concreti in cui un Parlamento nazionale si trova in uno stato di "debolezza", perché non ancora strutturato ed organizzato intorno ad un Governo in carica nel pieno dei suoi poteri, che il suo ruolo all'interno del sistema euro-nazionale, già molto intaccato, viene definitivamente compromesso.

Gli eventi del 2018 e 2019 hanno dimostrato che, nell'intreccio tra tempi imposti dalle Istituzioni europee, tempi del Governo e tempi del Parlamento, sono state le garanzie delle Istituzioni europee ad essere interamente salvaguardate, a scapito di quelle nazionali, che sono state invece gravemente menomate, a cominciare da quelle dell'istituzione rappresentativa nazionale per eccellenza, che è il Parlamento[60].

Se il rapporto Parlamento nazionale-Governo nazionale si è "europeizzato"[61], ciò che pare auspicabile è che vengano ricercati a livello sovranazionale dei meccanismi di elasticità temporale che, pur salvaguardando i principi della *governance* europea, possano anche assicurare una necessaria adattabilità alle dinamiche politiche dei singoli Stati. Verrebbero così ad essere garantiti non solo la legittima possibilità per ogni Esecutivo di presentare delle proposte in linea col proprio progetto politico e in cui possa riconoscersi la maggioranza parlamentare che lo sostiene, ma anche le tutele costituzionali della forma di governo parlamentare fondata sul principio di rappresentanza; a maggior ragione all'atto dell'approvazione di una legge di tale importanza per la comunità nazionale.

Le vicende esaminate mettono in luce una seconda criticità: nell'articolazione del processo decisionale, le interlocuzioni con le Istituzioni europee coinvolgono esclusivamente l'Esecutivo e la trasparenza che le accompagna è ancora troppo

[60] Venendo meno con ciò al dettato dell'art.3 paragrafo 2 del cd *Fiscal Compact*, il quale afferma «*Le parti contraenti istituiscono a livello nazionale il meccanismo di correzione di cui al paragrafo 1, lettera e), sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea, riguardanti in particolare la natura, la portata e il quadro temporale dell'azione correttiva da intraprendere, anche in presenza di circostanze eccezionali, e il ruolo e l'indipendenza delle istituzioni responsabili sul piano nazionale per il controllo dell'osservanza delle regole enunciate al paragrafo 1. Tale meccanismo di correzione* ***deve rispettare appieno le prerogative dei parlamenti nazionali***» (grassetto aggiunto).

[61] N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, p. 2.

limitata[62]. Questo non fa che ostacolare il rapporto Governo-Parlamento, già molto sbilanciato nel quadro generale del procedimento. Perché il Parlamento sia messo nella condizione di incidere sulle scelte del Governo, come è stato suggerito da parte della Dottrina, si potrebbe dare effettività all'inattuata disposizione[63] contenuta nell'articolo 5 comma 4 della legge costituzionale n. 1 del 2012 che stabilisce che «*la funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese*» deve essere disciplinata «*secondo modalità stabilite dai rispettivi Regolamenti*». Una valorizzazione della funzione parlamentare di controllo, con la garanzia di una dialettica maggioranza-opposizione[64] nonché l'adozione di meccanismi di più chiara e definita condivisione del dialogo istituzionale euro-nazionale, eviterebbero che il ruolo del Parlamento nella decisione di Bilancio fosse considerato non solo, come si è già ricordato, «complementare e di supporto»[65], ma, peggio, di intralcio.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Atti del Seminario* Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2018.

L. BARTOLUCCI, *La funzione finanziaria (e il rapporto con il semestre europeo)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2019.

L. BARTOLUCCI, *Osservazioni a prima lettura sulla Nota di aggiornamento al Documento di Economia e finanza*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019.

L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, CEDAM, Padova, 2021.

C. BERGONZINI, *La sessione di bilancio 2020, tra pandemia e conferma delle peggiori prassi*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2021, pp. 215-232.

C. BERGONZINI, *Riduzione dei parlamentari, riforma dei regolamenti e sessione di bilancio,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

[62] Molte delle degenerazioni delle procedure del 2018 sono avvenute in un quadro di non conoscenza da parte del Parlamento dei dettagli dell'interlocuzione con la Commissione europea. Come è stato acutamente osservato, in generale, il "*two-level game*" «si svolge quasi sempre al di fuori delle aule parlamentari e senza adeguata conoscenza dei processi decisionali in questione». N. LUPO, *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2020, p. 19.

[63] N. LUPO, *Il Parlamento italiano nel calendario comune di bilancio*, in *Amministrazione in cammino*, 9, 2020.

[64] E. GRIGLIO, *Il "nuovo" controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i "nuovi" regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013, p. 8.

[65] E. GRIGLIO, A.D. CAPUANO, cit., p. 262.

C. BERGONZINI, *Sessione di bilancio 2018: una ferita che rischia di non rimarginarsi*, in *LaCostituzione.info*, 27 dicembre 2018.

C. BERGONZINI, *I precedenti nel sistema delle fonti parlamentari: un problema di metodo?*. in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2012.

R. BIN, *A mente fredda. I poteri del Presidente della Repubblica e l'importanza delle prassi*, in *laCostituzione.info*, 14 maggio 2018.

R. CHIEPPA, C. PINELLI e M. ESPOSITO in AA. VV., *Atti del Seminario "Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali" (Roma, Università degli Studi di Roma, La Sapienza, Facoltà di Giurisprudenza, 6 giugno 2018)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2018.

P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma,* in *Cultura giuridica e diritto vivente,* Special Issue, 2015.

P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in *Federalismi.it*, 6, 2016.

C. FASONE, *Has Euro-crisis law affected the power balance in national parliaments? A comparative analysis on the role of committees*, in *Politique européenne*, 59, 2018.

C. FASONE, *National Parliaments under 'External' Fiscal Constraints. The Case of Italy, Portugal, and Spain Facing the Eurozone Crisis*, SOG Working Papers, 19, 2014.

G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti parlamentari tra archivistica, codicistica e ermeneutica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2012.

E. GRIGLIO, *Il "nuovo" controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i "nuovi" regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013.

E. GRIGLIO, D.A. CAPUANO, *La nuova governance economica europea: i risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale: lezioni*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 227-265.

M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova "voce" nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019.

A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014, p. 7.

G. LASORELLA, *Aggiornamenti e sviluppi in tema di programmazione dei lavori, tra decreti-legge e maggioranze variabili*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, *Il Filangieri 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 53-82.

M. LAZE, *La natura giuridica della legge di bilancio: una questione ancora attuale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019.

E. LONGO, *La funzione legislativa nella XVI e XVII legislatura. Spunti per una indagine a partire dal Rapporto sulla legislazione 2017-2018*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.

E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione,* Giappichelli, Torino, 2017.

N. LUPO, *Il Parlamento italiano nel calendario comune di bilancio*, in *Amministrazione in cammino*, 9, 2020.

N. LUPO, *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2020.

N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi.it*, 28, 2020.

N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4, 2019.

N. LUPO, *Il governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018.

N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, *Rivista AIC*, 3, 2014, pp. 1-27.

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,* Giuffrè, Milano, 2012, pp. 605-633.

M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in AA. VV., *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, *Atti del XXV convegno annuale AIC, Parma, 29-30 ottobre 2010*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 3-44.

M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, pp. 54-69.

A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?,* in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2014.

A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2003.

V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.

R. PERNA, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo italiana*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Il Filangieri. Quaderno* 2011, Jovene, Napoli, 2012, pp. 19-43.

G. RIVOSECCHI, *Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3, 2013.

E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2019.

A. RUGGERI, *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2, 2019.

F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte Costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it*, 4, 2019.

G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*

ANDREA CONZUTTI**

Nota a Corte Costituzionale, ordinanza n. 30 del 14 gennaio 2021.

Disponibile all'indirizzo: https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0004o-21.html

Abstract (EN): The essay focuses on the recent order of the Constitutional Court, n. 4 of 2021, with which for the first time a contested law was suspended. In particular, the urgency of the pandemic crisis required a prompt response from the Constitutional Justice Body, which could not wait for the usual procedural deadlines. For this reason, the Constitutional Judges faced this "exceptional" situation by resorting to the equally "exceptional" institute of the "suspension". We have thus witnessed a test of judicial efficiency, which has led in a very short time to the release of a conservative measure, suitable to avoid, in the meantime, a serious vulneration of the constitutional division of legislative competences between the State and the Regions.

Keywords: suspension, order, Regions, pandemic crisis, competence, regional legislation, Constitution, judicial review of legislation.

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'istanza governativa. – 3. La pronuncia della Corte costituzionale. – 4. Una valutazione "anticipatoria" del merito? – 5. Osservazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2021

Suggerimento di citazione
A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.
Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

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

** Dottorando di ricerca in Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo nell'Università degli studi di Trieste. Indirizzo mail: andrea.conzutti@studenti.units.it.

1. Introduzione

Da quando la legge c.d. "La Loggia" ha attribuito al Giudice costituzionale l'inedito potere di sospendere l'efficacia delle disposizioni impugnate nei giudizi in via d'azione, quest'ultimo è sempre rimasto «quiescente»[1]. L'unico cambio di passo nell'esercizio della tutela *ante causam* si è registrato con la nota ord. n. 107/2010 con cui la Corte per la prima, e finora unica, volta ha statuito sul "merito" di una richiesta di sospensiva, seppur non accogliendola. Proprio nel commentare quella pronuncia la dottrina, dopo averne evidenziato le peculiarità, si era posta un difficile quesito: «se dal 2003 sono trascorsi sette anni prima che la Corte costituzionale esaminasse nel merito un'istanza di sospensiva, […] occorrerà attendere altri sette anni prima che la Corte decida di sospendere una legge»?[2] Ebbene oggi, con la pubblicazione dell'ord. n. 4/2021, si può affermare che se sette anni non si sono rivelati sufficienti, dieci invece lo sono stati[3].

Molto tempo è trascorso da quella pronuncia e nelle ulteriori (non frequenti, ma nemmeno rare) decisioni del Giudice delle leggi in cui sono state avanzate richieste di sospensiva queste ultime sono sempre state respinte[4]. Nello specifico esclusivamente in limitati casi la Corte ha separato la pronuncia di merito da quella sull'istanza cautelare: in alcune ipotesi[5] ha rinviato la decisione sulla sospensiva al

---

[1] Sulla «quiescenza» del potere cautelare in seno al giudizio costituzionale, molto lucidamente, A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2006, p. 2444.

[2] Così, testualmente, P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, n. 6/2010, pp. 1339 ss.

In merito a tale pronuncia si vedano anche, tra gli altri, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5/2010, pp. 3966 ss.; A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2010.

La stessa Autrice, invero, nel tentativo di fornire una prima risposta a tale interrogativo, preconizzava la necessità di attendere un lasso di tempo ancora maggiore, atteso l'atteggiamento assai cauto dimostrato dal Giudice delle leggi che è sempre sembrato reputare la sospensiva quale vera e propria *extrema ratio*. Cfr. P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, cit., p. 1349.

[3] L'ordinanza (rel. Barbera) è pubblicata in *G.U. I serie spec.* 20 gennaio 2021, n. 3, 25 ss. La pubblicazione è stata preceduta dal Comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale di data 14 gennaio 2017, reperibile sul sito *www.cortecostituzionale.it*.

V. per una lucida analisi di tale provvedimento R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, n. 4/2021.

[4] E*x plurimis,* Corte cost., sentt. nn. 141, 145, 155 del 2016 nonché 5 e 137 del 2018.

[5] V. Corte cost., ordd. nn. 116, 117, 118 e 119 del 2004.

successivo giudizio di merito, in altre ha disposto, vuoi perché la richiesta era stata prospettata in termini meramente assertivi vuoi per rinuncia alla stessa a seguito di *ius superveniens*, il «non luogo a provvedere»[6], mentre in tutte le restanti circostanze ha piuttosto preferito dichiarare assorbita l'istanza conservativa nel giudizio di merito[7].

Le ragioni alla base dell'orientamento assai restrittivo dell'organo di giustizia costituzionale quanto alla possibilità di accordare la sospensione dell'efficacia delle leggi sono tendenzialmente legate al timore della gravità delle conseguenze che da questa potrebbero derivare, soprattutto in ordine al necessario rispetto del principio di separazione dei poteri. Sospendere l'efficacia di una legge significa, evidentemente, inibire, seppur temporaneamente, l'autonomia legislativa su cui si imperniano le assemblee rappresentative (siano esse statali ovvero regionali). Da tale angolo visuale l'ordinanza in commento pare significativa proprio perché, segnalandosi per una certa inversione di tendenza forse anche legata alle ragioni contingenti dell'attuale pandemia, risulta la prima pronuncia con cui la Corte accoglie un'istanza di sospensiva, risvegliando dal suo "torpore" quel potere interinale legislativamente disegnato dall'art. 35 della l. n. 87/1953.

2. L'istanza governativa

L'ipotesi di sospensiva è stata prospettata dal ricorso governativo, depositato il 21 dicembre 2020 e iscritto al n. 101 del registro ricorsi 2020, promosso contro l'intera

---

Sull'ord. n. 116/2004 pare utile rinviare anche, in dottrina, ad A. PERTICI, *Nota redazionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2004, pp. 1194 ss.; R. ROMBOLI, *Aspetti processuali del giudizio sulle leggi e del conflitto tra enti*, in *Il Foro Italiano*, V, 2004, pp. 92 ss.; P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5-6/2010, pp. 567 ss.

[6] V. Corte cost., ordd. nn. 245 del 2006; 233 e 285 del 2014.

Sull'ord. n. 233/2014 si rinvia integralmente a P. VIPIANA, *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensiva di una legge*, in *Le Regioni*, n. 2/2015, pp. 449 ss.

[7] Tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 5, 137, 168, 183 del 2018.

Più in generale sulla giurisprudenza costituzionale che ha interessato l'istituto della sospensiva cfr. C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 159-161.

Per un'analisi critica delle molteplici questioni sottese al potere di sospensione cautelare appare, peraltro, utile rinviare a L.A. MAZZAROLLI, *Sulla sospensione degli effetti della legge nel giudizio principale: una disposizione o illegittima o inutile*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, *vol. IV - Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 1429-1458.

l. r. Valle d'Aosta n. 11/2020, rubricata "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza"[8]. Precisamente il Governo, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, impugna gli artt.: 2, commi 4, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24 e 25; 3, comma 1, lettera a); e 4 della summenzionata l. r. n. 11/2020 in materia di contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19[9]. Lo Stato sostiene la violazione di numerosi parametri costituzionali che altererebbe gravemente l'assetto delle competenze costituzionalmente attribuite al ricorrente, provocando danni gravi ed irreparabili sotto diversi profili. In particolare la legge regionale, prevedendo una disciplina di

[8] Il ricorso è pubblicato in *G.U. I serie spec.* 30 dicembre 2020, n. 53, 60 ss., mentre la l. r. è pubblicata nel *B. U. R.* della Regione Autonoma Valle d'Aosta 11 dicembre 2020, n. 69, 5959 ss.

[9] Per la precisione l'art. 2, comma 4, esonera dall'obbligo di coprirsi naso e bocca le persone che per particolari condizioni psicofisiche non tollerino l'utilizzo delle mascherine; il comma 6 disciplina lo svolgimento dell'attività sportiva e di quella motoria; il comma 7 regola lo svolgimento delle attività agricole, della caccia, della pesca e della cura degli animali addomesticati e del bestiame; il comma 9 prevede delle deroghe alle disposizioni emergenziali per eventi e manifestazioni determinati con ordinanza del Presidente della Regione, nonché per eventi ecclesiastici o religiosi, che si svolgano nel rispetto delle norme di sicurezza determinate con ordinanza del Presidente della Regione; i commi 11 e 12 dispongono, a condizione del rispetto delle misure di sicurezza stabilite, la riapertura delle attività commerciali al dettaglio nonché dei servizi alla persona e degli altri settori dei servizi; i commi 13, 14, 15, 16 sanciscono, sempre a condizione del rispetto delle misure di sicurezza stabilite, che i servizi di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, le attività artistiche e culturali, compresi i musei, le biblioteche e i centri giovanili, le strutture ricettive ubicate sul territorio regionale e le attività turistiche, nonché gli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo possano svolgere regolare attività; il comma 18 detta la disciplina dei servizi educativi per l'infanzia, delle attività formative delle scuole dell'infanzia, delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, nonché delle istituzioni di formazione superiore, comprese le università; il comma 20 definisce la programmazione del trasporto pubblico locale erogato dalle aziende da parte dell'assessore regionale competente alla mobilità e ai trasporti; il comma 21 contempla i poteri di intervento dei sindaci in materia di contenimento del contagio da COVID-19; il comma 22 stabilisce che, qualora a livello nazionale siano previste mitigazioni delle misure di contrasto alla diffusione del virus, queste possano essere recepite con ordinanza del Presidente della Regione; il comma 23 dispone che il mancato rispetto delle misure di cui alla presente legge sia sanzionato secondo l'art. 4 del decreto-legge n. 19 del 2020; il comma 24 norma i poteri di intervento del Presidente della Regione; il comma 25 prevede lo svolgimento delle procedure concorsuali pubbliche e private qualora sia possibile seguire le misure di sicurezza stabilite; l'art. 3, comma 1, lett. a) istituisce un'Unità di supporto e coordinamento per l'emergenza da COVID-19.

gestione dell'emergenza sanitaria più permissiva rispetto a (e, dunque, contrastante con) quella statale, violerebbe, tra gli atri, gli artt. 117, comma 2, lett. q) e m) – potestà esclusiva statale nelle materie della «profilassi internazionale» e della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» –, 117, comma 3 – principi fondamentali in materia di «tutela della salute» –, nonché 118, comma 1 – canoni di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza – della Carta costituzionale[10].

A chiusa del ricorso, articolato e dettagliato, viene inserita una piuttosto succinta «istanza di sospensione» ove lo Stato ricorrente chiede alla Corte la sospensiva, ai sensi dell'art. 35 della l. 87/1953, delle disposizioni impugnate, ravvisando la ricorrenza di due dei tre presupposti normativamente previsti per l'esercizio del (pur eccezionale) potere di sospensione cautelare degli effetti della legge: il rischio di un «pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini, oltre che per l'ordinamento giuridico della Repubblica»[11]. Invero, a detta del ricorrente, la legge regionale censurata starebbe già attualmente «determinando gravi rischi per la salute pubblica – facendo sì che, nella Regione, trovino applicazione misure di contenimento della pandemia diverse e più lievi di quelle stabilite dallo Stato (cui, invece, spetta inequivocabilmente di stabilire, in forza dei richiamati titoli competenziali) – e ancor più gravi è suscettibile di determinare, nella misura in cui le disposizioni da essa previste sono idonee a fare da argine all'applicazione di nuove misure statali che si rendessero necessarie nei prossimi giorni o nelle prossime settimane e che fossero introdotte con nuovi D.P.C.M. o ordinanze ministeriali ovvero anche con legge statale»[12].

È interessante sottolineare che fra le argomentazioni svolte dall'Avvocatura dello Stato a favore della fondatezza dell'istanza interinale avanzata ricorre, oltre all'indicazione dei presupposti legislativamente prescritti per il suo esercizio, anche un argomento *ad abundantiam*: ossia il riferimento al recentissimo decreto del

[10] Ci si riferisce ai d. l. 25 marzo 2020, n. 19; 16 maggio 2020, n. 33; 7 ottobre 2020, n. 125; 2 dicembre 2020, n. 158 nonché al d.P.C.m. 3 dicembre 2020.

[11] Cfr. ricorso n. 101 del registro ricorsi 2020, pubblicato in *G.U. I serie spec.* 30 dicembre 2020, n. 53, 71.

Si noti la tendenza ad impiegare l'aggettivo "grave" anche in relazione agli altri due presupposti normativamente previsti per l'esercizio del potere di sospensiva, laddove, per vero, l'art. 35 della l. n. 87/1953 lo riferisce esclusivamente al pregiudizio "per i diritti dei cittadini". Cfr., *ex multis*, ricorso n. 43 del registro ricorsi 2010, pubblicato in *G. U. I serie spec.* 31 marzo 2010, n. 13, 129 ss. che discorre di «grave pregiudizio sia per la Regione, sia per i cittadini elettori».

[12] Cfr. ricorso n. 101 del registro ricorsi 2020, pubblicato in *G.U. I serie spec.* 30 dicembre 2020, n. 53, 71.

Presidente del T.A.R. Valle d'Aosta, n. 41/2020[13]. Detto provvedimento monocratico aveva respinto una domanda di tutela cautelare avverso l'ord. n. 552/2020 del Presidente della Regione Valle d'Aosta dal momento che la sospensione richiesta, considerate le limitazioni più stringenti contemplate dall'ordinanza gravata rispetto alla legge regionale, avrebbe generato il rischio di ripristinare la più ampia e liberale disciplina dettata dalla menzionata legge[14]. Tale prima (e pur sempre controvertibile) lettura del giudice amministrativo viene evocata dal ricorrente a suffragio della tesi per cui la perdurante efficacia della legge valdostana impugnata, ove quest'ultima non venisse sospesa dalla Corte, precluderebbe altresì la tutela d'urgenza, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., nei confronti degli atti attuativi della prima, consentendo così a misure derogatorie e meno rigorose di quelle nazionali di conservare efficacia per periodi anche non brevissimi, e comunque certamente idonei ad incidere sull'andamento della pandemia.

Quanto ai caratteri della sospensiva prospettata, innanzitutto il primo e più evidente è quello della sua provvisorietà, considerato che gli effetti della misura cautelare sono destinati a protrarsi fino alla decisione nel merito della questione, ossia quando la Corte adotterà una pronuncia definitiva sul ricorso governativo. Peraltro come l'impugnativa statale, ancorché ad essere oggetto di specifica censura di incostituzionalità risultano essere solamente tre (dei complessivi sette) articoli di cui si compone il provvedimento scrutinato, si rivolge nei confronti della legge regionale *tout court* ritenuto che gli effetti pregiudizievoli siano prodotti da quest'ultima nella sua interezza, così la connessa richiesta interinale prefigura un'ipotesi di sospensiva *totale* poiché concernente l'intero testo della legge valdostana[15]. Non viene, d'altro canto, in rilievo, sempre a fini classificatori

[13] Il decreto cautelare monocratico del Presidente del T.A.R. Valle d'Aosta-Aosta n. 41/2020 è consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa, disponibile all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*.

[14] A tacere, peraltro, del fatto che un'eccessiva instabilità di disposizioni in ordine alle attività quotidiane (di bar e ristoranti) determinerebbe situazioni di crescente sconcerto e disordine non solo negli esercenti ma anche nella cittadinanza.

L'ordinanza (efficace dal 12 al 20 dicembre 2020) è pubblicata nel *B. U. R.* della Regione Autonoma Valle d'Aosta 29 dicembre 2020, n. 72, 6145 ss.

[15] Si veda, sul punto, l'efficace analisi di P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2021, p. 12, a detta del quale il ricorso statale risulta «imperniato – almeno nella sua parte iniziale – non già nel far valere un vincolo derivante da decisioni assunte in sede statale opponibile ai possibili contenuti della legge regionale, ma piuttosto nell'affermare una sorta di incompetenza legislativa regionale per così dire "assoluta" laddove si tratti di misure finalizzate o comunque interferenti con il controllo della pandemia. In forza di questa incompetenza della legge,

dell'istanza cautelare in esame, la classica distinzione tra *assolutezza* e *relatività*, attinente all'ambito spaziale di applicazione della sospensiva. Detta distinzione, infatti, è tendenzialmente predicabile esclusivamente rispetto alle leggi statali, non trovando per converso applicazione alla sospensiva delle leggi regionali, atteso che gli effetti di queste ultime – salvo che si spieghino, eccezionalmente, solo su una parte del territorio della Regione – risultano sospesi sull'intero territorio regionale[16].

3. La pronuncia della Corte costituzionale

Con l'ordinanza n. 4/2021 il Giudice costituzionale riconoscendo rilievo autonomo all'esame specifico della richiesta cautelare governativa si rende interprete dell'art. 35 della l. n. 87/1953, così come novellato dall'art. 9, comma 4, della l. n. 131/2003, c.d. legge "La Loggia"[17]. Per tale ragione la pronuncia in commento offre molteplici spunti di interesse in merito al complesso di norme che regolano la tutela d'urgenza nel giudizio in via principale, di cui la presente nota tenterà di fornire un'esaustiva rappresentazione[18].

Innanzitutto vengono fugati ancora una volta, se mai ce ne fosse stato bisogno, i dubbi circa la possibilità di attivare la tutela *ante causam* su impulso di parte. La Corte, ritenendo ammissibile l'istanza conservativa su cui si è pronunciata con

---

gli interventi regionali risulterebbero legittimi soltanto nella misura in cui questi abbiano la forma di atti sub-legislativi, configurando una sorta di riserva di atto amministrativo regionale in ambiti comunque interferenti con le esigenze di gestione della crisi sanitaria, anche quando questi si intreccino con competenze di sicura spettanza regionale».

[16] Per una completa ricostruzione di tale distinzione A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 50 ss.

[17] Appare, a tale riguardo, significativo rinviare, *ex plurimis*, alle autorevoli ricostruzioni sviluppate in C. PINELLI, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2003, pp. 180 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale (Commento all'art. 9)*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 183 ss.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9,* in P. CAVALERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia"*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 230 ss.; F. DRAGO, *I ricorsi in via d'azione tra attuazione del Titolo V e giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2004, pp. 4815 ss.

Peraltro, fino alla riforma della c.d. legge "La Loggia" tale potere cautelare non era contemplato come rilevava correttamente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1984, p. 399, a detta del quale "Un istituto che non trova […] alcun riscontro nel giudizio sulle leggi è quello della sospensione".

[18] L'ordinanza in commento è stata depositata in Cancelleria in data 14 gennaio 2021.

ordinanza motivata, ribadisce la configurabilità delle richieste di sospensione delle leggi impugnate. In effetti, se il menzionato art. 35 disegna quello cautelare come un potere esercitabile *motu proprio* dal Giudice costituzionale, non contemplando – ma nemmeno escludendo[19] – l'istanza delle parti, solamente con la modifica alle Norme integrative del 2008 quest'ultimo è stato integrato dalla previsione della proponibilità di richieste che un detto potere possano sollecitare. Peraltro la Corte non ha mai ritenuto di attivare d'ufficio la sospensiva e la giurisprudenza costituzionale ha sempre mostrato l'avvio dell'incidente cautelare ad opera del soggetto (Stato o Regione) che aveva promosso il giudizio di costituzionalità in via d'azione. Sul solco di tale tendenza si colloca, dunque, la pronuncia oggetto della presente disamina, che consolida, sempre più, la strutturazione del giudizio d'urgenza quale incidente su istanza di parte.

Sotto il profilo temporale merita svolgere alcune considerazioni circa la celerità con cui la decisione è stata adottata. In particolare, è da notare che da un lato il ricorso statale è stato depositato decorsi appena dieci giorni dalla pubblicazione della legge regionale e dall'altro il Presidente della Corte, avendo ravvisato l'urgenza di provvedere in base all'art. 21 N.I., ha fissato con proprio decreto la discussione sull'istanza di sospensiva in camera di consiglio a nemmeno un mese dal deposito dal ricorso[20]. Viene in questo modo rispettato il suddetto art. 35, il quale prevede che l'organo di giustizia costituzionale possa adottare provvedimenti sospensivi decorso il termine di cui all'art. 25 della l. n. 87/1953, ossia venti giorni dalla notifica del ricorso[21]. Si assiste indubbiamente ad una formidabile prova di tempismo del Giudice costituzionale, eppure deve rimarcarsi che al fine di accorciare ulteriormente il lasso di tempo necessario per la pronuncia, considerate le esigenze di estrema sollecitudine legate alla *quaestio sub iudice,* il Presidente della Corte avrebbe forse potuto disporre ai sensi dell'art. 9 della l. cost. n. 1/1953 anche la riduzione, fino alla metà, dei termini del procedimento instaurato[22].

---

[19] Cfr., a tale riguardo, A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit., p. 2445, a mente del quale «Il potere di sospensione è configurato dalla legge come potere «officioso» e, tuttavia, il suo esercizio non può non essere suscettibile di sollecitazione ad opera delle parti interessate».

[20] Precisamente in data 13 gennaio 2021.

[21] Detta disposizione non fissa invece alcun termine entro il quale il Giudice costituzionale debba pronunciarsi, tuttavia, considerata l'urgenza legata alla possibilità per l'atto impugnato di produrre danni irreparabili, questo è risultato, nel caso di specie, assai breve.

[22] Nel già menzionato ricorso della Regione Lazio avverso il d.l. n. 29/2010 il ricorrente aveva, per vero, fatto seguire la propria istanza di sospensiva da un'ulteriore istanza rivolta al Presidente della Corte affinché quest'ultimo disponesse, ai sensi dell'art. 9 della l. cost. n. 1/1953, la riduzione dei termini procedimentali.

Proprio il rispetto del termine contemplato dal citato art. 25 pare apprezzabile in quanto volto a consentire l'effettiva instaurazione del contradditorio tra le parti prima della decisione della Corte[23]. A detto riguardo nella camera di consiglio convocata sono stati sentiti, oltre al Giudice relatore, gli Avvocati dello Stato ricorrente nonché il difensore della Regione resistente. Invero, quanto al problema della necessità che sia assicurato o meno il principio dell'*audi alteram partem*, l'art. 21 N.I. è intervenuto fornendo una risposta negativa: il Giudice costituzionale, anche qualora il potere di sospensiva sia stato attivato su istanza di parte, non incontra alcun obbligo di assicurare che il procedimento cautelare si svolga nel contraddittorio tra le parti. L'unico dovere gravante sulla Corte, che gode in tal senso di un elevato grado di discrezionalità, è quello di far comunicare immediatamente alle parti, dalla cancelleria, l'avvenuta fissazione della camera di consiglio. Tuttavia, dall'effettivo coinvolgimento delle parti nel procedimento d'urgenza in esame si può desumere come il Presidente della Corte – ossia colui che è il reale *dominus* dell'incidente cautelare – abbia ritenuto che il contraddittorio cartolare non fosse sufficiente e che per una finalità garantista fosse necessario autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti in ossequio all'art. 21 N.I.[24] Si tratta di una soluzione che persuade poiché, nonostante la natura officiosa del potere di sospensiva e l'assenza di un "obbligo" in senso tecnico di sentire le parti, pare auspicabile, trattandosi pur sempre di un giudizio di natura contenziosa, che il Giudice costituzionale dia attuazione al principio del contraddittorio, se non altro al fine di allinearsi al canone della tendenziale parità delle armi nel giudizio di legittimità in via principale[25].

---

[23] Sulla derogabilità del termine in parola appare prezioso rimandare a P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, cit., p. 1343, secondo la quale «dovrebbe affermarsi che il termine di venti giorni di cui all'art. 25 cit. è suscettibile di non essere rispettato dal giudice delle leggi qualora sussistano ragioni che ne sconsigliano (o vietino) l'osservanza».

Occorre, peraltro, precisare che la Regione autonoma Valle d'Aosta si è costituita con atto depositato in data 7 gennaio 2021, cui l'Avvocatura dello Stato ha replicato con memoria depositata il giorno immediatamente successivo, in data 8 gennaio 2021.

[24] Tale disposizione, che rappresenta «una delle più importanti innovazioni […] contenute nelle Norme integrative del 2008», regola un aspetto precedentemente non disciplinato, ovvero il procedimento che il Giudice costituzionale è tenuto a seguire laddove venga presentata un'istanza di sospensiva. Così, testualmente, E. LAMARQUE, *Le nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 1/2009, p. 120.

[25] Si confronti sul punto l'illuminante contributo di G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 17, secondo il quale, da un lato, la configurazione della sospensiva delle leggi come potere officioso in un giudizio di parti

Quanto alla forma del provvedimento con cui la Corte si pronuncia sulla sospensione, il Giudice delle leggi fa correttamente ricorso ad un'ordinanza[26]. In effetti, se l'art. 18 della l. n. 87/1953 statuisce che «La Corte giudica in via definitiva con sentenza. Tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza», è evidente che la sospensione di una legge non importa né la sua formale conclusione né, tantomeno, la definizione del relativo giudizio. Tale conclusione è, peraltro, coerente con la previsione di cui all'art. 26 N.I. che, in merito alla sospensiva nei conflitti intersoggettivi, discorre espressamente di «ordinanza di sospensione».

Riguardo d'altra parte all'oggetto della misura interinale in esame, ossia la summenzionata l. r. n. 11/2020, si assiste ad un caso "classico" di applicazione del potere cautelare da parte del Giudice costituzionale. Si tratta, più precisamente, di una legge dal contenuto generale ed astratto rispetto alla quale, a prima vista, il potere di sospensione potrebbe ritenersi non necessario, se non altro per il fatto che la sospensione *ante causam* ben potrebbe essere disposta dal giudice amministrativo nei confronti di quei provvedimenti amministrativi che di tale legge costituiscano applicazione. In realtà quella oggetto di scrutino rappresenta un'ipotesi di legge sospendibile in quanto "autoapplicativa": suscettibile, cioè, di produrre direttamente effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica del destinatario, poiché idonea a generare un danno immediato nei confronti dello Stato abilitato ad impugnarla dinanzi alla Corte costituzionale[27].

Passando all'esame del merito dell'istanza governativa di sospensiva, che rappresenta la parte maggiormente interessante della pronuncia in esame, occorre rilevare che nonostante l'ordinanza non sia particolarmente breve la motivazione pare però estremamente scarna. Le considerazioni che la Corte impiega per giustificare l'accoglimento della richiesta statale vengono accennate piuttosto sommariamente, riducendosi semplicemente a constatare la sussistenza, al contempo, del *fumus boni iuris* nonché del rischio di un grave e irreparabile

---

genererebbe «una sorta di mostruosità giuridica» e, dall'altro, non sarebbe costituzionalmente legittimo che possa decidersi la sospensione di una legge statale o regionale senza che lo Stato o la Regione interessata abbiano potuto esprimere la propria posizione.

Sulla non perfetta parità d'armi tra le parti del giudizio in via d'azione, quantomeno rispetto ai vizi denunciabili, v. P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni*, n. 1/2007, pp. 153 ss.

[26] Cfr., per tutte, Corte cost., ordd. nn. 245/2006 e 107/2010.

[27] Per una minuziosa ricostruzione al riguardo si rimanda ad A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, pp. 521 ss.

pregiudizio «all'interesse pubblico»[28] e «per i diritti dei cittadini» derivante dalle sovrapposizioni della legge valdostana alla normativa statale dettata nell'esercizio della competenza esclusiva della «profilassi internazionale». I Giudici di Palazzo della Consulta non vanno però oltre. L'esposizione dei motivi si limita, a ben vedere, alla mera affermazione della ricorrenza dei presupposti di cui al menzionato art. 35. Per vero, alla luce del carattere officioso del potere cautelare, che porta a propendere per la non necessarietà dell'istanza di parte e a *fortiori* di una sua esauriente motivazione, dovrebbe esigersi dal Giudice delle leggi un'argomentazione maggiormente esaustiva della propria pronuncia[29]. Più in generale, tra una motivazione concisa, che rischi di risultare insoddisfacente, ed una più dettagliata, che rischi però di comportare anticipazioni rispetto al successivo giudizio di merito, dovrebbe preferirsi la seconda[30]. Difatti l'opportunità di sospendere una legge è espressione di un elevato margine di discrezionalità di cui gode la Corte sul punto, sicché solamente un'esauriente esposizione delle ragioni che l'hanno determinata in tal senso sarebbe in grado di rendere intellegibile l'*iter* logico-giuridico dalla stessa seguito[31].

Per quanto più interessa in questa sede la pronuncia offre anche alcune conferme in relazione ai requisiti legislativamente richiesti per giustificare la sospensione delle leggi. In effetti la giurisprudenza costituzionale, ancorché il citato art. 35 menzioni solamente il *periculum in mora* indicando i presupposti che lo integrano, già con l'ord. n. 107/2010 aveva avuto modo di ribadire che «in conformità ai principi generali che disciplinano la tutela in via d'urgenza» il provvedimento di sospensiva «può essere adottato se vi sia concomitanza di due requisiti, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*» laddove, per converso, «il difetto di uno soltanto di essi comporta il rigetto dell'istanza»[32]. La decisione in esame, evocandoli entrambi, avvalora l'idea secondo cui la Corte deve prendere in considerazione, a prescindere dalle previsioni della *littera legis*, i classici requisiti cautelari: la "parvenza di buon diritto" ed il "rischio di un pregiudizio irreparabile", che devono sussistere cumulativamente. Peraltro nel giudizio in via

[28] Si noti che persino qui, come nel ricorso statale e diversamente da quanto previsto dalla lettera dell'art. 35, il requisito della gravità viene declinato anche rispetto all'"irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico".

[29] In questo senso si esprime P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 2008, p. 135.

[30] *Ivi*, 102.

[31] Sulla medesima lunghezza d'onda M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2010, p. 39.

Pare, peraltro, opportuno ricordare che quanto alla disciplina della sospensiva nel conflitto intersoggettivo, l'art. 40 della l. n. 87/1953, dispone che il Giudice delle leggi si pronunci sul punto con una «ordinanza motivata».

[32] Cfr., *ex multis*, Corte cost., ord. n. 107/2010, *settimo* e *ottavo Considerato*.

d'azione si assiste ad una tipizzazione del secondo presupposto sicché il Giudice costituzionale non potrà mai compiere una valutazione circa un *periculum* generico. Nel caso di specie infatti la Corte, dopo aver ritenuto sussistente il presupposto "giuridico" del *fumus*, passa ad analizzare quello "fattuale" del *periculum*, ritenendo sussistenti la prima («rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico») e la terza («rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini») delle condizioni contemplate dall'art. 35, mentre non menziona la seconda («rischio di un irreparabile pregiudizio all'ordinamento giuridico della Repubblica»). Se la ricorrenza di tali due requisiti pare certamente condivisibile, non si comprendono, però, le ragioni per cui il Governo non abbia eccepito – e la Corte rilevato – altresì un pregiudizio all'ordinamento repubblicano.

In altri termini, non si capisce la scelta di non considerare il secondo dei presupposti cautelari laddove, da un lato, il pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico e quello all'ordinamento giuridico della Repubblica rappresentano due ipotesi che, seppur formalmente distinte, paiono contigue. E dall'altro il riferimento allo «ordinamento giuridico della Repubblica» finisce per richiamare inevitabilmente alla mente quelle "ragioni dell'unità" che *ex* art. 120 Cost. legittimano l'intervento sostitutivo dello Stato e che giustificano la sua «posizione peculiare» in seno all'ordinamento[33]. Sarebbe, forse, stato opportuno menzionare anche la seconda delle condizioni considerate dall'art. 35, se non altro dal momento che è proprio lo stesso Giudice costituzionale ad evocare nell'ordinanza in esame la "tutela dell'unità", sostenendo che «le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una *gestione unitaria* a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione»[34].

Si deve poi tenere presente che la pronuncia in commento, per quanto apprezzabile, presenta però, un vero e proprio "convitato di pietra": ossia la c.d. "valutazione comparativa delle conseguenze". Con tale espressione si suole, come noto, indicare il test di giudizio (c.d. *Doppelhypothese* o *Abwägungsmodell*) maturato nell'esperienza costituzionale tedesca di cui il *Bundesverfassungsgericht* si serve nel motivare le proprie decisioni cautelari[35]. Tale modello si fonda sulla formulazione di due ipotesi opposte: la sospensione della legge e la non sospensione della medesima. Il Tribunale federale costituzionale tedesco valuta

[33] V. Corte cost., sent. n. 274/2003, par. 2 ss. del *Considerato in Diritto*.

[34] Così, testualmente, Corte cost., ord. n. 4/2021, *ottavo Considerato*.

[35] Sul punto, per tutti, v. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp. 157 ss.

dunque le conseguenze derivanti, secondo la teoria della causalità adeguata, dai due differenti scenari delineati, concedendo il provvedimento conservativo solamente laddove la permanenza dell'efficacia della legge impugnata produca danni maggiori rispetto alla sua temporanea sospensione[36]. Si tratta di uno schema argomentativo che, dopo le sollecitazioni in tal senso di parte della dottrina, la Corte costituzionale era sembrata voler sostanzialmente mutuare[37]. Da tale angolo visuale nell'ord. n. 4/2021 si assiste ad un certo arretramento. Il Giudice delle leggi accoglie l'istanza di sospensiva ma non si sofferma sul criterio comparativo di giudizio: eppure qualche considerazione sul punto sarebbe parsa assai preziosa.

A detto riguardo non si intende certamente sostenere che la Corte non abbia svolto alcuna valutazione comparativa, ma solamente che quantunque quest'ultima sia stata effettuata, sarebbe stato preferibile esplicitarla, considerate le rilevanti conseguenze che l'esercizio del potere cautelare genera sui diritti e principi costituzionali coinvolti. Detto altrimenti, non si dubita che, ancorché difetti un confronto espresso tra le due opposte ipotesi di reiezione e di accoglimento dell'istanza d'urgenza, questo possa ritenersi, in qualche modo, implicito nel ragionamento svolto dalla Corte che la porta a propendere per la sospensiva. Nondimeno, considerati il peculiare valore dei diritti costituzionalmente garantiti (diritto alla salute e diritto di iniziativa economica, per citarne alcuni), sottesi alle

---

[36] Insiste su tale aspetto J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 178 ss.

Del resto quello descritto rappresenta un approccio coltivato, *mutatis mutandis*, anche dal nostro giudice amministrativo. In effetti quest'ultimo, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, deve effettuare una "valutazione comparata" tra il sacrificio del ricorrente derivante dall'esecuzione dell'atto e quello che verrebbe altrimenti imposto alla pubblica amministrazione dalla relativa sospensione. Cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5791/2001; Cons. Stato, sez V, n. 5087/2011.

A tale riguardo si vedano anche, in dottrina, D. PICCIONE, *I presupposti*, in F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 39 ss.; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, CEDAM, Padova, 2012, 122 ss.

[37] Sull'auspicio dell'applicazione, da parte del Giudice costituzionale italiano, del modello summenzionato si rinvia a P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 42.

Cfr., a tale proposito, altresì, Corte cost., ord. n. 107/2010. In quell'occasione il Giudice delle leggi per stabilire se sospendere o meno il decreto-legge c.d. "salva liste", aveva applicato il modello della valutazione comparativa delle conseguenze della sospensione e della mancata sospensione, evidenziando come le prime fossero sostanzialmente equiparabili alle seconde e non fosse possibile sostenere la prevalenza delle une sulle altre, la qual cosa aveva pertanto giustificato la mancata sospensione della disciplina *sub iudice*.

diverse opzioni della sospensione e della perdurante efficacia, le endemiche incertezze di una loro ponderazione, nonché, ancor di più, le difficoltà e i costi di riportare lo *status quo ante* nel caso di esito della decisione di merito divergente da quello sulla sospensiva, sarebbe forse stata opportuna una maggiore "trasparenza" nell'argomentazione svolta dal Giudice costituzionale, che il ricorso al modello della c.d. *Doppelhypothese* avrebbe, almeno in parte, garantito[38].

4. Una valutazione "anticipatoria" del merito?

Oltre che dal punto di vista squisitamente processuale – che costituisce il vero *punctum crucis* della questione –, l'ord. n. 4/2021 è suscettibile di essere considerata altresì dal punto di vista sostanziale, in relazione al *merito* del ricorso governativo. In tale ottica non ci si può esimere dal chiedersi se nella pronuncia in esame siano rinvenibili elementi utili per ipotizzare un giudizio prognostico sulla decisione finale che la Corte sarà chiamata ad adottare. Detto quesito intreccia, peraltro, quello di carattere più generale dei rapporti intercorrenti tra ordinanza di sospensione e successivo giudizio sull'incostituzionalità della legge impugnata. L'elaborazione dottrinale sul punto, sviluppatasi principalmente in relazione alla tutela cautelare nei giudizi comuni, è chiara nel ribadire come tra il giudizio sulla sospensiva e quello principale sussistano dei rapporti solo nella misura in cui il primo sia accessorio al secondo ed entrambi abbiano ad oggetto il medesimo provvedimento[39]. Inoltre sussistendo, in particolare, nel giudizio in via principale

[38] L'incertezza del bilanciamento fra i diritti coinvolti è data, peraltro, dall'assenza di c.d. "diritti tiranni" che possano prevalere incondizionatamente sugli altri, secondo la felice espressione coniata in Corte cost., sent. n. 85/2013.

[39] Per una risalente, ma pur sempre attuale, analisi sul punto v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936. Più recentemente cfr. S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2007, pp. 609 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2010, pp. 1115 ss.

Ma si veda anche, in giurisprudenza, *ex plurimis*, T.A.R Campania-Napoli, n. 17288/2010 in cui si afferma che «La domanda cautelare, rispetto a quella volta alla definizione nel merito della causa instaurata dinanzi al giudice amministrativo, presenta una propria connotazione anticipatoria, interinale e strumentale e dà luogo ad un autonomo iter processuale e, d'altro lato, i presupposti della tutela conseguibile attraverso la prima domanda (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) non sono rinvenibili in quella apprestata mediante l'azione di cognizione piena. Una simile diversità funzionale ed autonomia strutturale tra le due forme di tutela, attestata dalla circostanza che le statuizioni della pronuncia cautelare non sono vincolanti per il giudice del merito, rende evidente come la rinuncia alla domanda cautelare non sia, di per sé, suscettibile di comportare

una netta distinzione tra interesse ad agire e interesse ad ottenere la sospensiva, quest'ultima non risulta necessariamente correlata alla pronuncia sul merito del ricorso. Purtuttavia una valutazione in qualche modo "anticipatoria" rispetto alla decisione finale viene indubbiamente compiuta dalla Corte all'atto di accogliere l'istanza di sospensione[40].

Invero il Giudice costituzionale, nella chiusa della parte motiva viene a precisare che «la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore». Ancorché in modo conciso e misurato, la Corte sembra lasciar trasparire il proprio convincimento circa il possibile esito del giudizio[41]. L'ipotesi più probabile pare effettivamente quella per cui la legge impugnata, a prescindere dall'esame delle singole disposizioni censurate, presenti ragionevoli profili di incostituzionalità che hanno orientato il Giudice delle leggi a disporne la sospensione e che presumibilmente verranno riconosciuti in via definitiva nella sentenza conclusiva dello scrutinio di costituzionalità. È d'altro canto innegabile che la Corte tenda ad accordare la sospensiva solamente qualora sia orientata ad adottare, nel merito del ricorso, una sentenza di accoglimento[42]. Non si vuole però certo giungere all'estremo di considerare la concessione della sospensiva quale vera e propria "anticipazione" della successiva pronuncia di merito, una sorta di delibazione circa la costituzionalità della legge impugnata, essendo la misura conservativa pur sempre revocabile. Nondimeno non può negarsi come una risposta positiva sull'incidente cautelare induca ad una ragionevole previsione sull'esito del giudizio principale.

5. Osservazioni conclusive

Nel complesso, tralasciati cioè i rilievi già segnalati in merito alla laconicità della motivazione e al mancato impiego dell'*Abwägungsmodell*, l'ordinanza annotata deve essere accolta con estremo favore, soprattutto tenute in considerazione le difficili circostanze contingenti che l'hanno generata. Se rispetto all'attuale

acquiescenza al provvedimento impugnato, e, quindi, sopravvenuta carenza di interesse all'invocato suo annullamento giurisdizionale».

[40] In questi termini, cfr. F. CLEMENTI, *I giudici contro il rischio di un danno grave alla salute*, in *Il Sole 24 ore*, 15 gennaio 2021, secondo il quale «in genere l'ordinanza di sospensione – riscontrandosi i presupposti – difficilmente non potrà non preannunciare l'orientamento del giudice anche nel merito nonostante il contraddittorio».

[41] V., a riguardo, Corte cost., ord. n. 4/2021, *settimo Considerato*.

[42] Aderisce a questa tesi, tra gli altri, P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 103.

virulenta epidemia un ruolo indispensabile è stato svolto dal nostro sistema sanitario e dall'apparato medico-ospedaliero nel suo complesso, non meno rilevante si è dimostrata la capacità di reazione del nostro ordinamento giuridico, il quale ha sostanzialmente retto dinanzi ad una situazione obiettivamente senza precedenti[43]. Nello specifico, siccome il sistema costituzionale delle fonti è stato chiamato a fornire risposte celeri ed efficaci rispetto alle pressioni esercitate dalla pandemia da COVID-19, la giustizia costituzionale, che del sistema delle fonti, almeno di livello primario, rappresenta il vero custode, non avrebbe, dal canto suo, certamente potuto rimanere in silenzio. Purtuttavia la Corte, sino ad ora, era rimasta del tutto ai "margini" in riferimento agli atti di gestione dell'emergenza, complice la creazione di un "microsistema" che vede come proprio baricentro atti secondari anziché, come da molti auspicato, atti con forza di legge[44]. Se ci fosse stato un uso più sistematico dei decreti-legge forse alla Corte si sarebbe arrivati prima, anche in via incidentale[45]. Ma così non è stato, pertanto si capisce come un pronunciamento sul punto da parte del Giudice delle leggi fosse quanto mai indispensabile.

---

[43] Per una recentissima ricostruzione analitica circa la capacità del nostro ordinamento giuridico, nel suo complesso, di far fronte all'imperante crisi pandemica v. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che 'nulla potrà più essere come prima'?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020. Ma sulla stessa lunghezza d'onda si confrontino anche i diversi contributi contenuti in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2020.

[44] A tale proposito si veda di recente, *ex multis*, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020.

[45] Se nell'endemico conflitto che sta segnando l'intera gestione della crisi sanitaria la Corte è rimasta in qualche modo "marginalizzata", non sono, invece, mancati gli interventi d'urgenza dei giudici comuni e, segnatamente, amministrativi. Cfr., a tale proposito, decreto cautelare monocratico del Presidente del T.A.R. Abruzzo-Aquila n. 241/2020 che ha sospeso l'ord. n. 106/2020 del Presidente della Regione Abruzzo la quale aveva consentito il passaggio dalla zona "rossa" a quella "arancione"; decreto cautelare monocratico del Presidente del T.A.R. Calabria-Catanzaro n. 2/2021 che ha sospeso l'ord. n. 1/2021 del Presidente della Regione Calabria la quale aveva chiuso le scuole elementari e medie; decreto cautelare monocratico del Presidente del T.A.R. Lombardia-Milano n. 32/2021 che ha sospeso l'ord. n. 676/2021 del Presidente della Regione Lombardia la quale aveva disposto la didattica a distanza per le scuole secondarie fino al 24 gennaio, tutti consultabili sul sito della Giustizia Amministrativa, *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il giudizio in via d'azione presenta però dei tempi che, per quanto rapidi, risultano fisiologicamente necessari affinché un organo collegiale come la Corte possa rendere una pronuncia ponderata e compiuta, considerata anche la sua importanza quale precedente. Eppure, l'impellenza della crisi pandemica richiedeva una sollecita risposta da parte dell'organo di giustizia costituzionale, non potendo invece attendere gli ordinari termini procedurali. A tale situazione "eccezionale" i giudici di Palazzo della Consulta hanno fatto fronte ricorrendo all'istituto altrettanto "eccezionale" della sospensiva[46]. Si è così assistito ad una prova di efficienza giudiziale che ha portato in tempi rapidissimi al rilascio di una misura conservativa rispetto ad un atto legislativo (potenzialmente) lesivo dell'ordinamento giuridico, idonea ad evitare, *medio tempore*, una grave vulnerazione del quadro costituzionale di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Si tratta in definitiva di un provvedimento provvisorio in grado di impedire che l'efficacia della successiva pronuncia di merito possa risultare in concreto frustrata, riducendosi ad un mero *flatus vocis,* a causa delle conseguenze irreparabili che una legge incostituzionale potrebbe nel frattempo produrre[47]. Quella prescelta rappresenta una soluzione di metodo condivisibile e quanto mai opportuna, soprattutto al cospetto di una situazione emergenziale. In effetti il potere cautelare è strettamente connesso al diritto di azione, essendo talvolta necessario affinché l'azione stessa possa ritenersi davvero satisfattiva della ragione[48]. Del resto la tempestività rappresenta un elemento fondamentale per una tutela giurisdizionale che voglia dirsi realmente effettiva, a maggior ragione in presenza di un paventato rischio di pregiudizio grave e irreparabile per l'interesse pubblico e per i diritti dei cittadini[49].

---

[46] Sull'importanza costituzionale della tutela cautelare appare illuminante rinviare, tra i moltissimi, ad A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, pp. 173 ss.; A. PACE, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/1968, pp. 594 ss.; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2009.

[47] In senso nettamente contrario F.R. DE MARTINO, *La legge regionale dell'art. 127 della Costituzione*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 364, secondo il quale la rapidità dei tempi di decisione propri del giudizio in via principale renderebbe non necessaria la previsione di un potere di sospensiva rispetto a quest'ultimo.

[48] Per tale argomentazione si veda il recentissimo contributo di J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti fra poteri dello Stato. Verso un'estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, pp. 199 ss.

[49] Ma *contra* il celebre saggio di C. SCHMITT (traduzione italiana a cura di A. Caracciolo), *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 55, il quale, criticando

Occorre peraltro mettere in luce come quella in esame, al di là del caso specifico, possa verosimilmente definirsi una pronuncia "manifesto", ossia una sorta di monito rivolto anche alle altre Regioni affinché queste ultime siano scoraggiate dall'adottare misure di contrasto alla pandemia confliggenti con quelle statali. La sospensione della legge valdostana presenta difatti l'ulteriore pregio di frenare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'approvazione di ulteriori normative regionali difformi rispetto a quelle nazionali. L'obiezione che, però, si potrebbe sollevare a tale ricostruzione, e più in generale alla soluzione adottata dal Giudice costituzionale, è quella della sovraesposizione della Corte al circuito politico. Effettivamente sospendere la legge impugnata significa paralizzare, ancorché temporaneamente, l'esplicarsi dell'autonomia legislativa regionale, prima della conclusione dello scrutinio di costituzionalità, che potrebbe anche non concludersi nel senso della fondatezza. Ed è proprio la pericolosità intrinseca della tutela cautelare a spiegare la normale riluttanza della Corte quanto ad accordare la sospensione dell'efficacia delle leggi scrutinate. Gli antidoti a tale rischio tuttavia ci sono e sono principalmente due. Il primo, già impiegato dal Giudice delle leggi, consiste nel ricorso ad una notevole dose di *self restraint*, reputando la tutela d'urgenza alla stregua di una *extrema ratio*, ossia come uno strumento da utilizzare in ipotesi assai rare e gravissime in cui il rischio di pregiudizio emerga in maniera inequivocabile e macroscopica. Il secondo, solo in parte rispettato nell'ordinanza in commento, richiede l'adozione di una convincente argomentazione giuridica idonea a legittimare e giustificare un intervento così invasivo del Giudice costituzionale e, al contempo, tale da porre quest'ultimo al riparo da possibili critiche circa una sua eccessiva "politicizzazione", scongiurando, in ultima istanza, un altrimenti inevitabile attrito con l'autore dell'atto legislativo sospeso.

Non deve d'altronde dimenticarsi un ultimo profilo. Il fatto che il Giudice delle leggi abbia accolto l'istanza di sospensiva produce dei rilevanti effetti sullo svolgersi del giudizio in via principale, nel senso – piuttosto apprezzabile – di accelerarne i relativi tempi. Difatti il più volte menzionato art. 35 prevede che, qualora la Corte abbia disposto la sospensione della legge censurata, l'udienza di discussione venga fissata entro i successivi trenta giorni ed il dispositivo della sentenza conclusiva del giudizio di costituzionalità sia depositato entro quindici

la tesi che vede nella giurisdizione la custode della Costituzione ed individuando il garante di questa nel Presidente del *Reich*, afferma, in merito alla tutela urgente nel diritto costituzionale, che «È proprio inevitabile che la giurisdizione, finché rimane giurisdizione, giunga politicamente troppo tardi, tanto più tardi quanto più il processo si svolge in modo preciso e accurato, in modo conforme allo Stato di diritto ed alla giurisdizione».

giorni da quest'ultima[50]. Per capire quale sarà la sorte della legge valdostana sospesa non resta, dunque, che attendere l'imminente trattazione nel merito della questione, già fissata per l'udienza pubblica del 23 febbraio 2021. Nel frattempo però una cosa è certa: a fronte dei ritardi sanitari che stanno interessando le forniture di vaccini anti COVID-19 la nostra Corte costituzionale non è, dal canto suo, rimasta inerte, tentando di fornire un succedaneo dei primi, ossia quello che potremmo definire una sorta di "vaccino processuale", indispensabile in una situazione sanitaria e costituzionale così delicata.

[50] Tale previsione non vale, invero, per il deposito della motivazione, ancorché quest'ultima soprattutto in un caso rilevante come quello in esame risulti altrettanto (se non più) importante.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020

GIUSEPPE MONACO*

Nota a Cassazione Civile, SS.UU., ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598. Disponibile all'indirizzo: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19598_09_2020_no_index.pdf.

Sommario

1. Premessa. – 2. L'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020 e i tre quesiti posti alla Corte di giustizia in tema di giurisdizione. – 3. Interpretazione costituzionale e contrasti tra Consulta e Corte di cassazione. – 4. Il rischio di un nuovo scontro tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università cattolica del Sacro Cuore, Milano. Indirizzo mail: giuseppe.monaco@unicatt.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Premessa

Negli ultimi anni il rapporto tra giudici nazionali, Consulta e Corte di Giustizia si è fatto sempre più complesso, tra tentativi dei primi di rafforzare il dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, avviato fin dal caso *Granital*[1], e la difesa operata dalla Corte costituzionale dei principi supremi della Costituzione, nonché in generale del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi, quando le norme europee che si assumono violate, a partire da quelle della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE), sono a tutela di diritti garantiti altresì dalla Costituzione.

Non solo: anche il rapporto tra le giurisdizioni supreme del nostro ordinamento ha mostrato qualche crepa, in relazione al sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato che la Corte di cassazione può essere chiamata a svolgere per motivi inerenti la giurisdizione. Sebbene la Cassazione mostri generalmente la volontà di non interferire con le scelte ermeneutiche del Consiglio di Stato, che possano comportare *errores in iudicando* o *in procedendo* - nella consapevolezza che l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale e che pertanto il controllo del limite esterno della giurisdizione, affidato dall'art. 111, comma 8, Cost. alla Cassazione, non include appunto il sindacato sulle scelte ermeneutiche[2] - in qualche circostanza, negli ultimi quindici anni, ha assunto delle decisioni che hanno incrinato il rapporto con il giudice amministrativo. Il riferimento è innanzi tutto alla nota vicenda della c.d. "pregiudiziale amministrativa" e cioè alla pretesa del giudice amministrativo che il riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo passi dal previo annullamento del provvedimento illegittimo. Differente la posizione espressa dalla Cassazione. Le Sezioni unite hanno ritenuto, infatti, di poter esaminare e quindi cassare la sentenza del giudice amministrativo per motivi inerenti la giurisdizione, sul presupposto che con giurisdizione non si allude soltanto al potere di conoscere di date controversie, ma che tale termine sia da intendere «nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento»[3]. In sostanza il principio di effettività della tutela giurisdizionale

[1] Il riferimento è alla nota sent. 8 giugno 1984, n. 170.

[2] Si può vedere in tal senso, da ultimo, la sent. delle Sezioni unite, 4 dicembre 2020, n. 27770.

[3] Così Cass. Sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30254, secondo cui «se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio». Con questa pronuncia la Cassazione dà seguito ad alcune

incide, nella prospettiva della Cassazione, sul concetto stesso di giurisdizione. Ulteriori occasioni di conflitto si sono avute con la cassazione di pronunce del Consiglio di Stato per asserita lesione della sfera riservata alla pubblica amministrazione[4], o ancora in relazione alla giurisdizione sul contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione[5]. In questo filone giurisprudenziale della Cassazione parte della dottrina ha intravisto il tentativo di superare la pluralità delle giurisdizioni, riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale a partire dall'art. 103[6].

2. L'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020 e i tre quesiti posti alla Corte di giustizia in tema di giurisdizione

È in questo contesto che si inserisce l'ordinanza n. 19598/2020, con cui le sezioni unite della Corte di cassazione hanno chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su alcune questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea. La pronuncia trae origine da un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., avverso una sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici. Il giudice amministrativo è fermo nel ritenere inammissibile il ricorso presentato avverso gli atti di gara e avverso il provvedimento di aggiudicazione a un terzo da un concorrente già escluso dalla gara - nel caso di specie per non avere superato la cosiddetta "soglia di sbarramento" nella valutazione dell'offerta tecnica - salvo che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione. In sostanza, secondo la giurisprudenza amministrativa, nel momento in cui un concorrente viene escluso dalla gara, per qualunque ragione, che si tratti di carenza di condizioni soggettive, oppure di condizioni oggettive dell'offerta, non solo non potrà partecipare alla gara, ma non sarà legittimato a contestare gli esiti della stessa, a meno che non ottenga prima la dichiarazione di illegittimità della propria esclusione, perché, in

sue precedenti ordinanze del 2006 e del 2007, svolgendo ulteriori riflessioni sul tema della giurisdizione e arrivando a cassare un sentenza del Consiglio di Stato proprio ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

[4] Cfr. Cass. Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312.

[5] Cfr. Cass. Sez. un., 5 aprile 2012, n. 5446.

[6] Cfr. R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2013, pp. 324 ss. Per una lettura diversa delle pronunce dalla Cassazione, nel senso che la Suprema Corte avrebbe fatto un uso accorto del sindacato previsto dall'art. 111 u.c. Cost., non avendo alcun intento di "colonizzazione" del terreno riservato al giudice amministrativo, cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it.

quanto escluso, è ormai portatore «di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara»[7].

La sentenza del Consiglio di Stato viene quindi impugnata innanzi alla Corte di cassazione per motivi inerenti la giurisdizione. La Suprema Corte non condivide l'assunto del Consiglio di Stato, ritenendo che debbano essere esaminati nel merito anche gli ulteriori motivi del ricorso principale del soggetto escluso, diretti a contestare l'esito della gara per altre ragioni, il che peraltro sarebbe, a suo dire, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. D'altra parte, prima di affrontare la questione dei vizi sindacabili dal giudice amministrativo, la Cassazione deve dimostrare che la sentenza del Consiglio di Stato può essere oggetto di impugnazione ed eventualmente cassata ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

La difficoltà della Cassazione trae origine da una sentenza della Corte costituzionale del 2018.[8] In quella circostanza la Consulta ha affermato chiaramente che un'interpretazione evolutiva del comma 8 dell'art. 111 Cost. sarebbe incompatibile con la lettera e con lo spirito della norma costituzionale, in quanto finirebbe col rendere superflua la distinzione con il ricorso per cassazione per violazione di legge di cui al precedente comma 7 e, più in generale, metterebbe in discussione la stessa scelta operata dai costituenti a favore di un assetto pluralistico delle giurisdizioni. La Consulta ha poi precisato che l'ampliamento del concetto di giurisdizione, al fine di consentire un intervento della Cassazione in sede di controllo delle sentenze del Consiglio di Stato, non potrebbe essere giustificato neppure dalla violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU. Anche laddove sopravvenisse una sentenza delle Corti sovranazionali in senso contrario rispetto ad una decisione assunta dal Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), la soluzione non sarebbe rappresentata dall'impugnazione di tale pronuncia innanzi alla Corte di cassazione, ma andrebbe piuttosto trovata

[7] Così Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606.

[8] Si tratta della sent. 18 gennaio 2018, n. 6. La pronuncia si inserisce in una complessa vicenda che vede protagonisti, ancora una volta, il Consiglio di Stato e la Cassazione, con l'inserimento in quella circostanza della Corte di Strasburgo. Da una parte il Consiglio di Stato aveva ritenuto di non poter entrare nel merito della questione (riconoscimento di contributi pensionistici) prospettata dai ricorrenti, sul presupposto di un'intervenuta decadenza. Dall'altra parte la Cassazione, innanzi alla quale era stata impugnata per motivi inerenti la giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato, faceva valere due pronunce nel frattempo sopravvenute della Corte EDU (4 febbraio 2014, Mottola e Staibano) con le quali veniva contestata la lesione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU e in particolare del diritto d'accesso a un giudice. La Cassazione portava quindi la questione innanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione ai parametri interposti costituiti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale.

all'interno di ciascuna giurisdizione. In quest'ottica il difetto di giurisdizione resta dunque collegato allo sconfinamento (o arretramento) da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti) rispetto alla sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (difetto assoluto), oppure rispetto alla sfera attribuita ad altra giurisdizione (difetto relativo), mentre non può ricomprendere l'ipotesi di sentenze «abnormi» oppure di «stravolgimento radicale» delle norme di riferimento: attribuire rilevanza alla gravità del vizio sarebbe, a detta della Consulta, «sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive».

A seguito di questa sentenza, la Cassazione ha, in un primo momento, mutato il proprio orientamento, ritenendo vincolante l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. proveniente dalla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali. Sembrava, dunque, avere accettato la conclusione che anche nell'ipotesi di sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di Giustizia non sarebbe stato ammissibile il ricorso per cassazione per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione.[9]

Con l'ordinanza in esame, la Cassazione torna sui propri passi e, riagganciandosi ad altre pronunce, di poco precedenti[10] rispetto alla sentenza n. 6

[9] Così Cass. Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460, nonché Cass. Sez. un., 16 maggio 2019, n. 13243.

[10] Cfr. ad esempio Cass. sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in cui le Sezioni unite, pur condividendo le conclusioni raggiunte dal giudice amministrativo, ribadiscono il principio secondo cui «è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge». Con riferimento, poi, a questioni analoghe a quella in discussione (materia di appalti pubblici e ordine di esame delle censure in presenza di ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario della gara) viene richiamato un altro precedente (Cass. Sez. un. 6 febbraio 2015, n. 2242). In tale sentenza le Sezioni unite avevano affermato che «l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia». E ancora, proseguiva in quella circostanza la Cassazione, «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino), si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc.». In questa prospettiva, allora, «è norma sulla giurisdizione non solo quella

del 2018 della Consulta, prova a superare l'orientamento contrario espresso dalla Consulta, mediante il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale si rivolge ponendo ben tre quesiti, tra loro strettamente connessi.

Il primo assume carattere preliminare e generale: si tratta cioè di valutare la conformità al diritto UE (e in particolare agli artt. 4 e 19 TUE e 2 e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali) della prassi interpretativa dell'art. 111, comma 8, Cost., nonché degli artt. 360 e 362 c.p.c. e dell'art. 110 c.p.a., prassi secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti la giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di orientamenti in contrasto con sentenze della Corte di Giustizia, in settori disciplinati dal diritto UE. La Cassazione non condivide tale interpretazione e ritiene che, nel momento in cui il Consiglio di Stato applichi una normativa nazionale in contrasto col diritto UE, la sua pronuncia possa essere sindacata sotto il profilo del difetto assoluto di giurisdizione, avendo il giudice amministrativo posto in essere un'attività di produzione normativa non consentita neppure al legislatore nazionale.

D'altra parte, sempre nella prospettiva della Suprema Corte, non potrebbe trovare applicazione il principio di autonomia processuale degli Stati membri, che presuppone, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il rispetto del principio di equivalenza come del principio di effettività,[11] mentre la prassi interpretativa contestata sarebbe in contrasto con entrambi.

Col secondo quesito le sezioni unite chiedono di verificare la conformità al diritto UE della prassi interpretativa che esclude il ricorso per cassazione avverso sentenze del Consiglio di Stato che, dovendo decidere controversie su questioni concernenti l'applicazione di norme non chiare del diritto U.E., abbiano omesso,

---

che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca». La Suprema Corte, dunque, cassa la sentenza del Consiglio di Stato per impedire che il provvedimento giudiziario divenuto definitivo esplichi i suoi effetti in contrasto col diritto UE, come interpretato dalla Corte di giustizia e ciò anche per evitare che lo Stato incorra nella responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza.

[11] Secondo la Cassazione non sarebbe rispettato il principio di equivalenza, dal momento che il ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione sarebbe ammissibile in caso di sentenze del Consiglio di Stato invasive della sfera del legislatore nazionale, mentre non lo sarebbe nel caso tali pronunce siano invasive della sfera del legislatore comunitario, sotto il controllo della Corte di giustizia. Anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare in concreto, non sarebbe rispettato, in quanto la pronuncia precluderebbe l'esame nel merito di tutte le doglianze proposte dal ricorrente escluso da una gara di appalto. A supporto viene richiamata la recente sentenza della Corte di giustizia, 5 settembre 2019, nella causa C-333/18, Lombardi.

senza motivare, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Anche rispetto a tale ipotesi secondo la Cassazione si rientrerebbe nei motivi inerenti la giurisdizione, in quanto il giudice nazionale avrebbe invaso la competenza della Corte di Lussemburgo, cui spetta l'ultima parola nell'interpretazione del diritto UE.

Il terzo quesito, infine, attiene più specificamente alla vicenda processuale da cui ha tratto origine il contrasto giurisprudenziale in discussione. La Cassazione si rivolge alla Corte di giustizia affinché valuti la corrispondenza ai principi enunciati dalla stessa Corte di Lussemburgo[12] della scelta operata dal Consiglio di Stato di esaminare soltanto i motivi di diritto concernenti l'esclusione del ricorrente principale da una gara e di non esaminare nel merito gli altri motivi di diritto del ricorso principale, diretti a contestare l'esito della gara per ragioni ulteriori e quindi l'aggiudicazione a diverso soggetto, qualora sull'esclusione dalla gare del ricorrente principale non si sia ancora formato un giudicato.

Con l'ordinanza in questione si è riacceso il dibattito, in realtà mai sopito, tra chi condivide l'interpretazione "evolutiva" e "dinamica" dell'art. 111, comma 8, Cost. o comunque ritiene che il difetto di giurisdizione non possa essere risolto soltanto in un problema di spettanza o meno della *potestas iudicandi*[13] e chi, viceversa, ritiene non accettabile il superamento della nozione tradizionale dei motivi di giurisdizione, in favore di una lettura dinamica legata al principio di effettività della tutela giurisdizionale[14].

Nella prima prospettiva la Cassazione potrebbe dunque sindacare anche le modalità di esercizio della *potestas iudicandi*, laddove si verifichi un radicale stravolgimento delle regole processuali tale da implicare un diniego di giustizia[15], come nel caso in cui la supposta erronea qualificazione del ricorrente quale portatore di un interesse di mero fatto gli precluda la possibilità di far valere in

[12] Si tratta delle sentenze 5 settembre 2019, nella causa C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, nella causa, C-689/13, Puligienica; 4 luglio 2013, nella causa C-100/12, Fastweb.

[13] Cfr. G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione. Il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020, che auspicano il superamento della contrapposizione tra limiti interni e limiti esterni di giurisdizione e che escludono dai motivi inerenti la giurisdizione non tutti gli *errores in procedendo* e *in iudicando*, ma soltanto quelli che non ineriscano la giurisdizione.

[14] Tra i tanti cfr. A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle sezioni Unite della cassazione"* (Roma, 21 settembre 2017), disponibile all'indirizzo www.cortedicassazione.it; R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Diritto del processo amministrativo*, n. 4/2012, pp. 1677 ss.

[15] Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, p. 7.

sede giurisdizionale l'interesse viceversa ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento[16]. In quest'ottica, che intende, come detto, valorizzare il principio di completezza e adeguatezza della tutela insito nell'art. 24 Cost., il concetto di giurisdizione finisce con includere anche le forme di tutela attraverso le quali si esplica il potere giurisdizionale e pertanto nei motivi inerenti la giurisdizione rientrerebbe la verifica del rispetto da parte del giudice di tali forme di tutela[17].

Nell'opposta prospettiva, invece, la lettura evolutiva dei motivi inerenti la giurisdizione si scontrerebbe con una diversa prassi interpretativa dell'art. 111, comma 8, Cost., applicata per quasi un settantennio e condurrebbe ad una sostanziale disapplicazione della stessa norma costituzionale[18]. L'interpretazione evolutiva sarebbe indice del tentativo della Cassazione di espandere il proprio sindacato rispetto alle pronunce del Consiglio di Stato, riservandosi il potere di individuare su base casistica le ipotesi in cui si possono ritenere oltrepassati i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo[19]. In tal modo la Suprema Corte andrebbe gradualmente ad assumere la veste di organo di vertice delle magistrature[20], ritagliandosi spazi di manovra sempre più ampi nell'esercizio della funzione nomofilattica, nella direzione, quindi, di un superamento in via giurisprudenziale del principio costituzionale della pluralità delle giurisdizioni.

---

[16] Cfr. F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it, secondo cui tanto il caso da cui è scaturita la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, quanto il caso che ha portato la Cassazione a proporre rinvio pregiudiziale, potevano essere decisi come classiche questioni di giurisdizione. E ciò in quanto, afferma l'Autore, la figura del rifiuto di giurisdizione - che si realizza quando il giudice nega la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento ritiene viceversa meritevole di tutela - è sempre esistita come classica questione di giurisdizione, così come l'eccesso di potere giurisdizionale, che si configura invece, quando il giudice amministrativo si sostituisce al legislatore o all'amministrazione.

[17] Cfr. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2013, p. 354.

[18] Cfr. A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Il Foro Italiano (Foronews)*, 12 ottobre 2020.

[19] Così G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2018, pp. 122 ss.; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2/2018, pp. 332 ss.

[20] Così G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Diritto del processo amministrativo*, n. 2/2013, pp. 367 ss.

3. Interpretazione costituzionale e contrasti tra Consulta e Corte di cassazione

Tutti e tre i quesiti proposti pongono delicate questioni concernenti temi di carattere generale quali la legittimazione a ricorrere, l'interesse legittimo, i limiti cui va incontro il sindacato della Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, gli eventuali rimedi azionabili nell'ipotesi di violazione del diritto UE ad opera del Consiglio di Stato o della Corte dei conti. I quesiti nascono quindi dalle diverse conclusioni che su questi temi sono state raggiunte dalle nostre magistrature supreme, ma al contempo, dietro alcuni dei suddetti quesiti, si celano altri problemi di carattere ancora più generale, che attengono all'interpretazione e alla creazione del diritto e, in particolare, all'interpretazione della Costituzione, tema sul quale si ritiene in questa sede di svolgere qualche ulteriore considerazione.

Con la sentenza n. 6/2018 la Corte costituzionale ha colto l'occasione per porre un freno all'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost. sui motivi inerenti la giurisdizione proposta dalla Cassazione e lo ha fatto in modo deciso, ricorrendo peraltro ad una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza in ragione della mancanza di legittimazione del giudice *a quo*. La Cassazione, cioè, non avrebbe potuto sollevare la questione di costituzionalità, non essendo stato instaurato correttamente il giudizio innanzi ad essa, proprio perché priva, nel caso di specie, del potere di sindacare la sentenza del Consiglio di Stato.

La Consulta, prima di esplicitare la propria posizione, si premura di rammentare che la questione rientra «nella competenza naturale di questa Corte, quale interprete ultimo delle norme costituzionali». Affermazione perentoria, con la quale sembra voler prevenire eventuali repliche della Cassazione, ricordando gli scontri verificatisi negli anni passati, quando la Suprema Corte si è rifiutata di seguire le interpretazioni proposte dalla Consulta nelle sentenze interpretative di rigetto, in quanto pronunce prive di efficacia vincolante *erga omnes*. Alla Consulta, di fronte al rifiuto della Cassazione di uniformarsi, non restava che dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione come interpretata dalla Cassazione, una volta investita nuovamente della questione[21]. Quei conflitti rivelavano l'intento

[21] Cfr. L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pp. 1719 ss., secondo cui, in realtà, ogni giudice sarebbe vincolato a rispettare l'interpretazione proposta dalla Corte o, in caso contrario, a sollevare una nuova questione di legittimità. Analogamente V. CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 95-96, secondo cui la rilevanza delle sentenze interpretative di rigetto va oltre la semplice autorità morale. Si può ricordare il ricorso alla c.d. "doppia pronuncia" a seguito della diversa interpretazione prospettata dalle due Corti dell'art. 2 T.U.L.P.S. (sentt. n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961), o dell'art. 392 c.p.p. in tema di istruzione sommaria (sentt. n. 11 del 1965 e n. 52 del 1965). Il contrasto tra le due Corti si è ripresentato in tempi più recenti in relazione al tema dei termini massimi di custodia cautelare con il noto "caso

della Suprema Corte di non fare concessioni rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica[22], ma anche di non riconoscere alla Corte costituzionale il monopolio dell'interpretazione della Costituzione[23]. La Corte costituzionale, dopo avere rivendicato a sua volta il proprio ruolo di interprete anche della legge ordinaria[24], ha riconosciuto che l'interpretazione della Costituzione spetta anche al giudice comune, chiamato a utilizzare la Carta costituzionale quale fonte dell'ordinamento.[25] Questo riconoscimento si palesa nel momento in cui il giudice

Pezzella". La Corte costituzionale ha tentato di salvare la norma impugnata proponendo un'interpretazione adeguatrice, con la pronuncia 18 luglio 1998, n. 292 e poi con successive ordinanze di manifesta infondatezza e inammissibilità; di fronte, però, alla ferma resistenza opposta dalla Cassazione, emersa in modo palese con la sentenza delle sezioni unite penali n. 23016 del 2004 - in cui peraltro le Sezioni unite affermano non sussistere l'obbligo di risollevare la questione dopo una sentenza interpretativa di rigetto - la Consulta ha dovuto prendere atto che l'orientamento contrario della Cassazione poteva ormai ritenersi consolidato, così da costituire un diritto vivente incompatibile con l'interpretazione sino ad allora sostenuta. Non erano più proponibili decisioni interpretative e ha quindi dichiarato, con una pronuncia manipolativa (sent. 22 luglio 2005, n. 299), l'illegittimità costituzionale della norma impugnata.

[22] Cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 81.

[23] Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 164.

[24] In più occasioni la Corte costituzionale ha voluto ribadire anche in modo netto questa sua facoltà. Nell'ordinanza 15 luglio 2003, n. 243, ad esempio, la Consulta, reagendo ad un'affermazione con cui la Cassazione - nell'ambito della vicenda già sopra richiamata relativa ai termini massimi di custodia cautelare - la invitava al «rispetto delle reciproche attribuzioni», concludeva quasi risentita: «come se a questa Corte fosse consentito affermare i principî costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione».

[25] Si vedano già le considerazioni di Crisafulli sulla efficacia interpretativa dei principi costituzionali, inclusi quelli di carattere programmatico, rispetto alla legislazione subordinata: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè. Milano, 1952, pp. 45 ss. Sul tema cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in A.I.C., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006*, Jovene, Napoli, 2010, p. 207. Cfr. anche G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 177 ss. Per una visione diversa, che si ricollegava agli intendimenti espressi dal costituente, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, in particolare pp. 197 ss., secondo cui l'ordinamento legale sarebbe rimasto «scisso e separato» da quello costituzionale e così, accanto alla Corte costituzionale, detentrice del monopolio interpretativo della Costituzione per assicurare l'uniforme interpretazione, si

viene coinvolto nell'individuazione di un'interpretazione adeguatrice, che eviti la dichiarazione di incostituzionalità e si rende particolarmente evidente a partire dalla metà degli anni Novanta,[26] quando è la stessa Corte costituzionale a richiedere ai giudici comuni, a pena di inammissibilità, di svolgere un tentativo di interpretazione conforme prima di sollevare l'incidente di costituzionalità, salvo che non si sia già formato un diritto vivente contrario. In tal modo la Corte richiede la collaborazione dei giudici non solo nel momento di proposizione della questione, ma anche nel momento risolutivo dei problemi di costituzionalità[27]. Questa scelta ha favorito una più sollecita tutela dei diritti e al contempo ha consentito alla Costituzione di permeare, quale atto normativo, l'intero ordinamento; per altro verso, il ricorso sempre più frequente all'interpretazione conforme ha indotto i giudici comuni ad applicare direttamente la Costituzione anche sulla base di interpretazioni spesso non condivise dalla Corte; inoltre può impedire che questioni controverse giungano al controllo della Consulta[28], a scapito dell'accentramento del sindacato di costituzionalità e della certezza del diritto. La Consulta, negli ultimi anni, è quindi intervenuta nuovamente, modificando la propria giurisprudenza che si era andata consolidando a partire, come detto, dalla metà degli anni Novanta, per porre dei limiti al ricorso all'interpretazione conforme. Così, ora, al giudice rimettente si richiede solo di aver compiuto il tentativo di interpretazione conforme; qualora residui la possibilità di un'interpretazione alternativa, che il giudice ha però ritenuto di non fare propria, la questione non potrà essere dichiarata inammissibile, in quanto, afferma la Corte, «la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia»[29]. La Consulta ha inoltre

colloca la Corte di cassazione, che conserva la sua tradizionale funzione nomofilattica, quale supremo giudice di legittimità.

[26] Cfr. la sent. 22 ottobre 1996, n. 356, in cui la Corte afferma che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

[27] Così R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 132.

[28] Cfr. A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 88.

[29] Così la sent. 5 novembre 2015, n. 221, punto 3.3 del considerato in diritto. Si veda anche la sent. 24 febbraio 2017, n. 42, con cui la Corte ribadisce che laddove un'interpretazione costituzionalmente orientata sia difficilmente prospettabile, allora lo

precisato che il giudice è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità, qualora l'interpretazione conforme risulti non solo «incompatibile con il disposto letterale della disposizione», ma altresì «del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca»[30]. Questa "nuovissima giurisprudenza", come è stata definita, comporta un'integrazione o specificazione della precedente, nella direzione di un maggiore accentramento, ma non implica che la Corte costituzionale detenga il monopolio dell'interpretazione costituzionale[31]. Anzi, essa stessa ha sollecitato e continua a sollecitare, sia pure in modo meno vigoroso, l'applicazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici comuni, favorendo la diffusione dei principi e dei valori costituzionali.

Sul tema occorre però qualche ulteriore precisazione. L'interpretazione conforme riguarda in prima battuta una disposizione di legge, da leggere alla luce della Costituzione. Attiene dunque sempre al tema più ampio dell'interpretazione costituzionale, sebbene l'oggetto della discussione sia innanzi tutto una legge ordinaria, mentre nel caso dell'ordinanza delle Sezioni si controverte, a monte, sulla diversa lettura di un articolo della Costituzione. Ora, l'interpretazione della Costituzione non può essere messa sullo stesso piano dell'attività esegetica di qualunque altra fonte del diritto, già per il fatto che solo la Costituzione, come asserito da Luciani, può «esprimere l'ordine assiologico della comunità organizzata in polis»[32], qualificando e fondando i valori come tali, mentre alla legge non spetta il compito di effettuare queste scelte, dovendosi limitare a svolgerle e portarle ad effetto. Nel caso della Costituzione si rende necessario coordinare e conciliare principi generali, col ricorso al canone della ragionevolezza e alle tecniche di

scrutinio nel merito è necessario, anche solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice *a quo* sia invece possibile. In senso conforme Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77.

[30] Così la sent. 19 febbraio 2016, n. 36, punto 4 del considerato in diritto.

[31] Cfr. R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, pp. 6-7. Nel senso che il monopolio del sindacato di costituzionalità sulle leggi spetti alla Corte ma solo con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità e non all'interpretazione delle leggi e della stessa Costituzione, cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità della* quaestio legitimitatis *per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 2412. Secondo l'Autore, l'orientamento che si era consolidato a partire dalla pronuncia n. 356 del 1996 non aveva trasformato il sindacato da accentrato in diffuso, bensì aveva consentito che fosse concepito come una sorta di «sindacato collaborativo». Cfr. anche A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 112-113.

[32] Così M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 46.

bilanciamento[33], senza trascurare il problema della «adattabilità della Costituzione all'evolversi dell'ordinamento complessivo»[34]. La Costituzione nasce con l'intento di dettare le regole che fondano l'ordinamento, destinate quindi a durare per quanto dura l'ordinamento stesso. Ne consegue una differente rilevanza, nelle operazioni ermeneutiche, del "testo" della Costituzione, così come dei lavori preparatori della stessa. Proprio la differenza, per alcuni qualitativa, dell'interpretazione costituzionale rispetto all'interpretazione delle altre fonti del diritto[35], per altri di tipo quantitativo, ossia di "gradazione"[36], giustifica il fatto che spetti alla Corte costituzionale, in presenza di letture divergenti, dire una sorta di ultima parola sulla Costituzione vigente[37], quale interprete più autorevole della stessa[38].

Nel caso di specie la Corte costituzionale ha voluto ribadire questo suo ruolo di "interprete ultimo delle norme costituzionali" e in tale veste ha ritenuto di escludere l'interpretazione che la stessa Cassazione definisce "evolutiva" dell'art. 111, comma 8, Cost. è vero che non si tratta di una sentenza di accoglimento e neppure di un'interpretativa di rigetto, bensì di una pronuncia di inammissibilità,

---

[33] G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 21. Nel senso però che la ponderazione di principi costituzionali non sarebbe un'operazione interpretativa in senso stretto cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 218.

[34] Così L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 146. Analogamente F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 211 ss.

[35] In tal senso ancora F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., 213, secondo cui l'interpretazione costituzionale sarebbe «*qualitativamente* distinguibile da quella giuridica generale» per il fatto che essa deve tener conto «oltre che degli enunciati della Costituzione formale, *anche della normatività dei fatti costituzionalmente rilevanti*»; L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 108 ss. e 146 ss. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 52 ss.

[36] Così M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 48. Secondo l'Autore, «se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama una maggiore stabilità interpretativa di quella richiesta dalle legge, e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico».

[37] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 20. In tal senso già L. ELIA, *Sentenze "interpretative"*, cit., p. 1718; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 987.

[38] Cfr. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una letture alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 905.

ma in questo caso, si ribadisce, non è in discussione l'interpretazione di una norma di legge alla luce della Costituzione; si discute proprio del significato che può essere attribuito all'espressione "motivi inerenti la giurisdizione" contenuta nella norma costituzionale.

In proposito si è osservato[39] che la Costituzione non precisa il significato della formula in questione, così come non fornisce la definizione di diritti soggettivi e interessi legittimi e cioè delle situazioni soggettive alla base della ripartizione di giurisdizione. Ne seguirebbe che i confini tra le due giurisdizioni dovrebbero essere indicati dalla legge ordinaria e che, nell'interpretazione della legge, la Corte si collocherebbe su un piano non molto diverso da quello in cui si trovano i giudici comuni e la Cassazione in particolare. Ora, pur essendo frequente il riferimento alla legislazione ordinaria per meglio comprendere il significato di disposizioni costituzionali[40] - ma escluso che una norma di legge possa arrivare a dettare una definizione dei concetti costituzionali[41] - in questa operazione, la Corte svolge comunque un ruolo di guida, proprio per le caratteristiche sopra evidenziate della Costituzione rispetto alle altre fonti del diritto. I giudici potranno fornire il loro contributo nell'evoluzione del significato della Costituzione, ma spetterà alla Corte verificare la correttezza delle operazioni ermeneutiche delle disposizioni costituzionali, utilizzando tutte le diverse tipologie di pronunce a disposizione, volta per volta più idonee rispetto alle questioni prospettate. Qualora poi un giudice non dovesse condividere la lettura della disposizione costituzionale fornita dalla Consulta in una pronuncia che non sia di accoglimento, allora dovrebbe proporre una nuova questione, prospettando ulteriori argomenti a supporto della propria tesi ed evitando uno scontro frontale, tanto più col coinvolgimento di giudici esterni al nostro ordinamento.

Si rinnova, invece, adesso un nuovo scontro tra la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, che con la sent. 6 del 2018 aveva apertamente contraddetto l'interpretazione evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost. proposta dalla Suprema Corte. La lettura di tale comma fornita dalla Consulta corrisponde peraltro all'interpretazione che ne è stata data per anni dalla giurisprudenza[42], in linea con

[39] Cfr. in tal senso le considerazioni di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2018, pp. 1537 ss., piuttosto critico nei confronti della sent. n. 6 del 2018, anche per la scelta della Corte di dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

[40] Si vedano in proposito le riflessioni di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 18 ss.

[41] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 265.

[42] Cfr. A. TRAVI, *La Cassazione*, cit.

le intenzioni del legislatore costituente rispetto alla pluralità delle giurisdizioni[43] e non si può certamente sostenere che si tratti di una lettura sganciata dal testo, dal quale piuttosto ciò che emerge è proprio la scelta di tenere distinte le ipotesi di violazione di legge dai motivi inerenti la giurisdizione. Anche nella precedente sentenza n. 204 del 2004, in cui si era posto un freno all'eccessiva estensione della giurisdizione esclusiva, la Corte, richiamando i lavori preparatori della Costituzione e in particolare un intervento dell'on. Mortati[44], aveva evidenziato come si fosse escluso il controllo giurisdizionale della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, limitandolo all'eccesso di potere giudiziario, «coerentemente alla unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»[45]. Qualche problema in più potrebbe derivare dalla lettura della sentenza n. 77 del 2007, che ha riconosciuto il principio della *translatio judicii* e che è stata segnalata come pronuncia in grado di imprimere alla giustizia amministrativa una trasformazione di portata fondamentale[46]. Anche questa sentenza non sembra però giustificare di

[43] Sul dibattito svoltosi in Assemblea costituente e sull'importanza emersa in quella sede della conservazione della giurisdizione amministrativa per una migliore protezione delle posizioni individuali lese dalla pubblica amministrazione, cfr. M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014, pp. 4 ss.

[44] L'intervento dell'on. Mortati nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 si può leggere in *Atti della Assemblea Costituente*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1948, p. 2563. L'on. Mortati auspicava, peraltro, che non solo le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ma tutte le pronunce delle giurisdizioni speciali fossero ricorribili per cassazione soltanto per difetto assoluto di giurisdizione, ritenendo contraddittorio istituire una giurisdizione speciale e al contempo sottoporre le sue decisioni al controllo di un giudice ordinario. Si veda anche l'intervento dell'on. Leone nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, in *Atti della Assemblea Costituente*, cit., p. 2334. L'on. Leone difende la necessità della permanenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti come giudici speciali, in quanto sorti «non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

[45] Così Corte cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204, punto 2.2 del considerato in diritto.

[46] Sulla sentenza 12 marzo 2007, n. 77 si vedano le considerazioni di A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2007, pp. 736 ss. Secondo l'Autore, pur essendo lontani dal poter affermare un principio di unità della giurisdizione, il che andrebbe al di là degli stessi poteri della Consulta, la sentenza n. 77/2007 rivelerebbe la volontà della Corte di non tollerare ulteriormente «la presenza nell'ordinamento di meccanismi processuali che, per prestare omaggio al principio di

per sé l'abbandono della lettura tradizionale dell'art. 111 u.c., in favore di una evolutiva. In quella circostanza la Corte, non condividendo peraltro l'interpretazione adeguatrice pure prospettata dalla Cassazione[47], è intervenuta sui meccanismi di raccordo tra le due giurisdizioni, per consentire la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione. Il principio di effettività in quell'occasione è servito ad impedire che il titolare di una posizione soggettiva non riceva tutela a seguito di un errore nell'individuazione del giudice, in un sistema complesso, in cui spesso non è agevole optare tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale. Se è vero, dunque, che con quella decisione la Corte ha inteso superare il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, in quanto incompatibile con fondamentali valori costituzionali e ha affermato chiaramente che la pluralità dei giudici «non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale», è anche vero che la *translatio judicii* implica la pluralità delle giurisdizioni e interviene, come è stato rilevato, «su profili di coordinamento fra le due giurisdizioni, senza mai metterne in discussione l'ambito reciproco»[48].

In questa sede non si intende entrare nel dibattito concernente l'opportunità o meno del superamento dell'attuale assetto pluralistico della giurisdizione[49], ma ci si limita ad osservare che la lettura proposta dalla Consulta dell'art. 111 u.c. Cost. era comunque plausibile e in linea con una giurisprudenza decennale.

La Cassazione non è convinta della scelta ermeneutica della Consulta, solo che in questa circostanza non provvede direttamente a sindacare la sentenza del Consiglio di Stato e non solleva neppure una nuova questione di legittimità costituzionale, ma, nel tentativo di superarla, con il primo quesito, cerca una sponda nella Corte di Giustizia. Peraltro, per giustificare il rinvio, le Sezioni unite utilizzano argomentazioni dalle quali potrebbero trarsi conseguenze forse eccessive. Si pensi, ad esempio, all'affermazione secondo cui il giudice che dovesse fare applicazione di una normativa nazionale incompatibile con il diritto UE come interpretato dalla Corte di giustizia compirebbe in realtà un'attività di produzione

separazione, finiscano con tradursi in una limitazione della tutela assicurata alle posizioni soggettive riconosciute e protette negli artt. 24 e 113 Cost.».

[47] Cfr. Cass. Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

[48] Così A. TRAVI, *Intervento*, cit., p. 4.

[49] Superamento auspicato anche da una parte della dottrina per altri versi decisamente critica rispetto alla giurisprudenza delle Sezioni unite. Cfr. A. TRAVI, *Intervento*, cit., pp. 1 ss. In passato, tra gli altri, si vedano le riflessioni di C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1997, pp. 895 ss. Cfr. anche G. BERTI, *Art 113 [e 103, 1° e 2° c.]*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1987, pp. 112 ss.

normativa non consentita neppure al legislatore nazionale. Il giudice nazionale in questa prospettiva avrebbe esercitato un potere giurisdizionale di cui sarebbe radicalmente privo e pertanto sarebbe incorso in un difetto assoluto di giurisdizione, sindacabile innanzi alla Corte di cassazione. Ad accettare questa lettura ed allargando ulteriormente il discorso, si potrebbe arrivare a sostenere che ogni qualvolta un giudice proceda ad un'interpretazione del diritto non meramente letterale e comunque non condivisibile stia in realtà creando diritto. Ci si potrebbe domandare se il medesimo argomento non sia allora utilizzabile contro la stessa Cassazione, quando propone un'interpretazione evolutiva dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., che cerca di superare una lettura consolidatasi negli anni e ribadita con forza dalla stessa Corte costituzionale. Il tema del rapporto tra interpretazione e produzione del diritto è particolarmente complesso e forse avrebbe meritato ulteriore approfondimento.

Inoltre, rimanendo nel campo del rapporto tra ordinamenti, l'ordinanza delle Sezioni Unite contiene altre affermazioni non pienamente condivisibili, quando ad esempio afferma che nelle controversie disciplinate dal diritto UE lo Stato avrebbe «rinunciato all'esercizio della sovranità», esercitata dall'Unione tramite i giudice nazionali, «il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione»; oppure quando, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, sostiene che il Trattato costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Affermazioni che suscitano qualche perplessità. Intanto l'art. 11 Cost. fa riferimento a «limitazioni di sovranità» e non ad una vera e propria rinuncia all'esercizio della sovranità in favore di un altro soggetto[50], il che trova peraltro conferma nella possibile attivazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale. Per la stessa ragione non si può dire che i giudici esercitino il loro potere «esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione», anche perché, come precisato nella sent. n. 269 del 2017, in presenza di una legge 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, ben potrebbe il giudice sollevare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale.

4. Il rischio di un nuovo scontro tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia

Il rinvio pregiudiziale, a prescindere dalle motivazioni che non sembrano sempre così solide, potrebbe per di più aprire la via ad un conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. I rapporti tra queste due Corti negli ultimi anni sono infatti caratterizzati da un equilibrio non particolarmente stabile,

[50] Cfr. per tutti L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 434.

raggiunto con difficoltà ed anche con la minaccia del ricorso ai "controlimiti", come nella nota "vicenda Taricco". In quella circostanza la Consulta, dopo avere individuato i profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la Corte di giustizia aveva tratto dall'art. 325 del TFUE[51] e principi e diritti sanciti dalla Costituzione, anziché procedere direttamente ad applicare i controlimiti, ha preferito domandare alla Corte di giustizia se, nella prospettiva di quest'ultima, il giudice nazionale dovesse dare applicazione alla regola anche in caso di conflitto con un principio cardine dell'ordinamento italiano. La Consulta ha cercato un appiglio nella sentenza Taricco e lo ha trovato in due passaggi, in cui si afferma che il giudice nazionale, se anche dovesse disapplicare la norma dello Stato membro, dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Secondo la Consulta, il senso di queste precisazioni è che «la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione». L'intento è quello di evitare, se e fin quando possibile, uno scontro aperto con la Corte di giustizia, assumendo un approccio prudente, improntato ai principi di leale cooperazione e di proporzionalità, così, da un lato, da preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana e, dall'altro, da non compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Per alcuni commentatori la questione pregiudiziale sollevata in quella circostanza dalla Consulta suonava un po' come un "*ultimatum*"[52], ma in ogni caso si trattava di un tentativo finalizzato ad evitare il conflitto. E così è stato, grazie anche alla risposta fornita dalla Corte di giustizia, che ha ammesso la possibilità di una deroga all'obbligo di disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto UE, laddove necessaria per assicurare il rispetto di un principio, quello di legalità dei reati e delle pene, non solo di ordine costituzionale, ma che trova fondamento altresì nel diritto dell'Unione.[53] La Consulta ha così potuto concludere il proprio giudizio, ribadendo di essere l'autorità competente ad esercitare il

[51] Con la sentenza 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, Taricco.

[52] Cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, p. 81; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, p. 4.

[53] Si tratta della sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S., M.B. La Corte di Lussemburgo non ha fatto riferimento al rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri previsto dall'art. 4, par. 2, TUE, e ha al contempo evitato di entrare nella questione dei controlimiti, ma ha riconosciuto che il principio di legalità dei reati e delle pene, sotto i diversi profili della prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile, trova fondamento nel diritto UE (art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ma anche nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) e spetta al giudice nazionale garantirne il rispetto.

controllo sollecitato dalla Corte di giustizia e, in concreto, riconoscendo l'inapplicabilità della c.d. "regola Taricco" nel nostro ordinamento.[54] Le due Corti, seguendo percorsi in parte differenti,[55] sono comunque riuscite nell'intento di evitare uno scontro aperto e l'applicazione effettiva dei controlimiti; la Corte costituzionale ha peraltro trovato il modo per ribadire che, a livello nazionale, spetta ad essa «in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona»[56].

Ora, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale in esame, si prospetta una nuova occasione di scontro tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo. La stessa vicenda "Taricco", se nel complesso ha rivelato la volontà delle due Corti di cercare un confronto costruttivo in tema di tutela dei diritti fondamentali, ha comunque lasciato qualche ombra. In quella circostanza, infatti, la Corte UE non ha dato spazio alla tesi dell'identità costituzionale degli Stati membri, ma ha preferito tornare a ragionare intorno al principio di legalità dei reati e delle pene, attraverso una sorta di «reinterpretazione di quanto statuito nella Taricco I»[57].

D'altra parte non vi è solo il "caso Taricco". La giurisprudenza costituzionale che si è formata a partire dalla pronuncia n. 269 del 2017 testimonia la volontà della Consulta di essere ancora al centro del sistema di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, anche nel momento in cui gli stessi diritti incontrano una diversa tutela in strumenti di carattere sovranazionale, a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.[58] Secondo la Consulta, infatti, la violazione dei diritti della persona impone un passaggio innanzi alla Corte costituzionale stessa, «anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»[59]. E ciò a prescindere dalla natura delle norme della Carta di Nizza eventualmente coinvolte,

[54] Cfr. la sent. 31 maggio 2018, n. 115, secondo cui l'inapplicabilità della "regola Taricco", tratta dall'art. 325 parr. 1 e 2 TFUE, trova il proprio fondamento sia nella Costituzione, sia nello stesso diritto dell'Unione.

[55] Sulle argomentazioni della Corte di giustizia e sulle differenze rispetto ai motivi addotti dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio, cfr. O.M. PALLOTTA, *Taricco II:* taking (fundamental) rights seriously *(Osservazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa C-42/17)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018, pp. 6 ss.

[56] Così la sent. n. 115/2018 cit.

[57] Così G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra* revirements *e questioni irrisolte*, in *Consulta Online*, n. 2/2018, p. 356.

[58] Sull'argomento sia consentito rinviare a G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta Sociale europea*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3/2020, in particolare pp. 148 ss.

[59] Così la sent. 20 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2 del considerato in diritto.

più o meno dettagliate che siano: la Corte costituzionale non ha cioè fatto ricorso alla distinzione tra norme dotate o meno di efficacia diretta, coinvolgendo nel suo ragionamento l'intera Carta dei diritti, per via del suo contenuto.[60] Con alcune pronunce successive, per un verso, ha ulteriormente allargato il proprio campo d'azione, ritenendo di non potersi sottrarre ad una decisione di legittimità costituzionale laddove il giudice *a quo* abbia sollevato la questione utilizzando come norme interposte, «disposizioni dell'Unione Europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni»[61]. Per altro verso, ha precisato che il giudice potrà procedere esso stesso al rinvio pregiudiziale, al limite anche dopo la conclusione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale[62]; l'affermazione ha consentito di superare il timore di un restringimento dei canali di accesso dei giudici comuni alla Corte di Giustizia[63] e pare dettata proprio dalla volontà della Consulta di evitare nuovi conflitti con la Corte di Lussemburgo, sebbene in concreto la Corte costituzionale preferisca gestire direttamente il dialogo con la Corte UE, proponendo essa stessa il rinvio pregiudiziale laddove necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta dei diritti[64].

A fronte, quindi, di una situazione ancora fluida, la scelta operata dalle Sezioni unite con l'ordinanza n. 19598/2020 e in particolare con il primo quesito rischia di compromettere il delicato equilibrio raggiunto dalle due Corti a costo di "ultimatum" e ripensamenti. Viene infatti messa in discussione l'interpretazione di un articolo della Costituzione prospettata dalla Corte costituzionale, cioè

[60] In quella circostanza la Corte costituzionale non ha neppure fatto ricorso alla classica bipartizione tra regole e principi, come suggerito invece da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, pp. 158 ss. o alla bipartizione tra diritti e principi presente nella stessa Carta. Si veda anche E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista A.I.C.*, 1/2020, 565 ss.

[61] Così la sent. 5 febbraio 2020, n. 11.

[62] Cfr. la sent. 21 marzo 2019, n. 63. Sull'argomento si veda R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2018, pp. 861 ss., che già nella sent. n. 269/2017 leggeva un "invito" al giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale, più che un obbligo. Cfr. anche A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, pp. 27 ss.

[63] Cfr. G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, p. 327.

[64] Cfr. di recente l'ord. 30 luglio 2020, n. 182, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sulle condizioni per la concessione dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità.

dall'organo cui, a detta della stessa Cassazione, dovrebbe spettare l'ultima parola nell'interpretazione di disposizioni costituzionali: si chiede in sostanza alla Corte di giustizia di valutare la compatibilità con il diritto europeo di una norma costituzionale, come interpretata dalla Consulta, o comunque di superare la lettura dell'art. 111, comma 8, Cost. fornita dalla Consulta. Si aprono così nuovi scenari, dagli sviluppi imprevedibili. L'auspicio è che la Corte di Lussemburgo non dia risposta positiva quanto meno al primo quesito[65], evitando di entrare in un tema delicato come quello dei conflitti di giurisdizione interni, nel rispetto del principio di autonomia processuale degli Stati membri, e di schierarsi a favore di una certa esegesi dell'art. 111, comma 8, Cost. Una diversa soluzione potrebbe preludere a nuove tensioni tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia e si riproporrebbe il pericolo dell'attivazione dei controlimiti[66]. Le tensioni potrebbero essere in prospettiva ancora più gravi rispetto a quelle manifestatesi in occasione del "caso Taricco", perché in questa circostanza, a parte il merito delle questioni - che riguardano comunque temi delicati e di estrema rilevanza, quali il riparto delle giurisdizioni, la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive e le forme di tutela delle stesse - verrebbe messa in discussione l'esegesi di una disposizione costituzionale operata dall'organo preposto proprio alla tutela della Costituzione, con ripercussioni sulla posizione della Corte costituzionale e sul sindacato accentrato di costituzionalità.

[65] Cfr. in tal senso anche le considerazioni di R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020, 10, fortemente critico nei confronti della scelta operata dalla Cassazione. L'Autore qualifica lo scontro tra le due Corti nazionali come una guerra «dichiarata in modi che ben si possono definire spettacolari», ritiene che la questione sia palesemente di esclusivo diritto interno e che, nel caso in cui la Corte di giustizia dovesse cadere nella "trappola", accettando di occuparsi della questione, si riproporrebbe un nuovo caso Taricco.

[66] Secondo Tropea il tema dei controlimiti si porrebbe sotto due profili: da un lato per quanto concerne il modello costituzionale di tutela dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113 Cost.), dall'altro in relazione all'art. 111, comma 8, Cost. nonché al principio di precostituzione del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. Cfr. G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. Un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo "banco di prova" per il rapporto tra Stato e Regioni

GIOVANNI BOGGERO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le linee-guida recanti il Piano strategico vaccinale: un atto provvisorio di indirizzo e coordinamento non formalizzato in procedure tipiche. – 3. L'adozione formale del Piano: l'incorporazione delle linee-guida in un decreto ministeriale di natura non regolamentare. – 4. Le modifiche informali al decreto ministeriale recante il Piano. – 5. Conclusioni: la "fuga" dal regolamento e dalle Conferenze pone il Piano su basi mobili e incerte.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2020

Suggerimento di citazione

G. BOGGERO, *L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo "banco di prova" per il rapporto tra Stato e Regioni,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Torino. Indirizzo mail: giovanni.boggero@unito.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Introduzione

La pandemia ci ha ormai abituati a un clima di perenne scontro tra organi appartenenti alle istituzioni centrali dello Stato e organi di governo di Regioni ed enti locali. È difficile dire con certezza se questa conflittualità abbia origine soltanto in un Titolo V (quantomeno) incompiuto o se essa sia dovuta anche a vicende normative contingenti che esulano dal riparto di competenza stabilito in Costituzione. Di certo, nell'ambito delle seconde, le forme procedimentali entro le quali Stato e Regioni hanno operato dall'inizio dell'emergenza, anziché favorire la cooperazione verticale, sembrano essere state disegnate allo scopo controintuitivo di incrementare le occasioni di conflitto.

In disparte l'indagine sulle cause della crisi che da tempo avvolge i rapporti tra centro e periferia, allo stato attuale uno dei principali "banchi di prova" per la tenuta complessiva del sistema istituzionale riguarda l'elaborazione e l'attuazione del cd. Piano strategico vaccinale. Il 2 febbraio 2021, anche il Presidente della Repubblica, nel menzionare le circostanze che richiedevano un Governo nella pienezza dei suoi poteri, ha citato «lo sviluppo decisivo della campagna di vaccinazione, da condurre in stretto coordinamento tra lo Stato e le Regioni».[1] L'esternazione del Capo dello Stato può essere interpretata quale monito rivolto al futuro Governo in un contesto gravato da una impostazione della campagna vaccinale centralizzata quanto ad acquisto e distribuzione delle dosi di vaccino, ma sviluppatasi finora in direzione centrifuga nelle sue diramazioni organizzative, secondo uno schema di concertazione tra Stato e Regioni ove è prevalso il ricorso ad atti informali e non vincolanti.

2. Le linee-guida recanti il Piano strategico vaccinale: un atto provvisorio di indirizzo e coordinamento non formalizzato in procedure tipiche

L'espressione "piano strategico" è, innanzitutto, diversa e altra da quella comunemente in uso per individuare le priorità e coordinare le strategie vaccinali di massa su base pluriennale, per le quali si è, infatti, soliti parlare di piani nazionali di prevenzione vaccinale (PNPV). Il Piano strategico vaccinale contro la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2 si distingue non soltanto per l'inconsueta auto-qualificazione, ma anche per il suo oggetto, considerato che si prefigge il compito più ampio di organizzare la logistica dell'approvvigionamento delle dosi vaccinali, definire la *governance* istituzionale e predisporre un calendario di somministrazione dei diversi vaccini per le differenti categorie di rischio. Alla diversità di contenuto corrisponde così anche un *iter* di adozione *sui generis*, che

[1] Dichiarazione del Presidente Mattarella al termine dell'incontro con il Presidente della Camera Fico, 2 febbraio 2021, disponibile all'indirizzo www.quirinale.it.

non equivale né a quello generalmente previsto per i piani vaccinali, né a quello stabilito dall'art. 17 della legge n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali.

I piani vaccinali sono tradizionalmente qualificati come atti amministrativi generali, adottati su proposta del Ministero della Salute, previo parere del Consiglio superiore di sanità, tramite la stipula di un'intesa in Conferenza Stato-Regioni, cui fa seguito la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Da ultimo, spetta poi a una circolare del Ministero della Salute definire gli aspetti operativi per la piena e uniforme implementazione del Piano su tutto il territorio nazionale.

Nel caso di specie, invece, il 2 dicembre 2020 il Piano strategico è stato illustrato alle Camere dal Ministro della Salute nella forma di linee-guida, elaborate dallo stesso Ministero, dal Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19, dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS), da AGENAS e da AIFA. È opinione prevalente che le linee-guida non siano collocabili nel sistema delle fonti poiché costituiscono «espressione propria del potere di direttiva che si declina per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e quindi, in definitiva, mediante l'indicazione di modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti».[2] Sebbene la dottrina abbia evidenziato, anche alla luce della prassi emersa nell'emergenza pandemica, che sussistono diverse categorie di linee-guida, alcune delle quali piuttosto problematiche in quanto recanti prescrizioni a carattere vincolante,[3] quelle in esame paiono configurarsi come atti di indirizzo e coordinamento, rimessi alla spontanea adesione degli attori cui sono rivolti. Del resto, il contesto regolatorio nel quale tali linee-guida si inseriscono è piuttosto fluido, considerato che le modalità di organizzazione della campagna vaccinale si possono ricostruire in via pressoché esclusiva da una pluralità di atti atipici e privi di corrispondenza tra forma e contenuto. Pertanto, sembra potersi sostenere che le linee-guida qui in oggetto siano un documento programmatorio ibrido, nel quale gli auspici e le raccomandazioni si mescolano a istruzioni operative, ma anche a norme di principio volte a indirizzare la regolamentazione delle modalità organizzative delle attività di profilassi straordinaria e a orientare l'esercizio del potere discrezionale delle diverse Amministrazioni coinvolte.[4]

A quest'ultimo proposito, il Piano elenca una serie di destinatari da sottoporre a vaccino «nelle fasi iniziali» – ossia operatori sanitari e socio-sanitari, personale e ospiti delle residenze per anziani, persone di età avanzata (over-80) – senza, però, dare una definizione sufficientemente stringente di ciascuna categoria, senza

[2] R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2017, p. 89.

[3] Si vedano *inter alia*: V. DE SANTIS, *Il ricorso alle linee-guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*; A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee-guida in tempo di pandemia*, entrambi in *Corti Supreme & Salute*, n. 3-4/2020.

[4] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 96.

stabilire una priorità vaccinale tra i soggetti in esse ricompresi e senza specificare secondo quale ordine debba procedere la somministrazione tra gli ultraottantenni. A tal riguardo, occorre sottolineare che la decisione di somministrare entrambe le dosi di vaccino agli operatori sanitari e socio-sanitari e agli ospiti delle RSA e, soltanto in un secondo tempo, dare avvio alla campagna per gli over-80 è stata oggetto di un accordo informale tra Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, Ministro della Salute e Presidenti di Regione. La scelta di posporre l'inizio della campagna vaccinale per gli ultraottantenni, peraltro, sembrerebbe essere stata aggravata da una progressiva estensione, avvenuta a livello decentrato regionale, della categoria degli operatori sanitari e socio-sanitari, entro la quale sarebbero stati fatti confluire anche soggetti estranei alla categoria.

Al netto della dibattuta questione se l'"allocazione di risorse scarse" in materia di tutela della salute non competa piuttosto alla legge formale,[5] la definizione delle fasce di priorità così come operata dal Piano sembra avere carattere eminentemente normativo, trattandosi di disciplina astratta e generale che, pur avendo natura di principio, è idonea a incidere su posizioni giuridiche soggettive.[6] La vaccinazione di ulteriori categorie rispetto a quelle aventi priorità assoluta è, inoltre, condizionata dal Piano a un generico «aumento delle dosi», mentre è sempre il Piano a introdurre una «strategia di tipo adattativo» che autorizza – non è chiaro se il Ministero della Salute, le Regioni o il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 ovvero, assai più probabilmente, la totalità degli attori coinvolti in sede concertata – all'adozione di modifiche in corso d'opera, qualora venissero identificate «particolari categorie a rischio o gruppi di popolazione in grado di sostenere la trasmissione dell'infezione nella comunità».

La flessibilità cui è improntata la regolamentazione della campagna vaccinale di cui alle linee-guida si coglie anche con riguardo alla *governance* istituzionale. In ordine a essa, il Piano non dispone in maniera puntuale, ma si limita a predicare un generico coordinamento tra i diversi attori coinvolti nella gestione dell'emergenza, rinviando la disciplina dei relativi rapporti a decisioni da adottare in un momento futuro secondo forme procedimentali non chiarite. D'altro canto,

[5] M. AINIS, *La graduatoria della salvezza*, in *La Repubblica*, 6 gennaio 2021; A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quali lezioni trarre in tema di autonomie?*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2021.

[6] Anche il T.A.R. Sicilia – sezione staccata di Catania (Sez. IV, Pres. Fabbrini), con proprio decreto cautelare n. 102/2021, sembra avere accolto una tale impostazione, se è vero che ha respinto l'istanza di misure cautelari avverso il provvedimento della Regione con il quale era stata sospesa la somministrazione della seconda dose del vaccino a coloro i quali non rientravano nelle categorie prioritarie. In particolare, sembrerebbe ricavarsene che soltanto chi rientri nella categoria di priorità individuata dal Piano possa vantare un diritto soggettivo nei confronti dell'A. alla somministrazione della seconda dose.

sulla base di quanto annunciato dal Ministro della Salute nelle sue comunicazioni alle Camere, l'iniziale vuoto di prescrittività avrebbe dovuto essere progressivamente colmato con la successiva adozione di un piano esecutivo, che, tuttavia, ad oggi, ancora manca.

Dopo l'illustrazione delle linee-guida al Parlamento, la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno approvato alcune risoluzioni allo scopo di impegnare il Governo, *inter alia*, ad assicurare in via prioritaria la protezione vaccinale a tutti gli operatori sanitari e socio-sanitari ed educativi, nonché alle persone che versano in condizioni di fragilità (categoria di persone, peraltro, non inclusa tra quelle aventi inizialmente priorità assoluta secondo il Piano) e a garantire il pieno coinvolgimento delle Regioni.[7] A seguito di tali atti di indirizzo, rispetto ai quali non è, tuttavia, giuridicamente corretto parlare di "approvazione parlamentare delle linee-guida", come pure ha fatto il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19,[8] il Piano strategico è stato aggiornato dal Ministero della Salute in data 12 dicembre, ma non è noto a chi scrive quali siano state le modifiche apportate rispetto alla versione originaria, la quale è stata prontamente sostituita da quella aggiornata senza particolari forme di pubblicità. Successivamente, in data 16 dicembre, il Ministero ha reso un'informativa alla Conferenza Stato-Regioni, in conseguenza della quale, il giorno successivo, quest'ultima ha preso atto del Piano, ai sensi dell'art. 2, co. 1 lett. e) del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

A quella data, dunque, il Piano era ancora *tamquam non esset*, poiché continuava a mancare di un atto formale di adozione; esso poteva semmai ritenersi giuridicamente esistente in una forma provvisoria, coincidente con le anzidette linee-guida. In vista dell'avvio della campagna, fissata simbolicamente per il 27 dicembre 2020 in tutti gli Stati membri UE (*Vaccine Day*), il Ministero della Salute, con propria circolare datata 24 dicembre 2020, procedeva in ogni caso a integrare le linee-guida con l'indicazione dei metodi di conservazione e somministrazione delle diverse tipologie di vaccino, nonché con la fissazione di alcuni standard minimi di carattere organizzativo sui Punti vaccinali.

[7] Risoluzioni della Camera dei Deputati n. 6-00157 e 6-00158; risoluzioni del Senato della Repubblica 6-00154 e 6-00155; in proposito si vedano, poi, anche le risoluzioni del 20 gennaio 2021 9/2835-A/4 e 9/2835-A15 con le quali la Camera dei Deputati ha impegnato il Governo a includere le persone disabili e i loro *caregiver* nelle categorie prioritarie.

[8] Cfr. V. AZZOLLINI, *Perché il Parlamento non ha potuto discutere il piano vaccinale?* in *Domani*, 31 gennaio 2021.

3. L'adozione formale del Piano: l'incorporazione delle linee-guida in un decreto ministeriale di natura non regolamentare

L'adozione formale del Piano avveniva, invece, il 2 gennaio successivo con decreto del Ministero della Salute avente natura non regolamentare, in conformità a quanto disposto dall'art. 1, co. 457 della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (*legge di bilancio per il 2021*). Il decreto ministeriale, quando di valore asseritamente non regolamentare, non è soggetto a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale,[9] a differenza dei regolamenti governativi, ministeriali o degli atti amministrativi generali che adottano i PNPV. Così, nel caso di specie, mentre il decreto non era ancora circolato (soltanto il 29 gennaio è stato reso pubblico sul sito Internet del Ministero della Salute), alcune fonti normative vi facevano già espresso riferimento (art. 3 del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2); allo stesso tempo, però, a differenza di altri decreti ministeriali non regolamentari, il «presente decreto è [stato] inviato agli organi di controllo», ossia - si presume - al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, cui l'art. 17 della legge n. 400/1988 assegna il compito di rendere un parere preventivo - il primo - e di procedere al visto e alla registrazione - la seconda - di tutti i regolamenti dell'esecutivo.

Tale ultimo elemento complica ulteriormente l'indagine sulla natura del decreto ministeriale in parola. L'espressione "non regolamentare", utilizzata dalla legge di bilancio per designare il decreto in questione, ricorre spesso per episodi di "truffa delle etichette",[10] ossia per quelle tipologie di atti congegnate non soltanto per eludere l'*iter* di adozione dei regolamenti ai sensi dell'anzidetto art. 17 della legge n. 400/1988, ma anche per aggirare il dettato dell'art. 117, co. 6 Cost., che, dopo la legge di revisione costituzionale n. 3/2001, limita l'esercizio della potestà regolamentare statale alle materie di sua competenza esclusiva.[11] Nel caso di specie, tuttavia, è difficile dire se il decreto sia, in realtà, rivolto a disciplinare una pluralità di situazioni indeterminate e indeterminabili secondo i canoni dell'astrattezza e generalità e debba, quindi, qualificarsi come sostanzialmente regolamentare o se, invece, provveda in ordine a una serie di casi determinati o determinabili e debba, perciò, essere inquadrato come atto amministrativo generale.[12] Se anche si

[9] V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 103.

[10] F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un "non regolamento statale" nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2003, p. 357.

[11] In passato sul punto vedasi anche: T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenza tra Stato e Regioni?,* in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2013, pp. 1028 ss.

[12] Su tali distinzioni *inter alia*: F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 202-204; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 35 e 242.

prediligesse questa seconda ipotesi – invero maggiormente aderente alla natura dei piani vaccinali, i cui contenuti richiedono lo svolgimento di valutazioni in concreto e adattamenti progressivi – andrebbe, comunque, osservato che l'incorporazione del Piano strategico in un decreto ministeriale ha sostituito integralmente la fase dell'approvazione dell'atto tramite stipula dell'intesa in Conferenza Stato-Regioni, la quale è stata informata, ma non ha potuto esprimere nemmeno un parere (Rep. atto n. 235/CSR). Eppure, al pari degli altri piani vaccinali, anche il Piano strategico, adottato quale strumento di profilassi internazionale ai sensi dell'art. 117, co. 2 lett. q) Cost., incide sull'organizzazione dei servizi vaccinali di spettanza regionale *ex* art. 117, co. 3 Cost. (Corte cost. sentt. nn. 186/2019; 137/2019; 5/2018), sicché, vista l'incisione di una competenza concorrente, avrebbe dovuto essere concertato e adottato alla stregua di un atto amministrativo generale con un'intesa sancita in sede di Conferenza permanente. Di contro, lo schema procedimentale seguito nel caso di specie, ricorda quello della cd. chiamata in sussidiarietà, in base alla quale la legge statale, stante la situazione di necessità, autorizza un regolamento ministeriale a disciplinare le funzioni amministrative che richiedono un esercizio unitario ai sensi dell'art. 118, co. 1 Cost., previo coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni.

Non a caso, il comma 458 dell'art. 1 della legge di bilancio per il 2021 si limita, infatti, a prevedere che le Regioni e le Province autonome attuino il Piano per come adottato dal Ministero, sulla base dei principi e dei criteri contenuti nel Piano stesso e sulla base di quelli individuati dalle successive disposizioni della legge di bilancio. Qualora ciò non accada ovvero in caso di ritardo, il medesimo comma stabilisce anche che il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 possa esercitare i propri poteri sostitutivi, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro per gli Affari regionali e le autonomie.

Le Regioni e le Province autonome sono, quindi, soggette al rispetto di un doppio ordine di principi e di criteri, alcuni aventi una base legislativa (attinenti al reclutamento del personale per la campagna vaccinale, oltreché all'individuazione delle strutture per la somministrazione del vaccino)[13], altri, invece, aventi

[13] Mentre il comma 459 prevede il coinvolgimento dei medici specializzandi, i commi 460-461 autorizzano il Commissario per l'emergenza Covid-19 ad avviare una richiesta di manifestazione di interesse riservata ai laureati in medicina e chirurgia (eventualmente anche collocati in quiescenza). Rispetto all'individuazione delle strutture idonee alla somministrazione, il comma 465 prevede che esse siano individuate dal Commissario straordinario, sentite le Regioni e Province autonome. La legge di bilancio per il 2021 non prevedeva, però, alcuna forma di partecipazione dei medici di medicina generale (mmg) che è stata, così, oggetto di un protocollo d'intesa sottoscritto tra i sindacati, il Governo e il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 21 febbraio

fondamento in un documento d'indirizzo (le linee-guida), incorporato nell'anzidetto decreto ministeriale. A fronte del carattere debolmente programmatorio del Piano e nonostante esso non sia mai stato oggetto di intesa con le Regioni e le Province autonome, la legge ha attribuito al Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 un potere sostitutivo, il cui esercizio non è condizionato al verificarsi di inadempienze puntualmente individuate, ma a ipotesi generiche di "non attuazione" o di "ritardo"; si tratta di un aspetto piuttosto problematico dal punto di vista del principio di leale collaborazione perché la legge autorizza un accentramento delle funzioni attuative in assenza di un piano esecutivo dettagliato che consenta di stabilire quali siano effettivamente i vincoli cui le Regioni soggiacciono.

Allo stato attuale, a due mesi circa dall'inizio dell'attività di profilassi, Regioni e Province autonome hanno a loro volta adottato propri documenti programmatori, che non si limitano e recepire le istruzioni contenute nelle linee-guida, ma, al contrario, stante la genericità di queste ultime, le specificano e le integrano. Su queste basi, lo Stato ha così avallato una somministrazione territorialmente diversificata delle dosi di vaccino sia sotto il profilo delle categorie di destinatari, sia sotto quello dell'accantonamento delle riserve a fronte degli approvvigionamenti irregolari da parte delle società produttrici; l'assenza di indicazioni uniformi e vincolanti a livello statale e un numero di dosi distribuite alle Regioni e Province autonome sulla base della sola popolazione residente, ha, inoltre, provocato seri problemi di coordinamento orizzontale, se è vero che, in talune Regioni, la somministrazione delle dosi vaccinali è stata garantita soltanto agli iscritti al SSR o a chi potesse quantomeno vantare un domicilio sanitario temporaneo (e pertanto l'assistenza da parte di un medico di medicina generale), il che pare aver determinato l'esclusione dei lavoratori non residenti, in quanto assistiti in una Regione diversa da quella nella quale svolgono la propria attività professionale.

Il momento pianificatorio sembra, pertanto, centralizzato nella struttura commissariale[14] quanto agli acquisti e alla distribuzione delle dosi vaccinali –

2021, dopo che già in molte Regioni erano stati stipulati alcuni accordi provvisori. Tale protocollo non definisce gli aspetti economico-contrattuali (fatta salva la tariffa minima già prevista da precedente convenzione) che saranno invece oggetto di disciplina da parte di accordi integrativi a livello regionale.

[14] L'art. 3 del d.l. 14/2021 ha istituito una piattaforma informativa nazionale idonea ad agevolare, sulla base dei fabbisogni rilevati, le attività distribuzione sul territorio nazionale delle dosi vaccinali, dei dispositivi e degli altri materiali di supporto alla somministrazione, e il relativo tracciamento. Tale piattaforma esegue anche le operazioni di prenotazione delle vaccinazioni nell'eventualità in cui il sistema informativo vaccinale di una Regione non risulti adeguato a gestire i volumi di dati relativi alle vaccinazioni. Allo stato, soltanto

attività che debbono avvenire sulla base degli accordi anticipati di acquisto (APA), negoziati con le diverse case farmaceutiche dalla Commissione europea per conto degli Stati membri, ai sensi dell'art. 4, co. 5 lett. b) del Reg (UE) 2016/369, così come emendato dal Reg. (UE) 2020/521; è, invece, solo formalmente centralizzato con riguardo alla scansione della campagna vaccinale, che, nonostante l'adozione di atti preordinati a una gestione unitaria del fenomeno, ha finito per dipanarsi in sede decentrata, secondo una logica tipica del "federalismo per abbandono": l'assenza di una cornice uniforme sufficientemente prescrittiva ha consentito a Regioni e Province autonome di ritagliarsi uno spazio di organizzazione amministrativa che consente sì la sperimentazione di modelli virtuosi in un contesto inedito, ma che ha anche confini mobili e incerti ed è, comunque, suscettibile di essere inopinatamente sovvertito dall'esercizio dei poteri sostitutivi. Peraltro, il decentramento decisionale sembra potenzialmente in grado di estendersi anche alla fase degli acquisti di vaccino,[15] quantomeno nella misura in cui riguardino agenti prodotti da case farmaceutiche che non rientrano tra quelli facenti parte del portafoglio UE ed essi siano stati previamente autorizzati dall'AIFA[16].

4. Le modifiche informali al decreto ministeriale recante il Piano

In attesa che alle linee-guida statali faccia finalmente seguito l'annunciato piano esecutivo del Ministero della Salute, rispetto al quale verificare natura ed estensione dei compiti regionali, l'art. 2 del decreto ministeriale 2 gennaio 2020 si è limitato a stabilire che il Piano, ossia le linee-guida incorporate nel decreto, possa

quattro Regioni hanno ritenuto di doverne fare uso. Sui problemi di una centralizzazione della campagna vaccinale in generale vedasi: L. VIOLINI, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazi0one, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni,* n. 5/2020, pp. 1009 ss.

[15] Sull'acquisto dei vaccini da parte delle Regioni e delle Province autonome si veda: Consiglio di Stato (Sez. III, rel. Santoleri) sent. n. 27/2017, nella quale si sottolinea che, ove nella redazione del PNPV non sia stato imposto alcun vincolo alle Regioni e alle Amministrazioni in merito al tipo di vaccino da acquistare, né siano stati indicati criteri da inserire nei bandi di gara, rientri nel potere delle singole Regioni operare la scelta sul tipo di vaccino da somministrare.

[16] Più in generale, rispetto all'ipotesi che uno Stato membro (o sue articolazioni) possa acquistare dosi aggiuntive di vaccini dalle stesse case farmaceutiche con le quali vi sono accordi preliminari di acquisto, l'accordo tra la Commissione europea e gli Stati membri del 18 giugno 2020 C(2020) 4192 stabilisce che agli Stati membri sia vietato negoziare separatamente con i produttori con i quali siano stati conclusi accordi preliminari di acquisto (art. 7), a meno di non aver esercitato il loro diritto di *opting out* (art. 4) nel termine di cinque giorni da quando la Commissione ha comunicato agli Stati membri di voler concludere l'accordo preliminare di acquisto con un produttore.

essere integrato «al sopravvenire di nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto all'epidemia». Nulla è prescritto, invece, quanto all'*iter* da seguire per gli adattamenti. Benché si debba senz'altro tenere conto della multiforme varietà procedimentale che caratterizza l'adozione di fonti atipiche quali i decreti ministeriali non regolamentari, sembrerebbe logico ipotizzare che una qualsiasi modifica del Piano possa aversi soltanto con eguale atto del Ministero della Salute, ossia con altro decreto non regolamentare.

A questo proposito, giova rammentare che, in concomitanza con una revisione dello stato di approvvigionamento delle dosi dei vaccini per i prossimi mesi, le fasi di somministrazione a seconda della fascia di priorità sono state modificate tenendo conto di nuovi parametri (età e comorbilità grave). In particolare, parallelamente alla somministrazione alle categorie più vulnerabili, è stato autorizzato l'avvio immediato di una vaccinazione di massa per il personale scolastico, universitario e delle forze dell'ordine con il vaccino Astra Zeneca, originariamente prevista per una fase successiva.[17] L'adattamento si è avuto per mezzo di un accordo informale tra il Ministro della Salute, il Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 e il Presidente della Conferenza delle Regioni.[18] A tale accordo, in data 8 febbraio, ha fatto, poi, seguito l'adozione di una nota del Ministero della Salute, inviata al Ministro per gli Affari regionali e le autonomie e al Presidente della Conferenza Stato-Regioni, con la quale il Ministro della Salute ha chiesto di inserire all'o.d.g. di detta Conferenza l'informativa sull'aggiornamento del Piano, di cui la medesima Conferenza ha poi preso atto il giorno successivo (Rep. atto n. 20/CSR). Allo stesso tempo, i Presidenti di Regione, con nota autonoma, hanno manifestato dubbi sulla applicabilità del documento, stante la carenza di dosi vaccinali disponibili e l'indeterminatezza di alcune indicazioni in esso contenute (21/19/SR3/17). Alla nota ministeriale è stato, inoltre, allegato il documento integrativo del Piano originario, denominato "Raccomandazioni ad *interim* sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19". Tale auto-qualificazione di un atto complementare al Piano strategico è idonea a esplicitare, se mai, in maniera ancora più chiara, la natura non vincolante e pur sempre provvisoria degli atti pianificatori sin qui adottati, anche dopo l'incorporazione delle linee-guida nel decreto ministeriale. Alla presa d'atto della Conferenza dovrebbe, infine, far seguito l'adozione del decreto non regolamentare del Ministero della Salute che recepisce

[17] Sui problemi derivanti dall'avvio della vaccinazione di massa si vedano le osservazioni di: L. CAPONE e G. RODRIQUEZ, *Cosa non va sui vaccini*, *Il Foglio*, 23 febbraio 2021.

[18] Cfr. G. RODRIQUEZ, *Governo e Regioni concordano la nuova* roadmap *in base a consegne e tipologia dei vaccini. Si parte in parallelo con più target da vaccinare*, in *Quotidiano Sanità*, 3 febbraio 2021.

la modifica, decreto che, tuttavia, ad oggi non risulta emanato. Nel frattempo, il Piano sembra richiedere un ulteriore adattamento, quantomeno a livello decentrato, se è vero che, con circolare del Ministero della Sanità del 23 febbraio che ha recepito un parere dell'AIFA del 17 febbraio, è stata estesa la possibilità di utilizzo del vaccino Astra Zeneca anche per la fascia di età 55-65 anni (inclusa la coorte 1956).

5. Conclusioni: la "fuga" dal regolamento e dalle Conferenze pone il Piano su basi mobili e incerte

In conclusione, il Piano strategico vaccinale è stato adottato (e continuerà verosimilmente a essere emendato) sulla base di uno schema procedimentale flessibile, che mescola le forme in uso per l'emanazione degli atti normativi secondari a quelle per l'approvazione di atti amministrativi generali ovvero, alla bisogna, si distacca da entrambe. Nel merito, il decreto ministeriale che incorpora le linee-guida reca una serie di indirizzi di massima, come tali privi di vincolatività, che non sono stati oggetto di una disciplina di dettaglio da parte di un piano esecutivo; al contrario, essi vengono di volta in volta specificati da accordi informali concertati dalla pluralità di attori coinvolti nella campagna, oltreché dai singoli piani regionali, sui quali pende, tuttavia, la "spada di Damocle" di un esercizio discrezionale dei poteri sostitutivi.

L'atipicità del procedimento di formazione del Piano è certamente funzionale a evitare di ingessare eccessivamente l'organizzazione delle attività di profilassi, consentendo un loro adattamento tempestivo in un contesto segnato da forti incertezze scientifiche, sanitarie ed economiche, ma segnala, allo stesso tempo, il consolidamento di dinamiche patologiche già note all'ordinamento prima della pandemia.[19] Da un lato, si assiste, infatti, a una cospicua "fuga dal regolamento" con tutto ciò che ne deriva in termini di certezza del diritto ed effettività delle garanzie di tutela giurisdizionale, dall'altro, si osserva una crescente deroga al riparto di competenza tra Stato e Regioni con la conseguente emarginazione della Conferenza permanente quale sede tecnica di deliberazione di atti amministrativi e la sua sostituzione con un consesso politico informale che include la Conferenza delle Regioni e il suo Presidente, i Ministri della Salute e degli Affari regionali e il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19.[20] Dal punto di vista istituzionale, la parziale abdicazione dello Stato alla predeterminazione di criteri

[19] Di esse aveva già dato conto con precisione A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "non regolamentari" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2008, pp. 5075 ss.

[20] Cfr. sul sistema dei raccordi nell'emergenza: C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021.

concertati, ma vincolanti per l'organizzazione della campagna vaccinale ha favorito sino ad oggi un decentramento decisionale dai confini mobili e incerti.[21] Tale incertezza è idonea a ripercuotersi sull'obiettivo ultimo dell'attività di profilassi straordinaria, ossia quella di garantire la più ampia copertura vaccinale nel minor tempo possibile, evitando di alimentare possibili fenomeni di mobilità sanitaria interregionale da parte dei pazienti delle Regioni con capacità organizzative ridotte. Mai come in questo momento si avverte, quindi, la necessità che lo Stato, di intesa con le Regioni, sia in grado di assicurare la somministrazione del vaccino in tempi rapidi e in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, proprio come se si trattasse di garantire il soddisfacimento di un nuovo livello essenziale di assistenza (LEA).

[21] Cfr. N. ROSSI, *Il diritto di vaccinarsi. Criteri di priorità e ruolo del Parlamento*, in *Questione Giustizia*, 4 gennaio 2021.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La Repubblica come enigma finanziario (il principio di coordinamento fra risorse e funzioni nelle sentenze della Corte costituzionale 76 e 155/2020)*

GIAN LUCA CONTI**

Nota a Corte Costituzionale, sentenze n. 76 del 24 aprile 2020 e n. 155 del 21 luglio 2020.

Disponibili all'indirizzo: https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0076s-20.html e https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0155s-20.html.

Sommario

1. Premessa: il principio di coordinamento fra risorse e funzioni e la crisi dell'indirizzo politico. – 2. Il collegamento fra Corte cost. 76/2020 e Corte cost. 155/2020. – 3. 76/2020: la questione elusa e l'intesa apparente. – 4. L'attuazione della Delrio in una prospettiva finanziaria non angusta. – 5. L'inadempiente ristorato: 155/2020. – 6. Il nodo è la centralità del Parlamento nella decisione di bilancio e nel principio di coordinamento fra risorse e funzioni.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

G.L. CONTI, *La Repubblica come enigma finanziario (il principio di coordinamento fra risorse e funzioni nelle sentenze della Corte costituzionale 76 e 155/2020),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

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

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: gianluca.conti@unipi.it.

1. Premessa: il principio di coordinamento fra risorse e funzioni e la crisi dell'indirizzo politico

La sovranità della Repubblica è il punto di arrivo di un processo di deframmentazione delle autonomie costituzionali che spettano a ciascuno degli enti che la compongono ai sensi dell'art. 114, Cost.

Questo processo di deframmentazione si presenta come estremamente complesso sul piano della autonomia legislativa e dell'autonomia amministrativa e diventa assolutamente enigmatico quando arriva all'autonomia finanziaria, dove i parametri costituzionali si fanno incerti nella loro attuazione normativa anche per effetto delle dinamiche parlamentari che costruiscono la legge di bilancio dello Stato come punto di arrivo di negoziazioni talmente elaborate da non consentire con facilità di interpretare la decisione di bilancio come esercizio della funzione di indirizzo politico intesa in senso sostanziale[1].

[1] Sulla nozione di indirizzo politico, vedi, ovviamente: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961. L'idea che si è indicata in forma rapsodica nel testo e senza alcuna ampiezza argomentativa è che la funzione di indirizzo politico sia necessariamente collegata alla maggioranza parlamentare e che la maggioranza parlamentare abbia il compito e il dovere di dare un significato unitario sul piano assiologico all'intera azione dello Stato. Le procedure parlamentari sono negoziazioni intorno al valore dell'azione dello Stato intesa in senso complessivo come punto di intersezione fra le diverse posizioni originarie di cui sono portatori i soggetti politici che compongono la maggioranza. In altre parole, se la sostanza assiologica della funzione di indirizzo politico è immutata dal periodo fascista (sul punto, C. TRIPODINA, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018), vuoi che si seguano le suggestioni di Mortati (C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931), ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Giuffrè, Milano, 2000, su cui M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato- persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990), ovvero quelle di Panunzio (S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, CEDAM, Padova, 1939 (I ed. 1936), o di Crisafulli (V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939, pp. 53-172, ora in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 3-120, con Introduzione di M. DOGLIANI), alla fine si trova un problema irrisolto che è dare un senso e una unità all'azione statale (vedi P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, Liguori editore, Napoli, 1988). La difficoltà di costruire, in primo luogo sul piano politico e, quindi, sul piano costituzionale, una risposta a questa domanda è la radice della crisi della Repubblica, mai evidente come nella presente Legislatura. Questo bisogno e la difficoltà di trovare il contesto politico adeguato per una risposta seria ma anche le coordinate costituzionali capaci di razionalizzare la battaglia

Le sentenze che si commentano mostrano con chiarezza la difficoltà di individuare punti certi nella interpretazione delle norme costituzionali che definiscono il rapporto fra la sovranità statale e le autonomie regionali (e provinciali) in materia finanziaria, ma anche il bisogno di andare oltre queste incertezze se si vuole prendere sul serio il problema dell'autonomia regionale (e provinciale).

Una delle strategie per prendere sul serio l'autonomia finanziaria delle Regioni e delle province passa dalla legge di bilancio e dal nodo dei fabbisogni standard, dove le procedure parlamentari non riescono a valorizzare a sufficienza il bisogno di deframmentazione della sovranità che si è cercato di evidenziare.

2. Il collegamento fra Corte cost. 76/2020 e Corte cost. 155/2020

La Regione Puglia ha proposto ricorso di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 833, 835, 841 e 3 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019 e bilancio triennale per il triennio 2019 – 2021), insieme allo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, Tabella 2, Missione 2, Programma 2.5, azione di reintegro del minor gettito Irap) con ricorso notificato il 1° - 6 marzo 2019 e depositato in cancelleria l'11 marzo 2019.

Per una parte, il ricorso ha per oggetto la quantificazione delle risorse spettanti alle Regioni per l'esercizio delle funzioni non fondamentali che le stesse hanno ereditato dalla Province per effetto della legge 56/2014[2]. Queste risorse erano state ridotte irragionevolmente e comunque immotivatamente ad avviso della ricorrente che, perciò, chiedeva tramite il principio di finanziamento integrale delle risorse regionali espresso dall'art. 119[4], Cost., un pieno ristoro della propria autonomia.

---

politica che scatena si manifesta con peculiare urgenza nel rapporto fra Stato e Regioni, soprattutto nella parte in cui questo rapporto si si muove sul piano economico e finanziario.

[2] Cfr., in generale, cfr. L. VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014; F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unione di comuni*, Giuffrè, Milano, 2015; A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, Jovene, Napoli, 2014; F. FABRIZZI, G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014. Sull'incerto destino delle province, centrali nel disegno autonomistico prefigurato dalla riforma Bassanini, meno che residuali nella controriforma tridentina, se così si può dire, operata con la Delrio: F. FABRIZZI, *La Provincia. Analisi dell'ente locale più discusso*, Jovene, Napoli, 2012, A. DEFFENU, *Il ridimensionamento delle province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2012; C. BACETTI, *Il capro espiatorio. La Provincia nell'evoluzione del sistema politico italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2014, pp. 285 ss.

Per un'altra parte, il ricorso ha per oggetto la riduzione del gettito dell'IRAP derivante alla Regione per effetto della diversa configurazione della base imponibile di questa imposta cui si è pervenuti con lo scopo di diminuire il cuneo fiscale.

Il ricorso è stato respinto dalla Corte costituzionale con due argomenti che fanno leva sulla sostanza delle questioni sollevate dalla Regione Puglia: il trasferimento alle regioni delle funzioni non fondamentali delle province prefigurato dalla legge 56/2014 non fa sorgere un diritto alla erogazione di risorse corrispondenti a quelle già assegnate alle province per l'esercizio di queste funzioni, se non in una prima fase, perché le funzioni, una volta assestate nella organizzazione regionale, possono essere esercitate in uno con tutte le altre funzioni regionali e perciò determinano un aumento di costi inferiore al costo dell'esercizio di queste funzioni considerate isolatamente: queste funzioni, a distanza di sei anni dal trasferimento, "si devono ormai ritenere indifferenziate rispetto alle altre funzioni regionali: esse dunque devono trovare copertura nel complesso del bilancio regionale".

Dall'altra parte, la riduzione di gettito fiscale determinata dalle scelte strategiche dirette a ridurre il cosiddetto cuneo fiscale e, quindi, il costo del lavoro determina il sorgere di un "diritto"[3] a una compensazione, ma questo diritto deve essere valutato in una "prospettiva finanziaria non angusta", perché nello stesso tempo la riduzione del costo del lavoro determina anche dei vantaggi per le regioni, che si potranno avvantaggiare dei maggiori gettiti generati dalla ripresa economica che questa manovra potrebbe determinare[4].

Il nodo, in entrambi i casi, è la difficoltà per la Regione di dimostrare l'esistenza di un effettivo pregiudizio determinato dalla riduzione dei trasferimenti statali ovvero delle entrate regionali per l'esercizio delle funzioni regionali, poiché, in questo caso, l'interesse al processo diventa condizione dell'azione in senso

[3] Le virgolette sono utilizzate dalla sentenza 76/2020 che si annota: punto 14.2 del Considerato in diritto.

[4] Sulla riduzione del cuneo fiscale e gli effetti sulla finanza regionale, in una prospettiva di scienza delle finanze, vedi: M. AULENTA, *Tax expenditures negli enti territoriali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finenze*, n. 4/2015, p. 554, il quale osserva: «"Spese fiscali" è un'*ipallage*. L'espressione, che è nota nella terminologia anglosassone come *tax expenditures*, sta a indicare propriamente le agevolazioni fiscali (in senso lato) che, traducendosi in una riduzione del gettito, producono sul bilancio pubblico un effetto analogo all'erogazione di una spesa pubblica di importo pari alle imposte detassate.» Questa osservazione consente di leggere diversamente l'oggetto del ricorso regionale. La riduzione del cuneo fiscale determina una spesa fiscale, ovvero una agevolazione. Questa agevolazione è disposta a livello statale tuttavia cade a carico dei bilanci regionali che avevano diritto alle entrate rivenienti dal gettito. Di conseguenza, lo Stato dispone la agevolazione ma è il bilancio regionale che la eroga.

sostanziale solo se la ricorrente riesce a dimostrare che la riduzione delle proprie entrate ridonda effettivamente in una riduzione effettiva delle risorse necessarie per l'esercizio delle proprie funzioni[5].

Solo se la Regione riesce a dimostrare l'attualità del pregiudizio in termini di impossibilità di esercizio delle proprie funzioni con un ragionevole livello di qualità per effetto dell'aggravio degli oneri a proprio carico determinato dalla riduzione delle entrate ovvero dall'aumento delle spese, il ricorso può essere accolto.

È questo il punto che collega le due sentenze che si commentano: in Corte cost. 176/2020, si è stabilito che lo Stato non può definire la percentuale dei canoni e dei canoni aggiuntivi relativi a una concessione di grande derivazione che le regioni devono versare alle province allo scopo di coprire l'esercizio delle funzioni loro assegnate. La decisione circa l'ammontare dei canoni e dei canoni aggiuntivi riguarda la materia relativa alla distribuzione dell'energia elettrica, oggetto di riparto concorrente fra lo Stato e le regioni. I principi fondamentali di questa materia hanno per oggetto l'onerosità della concessione e la proporzionalità del canone rispetto alla risorsa assegnata e all'utilità ricava dal concessionario. Il riferimento alla tutela della concorrenza serve unicamente a fissare il limite massimo dei canoni e dei canoni aggiuntivi.

Soprattutto, però, per la Corte, nel momento in cui è possibile definire con esattezza la riduzione delle risorse assegnate alla Regione ricorrente per effetto del trasferimento alle province imposto dalla legge statale, allora, si ha un pregiudizio certo perché la Regione, in un quadro in cui le sue funzioni restano invariate, vede, senza alcuna ragionevole giustificazione, ridursi le entrate con cui vi può fare fronte.

In altre parole, quello che la regione Puglia non è riuscita a dimostrare perché non poteva sostenere di avere "diritto" alle stesse risorse che venivano erogate alle province per l'esercizio delle funzioni che le erano state trasferite e perché non poteva dimostrare che la riduzione del gettito dell'IRAP determinava un

[5] Sul punto, vedi A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica al tempo della crisi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2016, p. 1541. Brancati, collega esimio e amico prezioso, come si legge nel necrologio dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, i cui commenti in questa materia costituiscono un contributo destinato a restare per lungo tempo insostituibile, sottolineava «Si impone […] la precisazione che non ogni aggravio di oneri arrecato a tali enti [gli enti territoriali] presenta rilievo per la loro autonomia in quanto non deve comunque trattarsi di misure che riguardino in maniera non specifica la loro finanza e che abbiano invece ad oggetto ambiti più estesi di applicazione». Il riferimento alle condizioni dell'azione in senso formale ovvero sostanziale è quello tipico della dottrina processualcivilistica. Dove l'azione dell'azione può essere intesa in senso formale se si limita al vanto del diritto mentre diventa sostanziale quando vale come fondatezza della pretesa. Sul tema, ovviamente: A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, CEDAM, Padova, 1955.

pregiudizio per l'esercizio delle proprie funzioni, è stato dimostrato dalla regione Toscana, semplicemente perché la regione Toscana ha individuato l'esatto ammontare delle risorse che venivano prelevate dal suo bilancio e destinate alla finanza provinciale.

È un meccanismo che non convince, come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, perché il problema non può essere l'esatta quantificazione di un pregiudizio, considerato in numerario, nel momento in cui una risorsa è oggetto di una riduzione unilaterale, ovvero di un prelievo forzoso, ma è la corretta quantificazione del fabbisogno associato alle funzioni regionali e la dimostrazione che il venir meno della risorsa impatta sulle funzioni.

Qui, il ragionamento della Corte non convince, e soprattutto non convince l'evoluzione dell'ordinamento. La quantificazione delle risorse associate alle funzioni, infatti, è il punto di arrivo di un complesso meccanismo che si svolge al di fuori della dialettica parlamentare. Questo meccanismo, però, è destinato ad essere travolto dalla decisione parlamentare di bilancio, quando l'indirizzo politico di maggioranza, se così può essere definita una decisione generata da una negoziazione serrata e che difficilmente può essere considerata il modo con cui la maggioranza parlamentare definisce la propria impronta sulla ripartizione delle risorse pubbliche, stressa la procedura di bilancio e si impone con la fiducia.

Su tutto questo si tornerà più avanti.

3. 76/2020: la questione elusa e l'intesa apparente

L'oggetto del ricorso della regione Puglia deciso da Corte cost. 76/2020 è rappresentato dagli artt. 1, commi 833, 835 e 841 e 3, legge 145/2018 unitamente:

- Allo stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Tabella 2, Missione 2, "nella parte in cui non hanno disposto l'assegnazione alle regioni delle risorse connesse all'esercizio delle funzioni non fondamentali delle province attribuite alle regioni stesse";
- Allo stato di previsione del Ministero dell'Economia e della Finanze, Tabella 3, Missione 2.5, nella parte in cui non hanno previsto il trasferimento di somme volte a compensare del tutto il minor gettito della imposta regionale sulle attività produttive.

Il comma 833 stabilisce: *Al fine di rilanciare e accelerare gli investimenti pubblici, alle regioni a statuto ordinario è attribuito un contributo pari a 2.496,2 milioni di euro per l'anno 2019. Gli importi spettanti a ciascuna regione a valere sul contributo di cui al periodo precedente sono indicati nella tabella 4 allegata alla presente legge e possono essere modificati, a invarianza del contributo complessivo, mediante accordo*

da sancire, entro il 31 gennaio 2019, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano[6].

Il comma 835 stabilisce: *Al fine di rilanciare e accelerare gli investimenti pubblici, alle regioni a statuto ordinario è attribuito un contributo pari a 1.746,2 milioni di euro per l'anno 2020. Gli importi spettanti a ciascuna regione a valere sul contributo di cui al periodo precedente sono indicati nella tabella 5 allegata alla presente legge e possono essere modificati, a invarianza del contributo complessivo, mediante accordo da sancire, entro il 31 gennaio 2019, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano*[7].

Si deve osservare che le due norme espresse dai commi 833 e 835 sono assolutamente analoghe, l'unica cosa che cambia è l'ammontare del contributo, che in un caso è di 1,7642 miliardi di euro e nell'altro conta 2,4962 miliardi di euro.

L'assonanza fra le due disposizioni non finisce qui: il successivo comma 837 stabilisce che gli investimenti diretti e indiretti di cui ai commi 834 e 836 sono considerati nuovi se: (a) gli stanziamenti riguardanti le spese di investimento iscritti nel bilancio di previsione 1019 - 2021 relativamente all'esercizio 2019 risultano incrementati rispetto alle previsioni definitive del bilancio di previsione 2018-2019 in misura non inferiore agli importi indicati nella tabella 4; (b) gli stanziamenti riguardanti le spese di investimento iscritti nel bilancio di previsione 2019-2021 risultano incrementati rispetto alle previsioni definitive del bilancio di previsione 2018-2020 riguardanti il medesimo esercizio 2020 in misura almeno corrispondente alla somma degli importi indicati nelle tabelle 4 e 5 relativamente all'anno 2020; (c) per ciascuno degli esercizi 2021, 2022 e 2023 gli stanziamenti riguardanti le spese di investimento iscritti a decorrere dal bilancio 2019-2021 devono registrare un incremento rispetto alle previsioni definitive del bilancio di previsione 2018-2020 relativamente all'esercizio 2020, in misura almeno corrispondente alla somma degli importi indicati nelle tabelle 4 e 5 allegate alla presente legge relativamente a ciascuno degli anni 2021 e 2022 e in misura almeno

[6] Il successivo comma 834 precisa: *Il contributo di cui al comma 833 è destinato dalle regioni a statuto ordinario al finanziamento di nuovi investimenti diretti e indiretti, per un importo almeno pari a 800 milioni di euro per l'anno 2019 e a 565,4 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022.*

La ripartizione dell'ammontare di cui al comma 833 è stabilita dalla Tabella 4, a pag. 224 di GU, serie generale, supplemento ordinario 62/L del 31 dicembre 2018.

[7] Il successivo comma 836 esprime una norma assolutamente analoga a quella contenuta nel comma 834: *Il contributo di cui al comma 835 è destinato dalle regioni a statuto ordinario al finanziamento di nuovi investimenti diretti e indiretti, per un importo almeno pari a 343 milioni di euro per l'anno 2020, a 467,8 milioni di euro per l'anno 2021 e a 467,7 milioni di euro per ciascuno degli anni 2022 e 2023.*

Anche in questo caso, la ripartizione dell'ammontare di cui al comma 835 è stabilita da una tabella (la tabella 5, a pag. 225 della GU che si è appena citata).

corrispondente agli importi indicati nella tabella 5 relativamente all'anno 2023; (d) sono verificati attraverso il sistema di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, ai sensi del d.lgs. 229/2011.

Il comma 838 stabilisce che le regioni a statuto ordinario effettuino gli investimenti di cui ai commi 833 e 835 nei seguenti settori: a) opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici del territorio, ivi compresi l'adeguamento e il miglioramento sismico degli immobili; b) prevenzione del rischio idrogeologico e tutela ambientale; c) interventi nel settore della viabilità e dei trasporti; d) interventi di edilizia sanitaria e di edilizia pubblica residenziale; e) interventi in favore delle imprese, ivi comprese la ricerca e l'innovazione.

Il comma 839 stabilisce che le regioni debbano adottare gli impegni finalizzati alla realizzazione degli investimenti di cui ai commi 833 e 835 entro il 31 luglio di ciascuno degli anni dal 2019 al 2023 mediante obbligazioni giuridicamente perfezionate e che entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento debbano comunicare al Ministero delle Finanze l'avvenuto impegno degli investimenti. Se una regione non riesce a impiegare le risorse per gli investimenti previsti nelle tabelle 4 e 5, questa regione è tenuta ad effettuare all'entrata del bilancio dello Stato, entro il 31 maggio dell'anno successivo, un versamento di importo corrispondente al mancato impegno degli investimenti (comma 840).

Sino a qui è davvero difficile comprendere perché vi sia stato bisogno di suddividere in due commi un contributo che ha sostanzialmente la stessa identica disciplina e lo stesso identico scopo: favorire e accelerare investimenti pubblici in diversi ambiti che vanno dalle opere pubbliche alla innovazione.

Lo si comprende dalla lettura del comma 841: *Fermo restando l'obbligo delle regioni a statuto ordinario di effettuare gli investimenti di cui ai commi 834 e 836, il concorso alla finanza pubblica delle regioni a statuto ordinario, per il settore non sanitario, di cui all'articolo 46, comma 6, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, e all'articolo 1, comma 680, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, per un importo complessivamente pari a 1.746,2 milioni di euro* […].

In altre parole, lo Stato con il comma 841 ha previsto che le regioni a statuto ordinario: (a) debbano contribuire alle entrate dello Stato con complessivi 2,4962 miliardi di euro nel 2019 e 1,7492 miliardi di euro nel 2020; (b) che le regioni debbano comunque effettuare nuovi investimenti – diretti o indiretti – per 4,2424 miliardi di euro (la somma di quanto devono versare allo Stato); (c) che nel caso in cui le regioni non effettuino nuovi investimenti per l'ammontare loro assegnato, questo ammontare sia corrispondentemente ridotto[8].

[8] Il successivo comma 842 esprime una norma che può essere considerata particolarmente complessa da decifrare: *L'efficacia delle disposizioni dei commi da 833 a 841 del presente articolo è subordinata al raggiungimento, entro il 31 gennaio 2019,*

Tutto questo suona come una feroce elusione dell'autonomia regionale perché, a ben vedere, si ha un trasferimento meramente apparente di risorse e, soprattutto, si obbligano le regioni a finanziare con le proprie risorse i nuovi investimenti che la legge 145/2018 intende realizzare o accelerare.

Si tratta di una vicenda ben nota e su cui la Corte si è pronunciata diverse volte.

In particolare, il contributo delle regioni a statuto ordinario alla finanza pubblica è stato previsto dall'art. 46, sesto comma, d.l. 66/2014. Questo contributo è stato aggredito per carenza degli "indispensabili elementi di razionalità, proporzionalità, efficacia e sostenibilità". La Corte costituzionale con la sentenza 154/2017[9] ha stabilito che un tanto non può essere affermato se la regione non dimostra "l'impossibilità di assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni connessi alle prestazioni sociali, pur in assenza della determinazione statale dei LIVEAS, eventualmente mediante la riallocazione delle risorse disponibili" (Corte

dell'intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulle risorse aggiuntive per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese nelle materie di competenza concorrente di cui ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri previsti dai commi 98 e 126. Decorso il predetto termine, in assenza della proposta di riparto delle risorse di cui al periodo precedente alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro il 15 febbraio 2019, le disposizioni dei commi da 833 a 841 acquistano comunque efficacia. Il complesso meccanismo che si è delineato viene infatti sospensivamente condizionato al raggiungimento di una intesa entro il 31 gennaio 2019, che riguarda il riparto delle risorse in misura diversa da quanto previsto nelle tabelle 4, 5 e 6, che si sono richiamate nelle note che precedono. Se tuttavia l'accordo non viene raggiunto entro il 15 febbraio, questo meccanismo diventa comunque efficace. Il che viene espresso affermando che l'entrata in vigore delle norme espresse dai commi 833 – 841 è condizionata a una intesa ma che se l'intesa manca queste norme entrano comunque in vigore, di talché ciò che è necessario non è l'intesa, ma lo spazio per l'intesa che però viene contratto in complessivi 45 giorni dalla data di entrata in vigore della legge 145/2018.

[9] Su cui vedi: G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019; A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018; G. D'AURIA, *Ancora sulle manovre statali di bilancio e sul "concorso" alla finanza pubblica richiesto alle Regioni (ordinarie e speciali): verso nuove regole?*, in *Il Foro Italiano*, n. 3, 2019, parte I, p. 730; F. GUELLA, "*Accordi*" *imposti unilateralmente e "transitorietà" rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, in particolare pp. 1022 ss., cui *adde* ID., *'Iunge et impera'? Legittimità costituzionale ed effetti strutturali del c.d. auto-coordinamento delle Regioni sul riparto delle riduzioni di spesa*, in *Le Regioni*, n. 6/2017; M. MASSA, *Previdenza, assistenza e vincoli di bilancio. Tre tesi sulla giurisprudenza costituzionale degli anni della crisi*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2018, p. 77.

cost. 103/2018). Nello stesso tempo, però, la Corte ha affermato che le "norme statali che fissano limiti alle spesa delle regioni e degli enti locali possono qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica alla condizione fra l'altro che si limitino a prevedere un contenimento complessivo della spesa corrente dal carattere transitorio" (in questi termini: 154/2017, 65/2016, 218 e 189/2015, ma già 44/2014, 236 e 229/2013, 217, 193, 148/2012, 182/2011).

In altre parole, le singole misure di contenimento della spesa pubblica devono presentare il carattere della temporaneità, evitando di prorogare l'ambito temporale di precedenti manovre di bilancio, sottraendo così "al confronto parlamentare la valutazione degli effetti complessivi e sistemici di queste ultime in un periodo più lungo" (così Corte cost. 169/2017) e un tanto si verifica quando la durata di una manovra economica viene raddoppiata attraverso la tecnica normativa dell'aggiunta progressiva di ulteriori annualità rispetto a quelle inizialmente previste (Corte cost. 103/2018).

Di conseguenza, la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 1, comma 527, legge 232/2016 relativamente all'aumento della durata del primo dei due contributi previsti dall'art. 46, sesto comma, d.l. 46/2014[10].

In questo contesto, la regione Puglia ha decisamente modificato l'impostazione di attacco, affermando che il sacrificio indubbiamente imposto dallo Stato con il meccanismo che si è appena delineato ridondava in un sacrificio dell'autonomia regionale con riferimento al trasferimento delle risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni non fondamentali trasferite dalle province alle regioni.

Di qui, la facile difesa erariale: perché in un quadro in cui le tabelle 4 e 5 definiscono con esattezza le risorse destinate ad investimento e, perciò, sottratte al bilancio regionale, l'autonomia finanziaria della regione Puglia è lesa solo con riguardo alle risorse necessarie per assicurare l'esercizio delle fu nzioni non fondamentali delle province alla stessa trasferita?

La domanda è restata senza risposta.

Ma soprattutto la scelta tattica della Regione Puglia ha lasciato senza risposta un diverso bisogno di giustizia costituzionale: lo schema per il quale il problema del rapporto fra la riduzione delle entrate regionali e la soddisfazione dei livelli essenziali di assistenza è risolto attribuendo alle regioni un ammontare

[10] Osserva F. GUELLA ("*Accordi*" *imposti unilateralmente e* "*transitorietà*" *rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue*, cit.) che «la Corte ribadisce come il quadro delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni sia affidato alla sovranità democratica del Parlamento, e l'estensione "acritica" dell'ambito temporale di precedenti manovre potenzialmente potrebbe menomare gli spazi del confronto parlamentare e isolare la posizione delle Regioni da una valutazione degli effetti complessivi e sistemici della manovra».

corrispondente a quanto richiesto a titolo di contributo alla finanza pubblica e vincolandolo alle spese di investimento può essere considerato corretto?

La correttezza di questo schema è sostanzialmente ancorata al raggiungimento della intesa introdotta dall'art. 1, comma 680, legge 208/2015 e, forse, può sembrare un passo in avanti rispetto al mero prelievo unilaterale. Il prelievo è una riduzione secca di risorse, che cadono esclusivamente sul bilancio regionale. Questo prelievo, invece, mitiga l'impatto della riduzione delle risorse con la previsione di nuove risorse da destinare a investimenti.

La riduzione della spesa necessaria a sostenere le funzioni ordinariamente svolte dalle regioni è compensata dalla previsione di nuove risorse da destinare ad investimenti e questo è tollerabile perché sono le stesse regioni che convalidano il meccanismo in sede di intesa.

Ma la vera questione, la questione che viene completamente elusa, è se le regioni godono di risorse sufficienti per l'esercizio delle loro funzioni, se le risorse loro assegnate sono adeguate.

In altre parole, il meccanismo di trasformazione della spesa "inutile" in investimenti "opportuni" lascia insoddisfatti perché il nodo è pur sempre la riduzione delle risorse a disposizione delle regioni per assicurare il corretto livello di tutela ai diritti fondamentali che sono loro assegnati.

C'è, insomma, qualcosa di stonato nella costruzione del problema nei termini della necessaria dimostrazione della lesione delle risorse concretamente a disposizione della regione per far fronte ai livelli essenziali, qualcosa su cui si ritornerà[11].

[11] In fondo si tratta dello stesso imbarazzo che prova Pinelli (C. PINELLI, *Sul "rilievo essenzialmente tecnico" di un decreto del Presidente del Consiglio chiamato a ripartire risorse finanziarie fra le Regioni*, in *Giurisprudenza Costituzionale,* n. 3/2016, p. 1088) a proposito della supposta natura non regolamentare del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (Corte cost. 141/2016). In quel caso, la regione lamentava che i presupposti cui era ancora la discrezionalità governativa nel ripartire le risorse in assenza di una intesa erano eccessivamente vaghi, dovendo il d.P.C.M. nella ripartizione "tenere anche conto del Pil e della popolazione residente". La Corte, al contrario, ha ritenuto che non difettasse il «requisito dell'astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto»: il d.P.C.m. in questione «non può che contenere determinazioni puntuali, di rilievo essenzialmente tecnico... volte ad individuare aspetti concreti non aventi portata innovativa del sistema normativo, perché diretti a fissare, per una durata temporanea, la ripartizione delle riduzioni di spesa già individuate, in via di massima, nella disposizione di legge». Osserva Pinelli «la qualificazione legislativa di un atto governativo come non regolamentare e il suo stesso procedimento non bastano ad escluderne la natura regolamentare, proprio perché ciò equivarrebbe a una surrettizia esclusione della suddivisione costituzionale delle competenze. Occorre pertanto guardare all'atto sotto il profilo contenutistico. Il che però, nella sentenza ora citata, non si esaurisce nell'accertare

4. L'attuazione della Delrio in una prospettiva finanziaria non angusta

Il punto centrale di Corte cost. 76/2020, perciò, la necessità per la regione ricorrente di dimostrare in concreto la lesione della propria autonomia costituzionale causata dalla riduzione delle entrate, è solo apparente.

Il vero nodo era l'escamotage con cui è stato accompagnato il contributo al coordinamento della finanza pubblica richiesto alle regioni, ma questo aspetto è restato in ombra per effetto della scelta della regione Puglia di fare riferimento al venir meno delle risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni non fondamentali trasferite dalla riforma Delrio.

Per la Corte, il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento riguardo all'attribuzione alle regioni delle funzioni non fondamentali delle province deve essere letto come funzionale a determinare una riduzione della spesa storicamente associata a queste funzioni.

Se, infatti:

- Corte cost. 205/2016[12] aveva affermato che le risorse affluite al bilancio dello Stato dagli enti di area vasta devono essere destinate ad un apposito

che la potestà affidata al CIPE non comporta la produzione di norme generali e astratte, ma si incentra piuttosto nell'esaminare la natura degli interventi — individuazione di tipologie di impianti — che induce la Corte a parlare di "scelta di carattere essenzialmente tecnico"». Nel momento in cui il d.P.C.M. prende il posto di una intesa, si hanno «i caratteri di un anomalo atto di sostituzione alle Regioni che avrebbe dovuto essere circondato da limiti particolarmente incisivi e comunque esplicitati nel testo legislativo. Invece la disposizione si limita a dire che il decreto dovrà «anche tener conto del Pil e della popolazione residente». Decisamente troppo poco, soprattutto quando si tratta di procedere alla ripartizione delle risorse finanziarie, che presenta di per sé una intensa carica di politicità». È questo disagio che porta Pinelli a censurare il ragionamento della Corte sul piano della corretta distribuzione delle competenze costituzionale, perché la fuga dal regolamento altera la centralità del Parlamento e la centralità del Parlamento, delle procedure parlamentari è necessaria per la tutela dei diritti fondamentali messi in gioco dalla allocazione delle risorse fra i diversi livelli di governo.

[12] G. BERGONZINI, *Del federalismo fiscale al contrario: i contributi forzosi degli enti locali al bilancio della Stato*, in *Federalismi.it*, n. 8/2018; V. CASAMASSIMA, *Le Province nel flusso delle riforme degli enti locali. Questioni aperte e prospettive future dopo l'esito del 'referendum' costituzionale 2016*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018; G. D'AURIA, *Nuove province e città metropolitane: funzioni amministrative e (in)adeguatezza delle risorse finanziarie*, in *Il Foro Italiano*, n. 12/2016, parte I, p. 3723; V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018; P. SANTINELLO, *Il crocevia delle Province e la recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, p. 61.

capitolo nel bilancio dello Stato per essere da lì assegnate a chi esercita le funzioni cui erano destinate queste risorse;

- Corte cost. 137/2018[13] aveva ribadito i principi affermati da Corte cost. 205/2016, sempre con riferimento all'art. 1[418], legge 190/2014, precisando però che spetta allo Stato stabilire l'esatta quantificazione delle risorse tenendo conto delle funzioni esercitate e delle complessive esigenze di bilancio[14];

[13] G. D'AURIA, *Ancora sul finanziamento delle funzioni amministrative* olim *provinciali e sul coinvolgimento delle Regioni nei processi decisionali di spesa per l'attuazione di interventi statali in settori di competenza legislativa regionale*, in *Il Foro Italiano*, n. 6/2019, parte I, p. 1939.

[14] Per la Corte: «Le citate sentenze n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018 non hanno affermato il dovere dello Stato di assegnare agli enti subentranti nell'esercizio delle funzioni non fondamentali delle province tutte le risorse di cui all'art. 1, comma 418, della legge n. 190 del 2014, ma solo quelle connesse allo svolgimento delle funzioni stesse. Come già sottolineato nella sentenza n. 205 del 2016, la riduzione della spesa corrente disposta dal comma 418 è collegata – oltre che al riordino delle funzioni non fondamentali e al conseguente dimezzamento dell'organico delle province, stabilito dall'art. 1, comma 421, della legge n. 190 del 2014 – anche ad altri fattori, fra i quali in particolare la gratuità degli incarichi politici provinciali e il miglioramento dell'efficienza della spesa provinciale relativa alle funzioni fondamentali, come risulta dall'ultimo periodo del comma 418, ove è previsto che l'ammontare della riduzione per ciascun ente è determinato «tenendo conto anche della differenza tra spesa storica e fabbisogni standard». […] resta riservata alla legislazione statale la quantificazione delle risorse da trasferire, tenuto conto del costo delle funzioni stesse e delle complessive esigenze di bilancio […] Nel momento in cui lo Stato avvia un processo di riordino delle funzioni non fondamentali delle province, alle quali erano state assegnate risorse per svolgerle, in attuazione dell'art. 119 Cost., questa stessa norma costituzionale impedisce che lo Stato si appropri di quelle risorse, costringendo gli enti subentranti (regioni o enti locali) a rinvenire i fondi necessari nell'ambito del proprio bilancio, adeguato alle funzioni preesistenti. L'omissione del legislatore statale lede l'autonomia di spesa degli enti in questione (art. 119, primo comma, Cost.), perché la necessità di trovare risorse per le nuove funzioni comprime inevitabilmente le scelte di spesa relative alle funzioni preesistenti, e si pone altresì in contrasto con il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, ricavabile dall'art. 119, quarto comma, Cost. (sentenze n. 10 del 2016, n. 188 del 2015, n. 17 del 2015, n. 22 del 2012, n. 206 del 2001, n. 138 del 1999, n. 381 del 1990), perché all'assegnazione delle funzioni non corrisponde l'attribuzione delle relative risorse, nonostante quanto richiesto dalla legge n. 56 del 2014 e dalla sentenza n. 205 del 2016 di questa Corte».

- Corte cost. 83/2019[15] ha ribadito i principi espressi da Corte cost. 137/2018, malgrado si muovesse sul complesso e scivoloso terreno delle risorse necessarie per l'assistenza alle persone con disabilità[16],

allora, è possibile affermare che il trasferimento alle regioni delle funzioni non fondamentali delle province è il punto di arrivo di un complesso procedimento. Nella prima parte di questo processo, si possono considerare tuttora attuali i principi espressi da Corte cost. 205/2016 e 137/2018 perché le funzioni trasferite erano "altre" rispetto al complesso delle funzioni regionali. Adesso, però, a distanza di oltre sei anni dalla Delrio, un tanto non può più essere sostenuto, perché tali funzioni devono essere considerate indifferenziate all'interno della complessa organizzazione regionale e, perciò, devono trovare copertura nel complesso bilancio regionale.

Si tratta in fondo della stessa linea sui cui si muove la seconda parte di Corte cost. 76/2020, quando esamina le modalità con cui [non] è stato compensato il minor gettito derivante alle regioni per effetto della riforma dell'IRAP[17].

---

[15] Su cui vedi anche: D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo 'Human Rights Model of Disability': "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto*, in *Le Regioni*, n. 3/2019.

[16] Si legge al par. 5.1 del Considerato in diritto: «Giova inoltre segnalare che la giurisprudenza di questa Corte è già intervenuta sul problema della entità delle risorse da trasferire agli enti territoriali assegnatari delle funzioni già spettanti alle Province e riallocate con le operazioni di riordino avviate con la citata legge n. 56 del 2014. Da ultimo, la sentenza n. 137 del 2018, nel chiarire la portata delle precedenti sentenze n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018, pur ribadendo che il riordino delle funzioni delle Province debba essere accompagnato dal passaggio delle relative risorse umane e finanziarie (come previsto dalla stessa legge n. 56 del 2014), ha puntualizzato che «resta riservata alla legislazione statale la quantificazione delle risorse da trasferire, tenuto conto del costo delle funzioni stesse e delle complessive esigenze di bilancio». – La riassegnazione delle risorse, nell'ambito del processo di riorganizzazione, è priva di qualsiasi automatismo e comporta scelte in ordine alle modalità, all'entità e ai tempi, rimesse al legislatore statale; ciò fermo restando che l'assistenza alle persone con disabilità costituisce un nucleo incomprimibile di un diritto fondamentale e deve essere integralmente finanziata.»

[17] Non sono poche le sentenze della Corte costituzionale che si sono occupate dell'IRAP in rapporto alle competenze regionali. Da ultimo, Corte cost. 128/2019 e 177/2014, ma già (con riferimento al potere delle regioni di regolare le procedure applicative dell'imposta): Corte cost. 296/2003, 216/2009; 26/2014 e, con riferimento al potere delle regioni di variare unicamente l'aliquota ordinaria, 357/2010. Corte cost- 21/2005 ha affermato la ragionevolezza di una disciplina che, in via transitoria, prevedeva un'aliquota differenziata per i settori bancario, finanziario e assicurativo.

La disciplina del tributo rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia tributaria prevista dall'art. 117[2], lett. e), Cost., di talché l'intervento regionale in materia è ammesso unicamente nei limiti previsti dalla legge dello Stato. Le scelte relative alla base imponibile e, in particolare, quelle dirette a ridurre il cosiddetto cuneo fiscale e, perciò, il costo del lavoro sono scelte strategiche riservate in quanto tali allo Stato[18].

Il sacrificio imposto alle regioni dovrebbe trovare pieno ristoro secondo quanto previsto dall'art. 2[2], lett. t), legge 42/2009 e dall'art. 11[1], d.lgs. 68/2011. Ma la completezza della compensazione deve tenere conto di una pluralità di fattori che non possono non essere valutati discrezionalmente. La Corte osserva che, in questo caso, la discrezionalità sarebbe stata esercitata in maniera ragionevole anche per effetto dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome del [20] luglio 2017[19]. Di conseguenza, «a fronte di una rilevante scelta di politica economica, quale quella compiuta con la riduzione del cosiddetto "cuneo fiscale", i cui effetti positivi dovrebbero interessare le regioni e i loro cittadini, non meno che lo Stato, una certa elasticità della compensazione appare giustificata, in una prospettiva finanziaria non angusta».

Il nodo del problema, perciò, è – ancora una volta – la dimostrazione di un pregiudizio effettivo determinato dall'aggravio degli oneri a carico della finanza di regioni ed enti locali per effetto della riduzione delle entrate o dell'aumento delle spese.

[18] Vale la pena ricordare che, nel tempo, si sono succeduti diversi interventi diretti a ridurre il costo del lavoro intervenendo sulla base imponibile IRAP: l'art. 11, d.lgs. 446/1997 ammette a deduzione i contributi per le assicurazioni obbligatorie contro gli infortuni sul lavoro e le spese relative agli apprendisti e al personale assunto con contratto di formazione lavoro. Ulteriori deduzioni sono state stabilite con l'art. 1[266], legge 296/2006 e con l'art. 1[20], legge 190/2014.

[19] In realtà, la Conferenza Stato / regioni si è pronunciata sullo schema di decreto ministeriale previsto dall'art. 24[4], d.l. 34/2020 nella sua adunanza del 20 luglio 2017 (e non in quella del 27 luglio, come erroneamente si legge nella sentenza della Corte). C'è da dire che l'argomento basato sulla intesa e sul fatto che per effetto della intesa la discrezionalità dello Stato in materia sarebbe stata esercitata ragionevolmente non convince moltissimo. L'art. 24[4], d.l. 34/2020 infatti non prevede alcuna intesa sulla quantificazione complessiva del ristoro dovuto alle regioni, ma unicamente sullo schema del decreto MEF che lo distribuisce fra le regioni e le province autonome. Di conseguenza, il fatto che vi sia una intesa sui criteri di ripartizione non significa affatto che vi sia anche una intesa sull'ammontare del ristoro. La regione Puglia può avere ritenuto ragionevole che la sua percentuale di ristoro fosse il consueto 8,15%, ma può non avere considerato altrettanto ragionevole il ristoro che per effetto di questa percentuale di riparto le era attribuito.

Per riuscire a dimostrare l'esistenza di questo pregiudizio si possono intraprendere due strategie[20].

Da una parte, è possibile che se le risorse assegnate alle regioni e agli enti locali devono essere sufficienti per l'esercizio delle funzioni di questi enti, ogni misura che riduce l'importo di queste risorse viola la norma costituzionale in materia di autonomia finanziaria posta dall'art. 119[4], Cost. ma anche la norma costituzionale in materia di esercizio delle funzioni amministrative posta dall'art. 118, Cost.

Dall'altra parte, è possibile sostenere che ogni norma che prevede minori entrate deve quantificare l'onere che deriva dalla sua applicazione e i mezzi per farvi fronte, secondo quanto previsto dall'art. 19, legge 169/2009.

Dinanzi a queste due alternative, la giurisprudenza costituzionale, che, in realtà, pare guidare i ricorsi regionali che utilizzano come doglianze il diritto vivente elaborato dalla Corte piuttosto che i parametri costituzionali considerati in purezza, ha sviluppato una dottrina dell'onere della prova assai stringente e per questo decisamente criticata[21].

Secondo questa giurisprudenza, la regione che contesta la violazione del principio della connessione fra risorse e funzioni deve dimostrare l'insufficienza delle risorse «sul piano di una valutazione qualitativa di adeguatezza rispetto a uno svolgimento normale delle competenze e non è sufficiente un semplice riscontro quantitativo dei dati contabili di due esercizi successivi»[22]. Ed è proprio sulla

[20] In questi termini, A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica al tempo della crisi*, cit. In generale, sul tema della connessione fra risorse e funzioni: F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; A. BRANCASI, *I due scrutini sul funzionamento dinamico del federalismo fiscale: autonomia finanziaria ed obbligo di copertura degli oneri posti a carico di altri enti del settore pubblico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2006, pp. 1425 ss.

[21] F. GUELLA, *L'onere della prova dell'insufficienza delle risorse regionali*, in *Le Regioni*, n. 2/2018, pp. 175 ss.

[22] F. GUELLA, *ivi*, in particolare p. 186. Per questo filone giurisprudenziale si possono citare Corte cost. 29/2018 (su cui, M. BASILAVECCHIA, *La rottamazione dei ruoli e i tributi regionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2018, p. 837; C. SCIANCALEPORE, *La legittimità costituzionale della definizione agevolata infligge un nuovo colpo al federalismo regionale*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 5/2018, p. 384): «La ricorrente, nel dedurre una ricaduta lesiva sullo svolgimento delle proprie attribuzioni e nell'invocare misure compensative, non ha fornito la prova del fatto che l'applicazione della norma impugnata determinerebbe una diminuzione del gettito dei tributi regionali, e in misura tale da comprometterne la funzionalità. Non è infatti indicata l'entità della perdita conseguente alla mancata riscossione delle sanzioni e manca la stessa stima del gettito tributario negli anni in questione, gettito che nella previsione dello Stato dovrebbe, al contrario, subire un aumento; né, a questo ultimo fine, può ritenersi sufficiente l'attestazione dei soli incassi da ruolo degli anni 2016 e 2017, prodotta in udienza» (punto

8 del Considerato in diritto).; 140/2017 (su cui R. DI MARIA, *La Regione siciliana davanti alla Corte: lo scrutinio "sistematico" di legittimità costituzionale e la "arte" di ricorrere e resistere in giudizio (brevi note a Corte cost. sent. n. 133 e n. 140/2017)*, in *Consulta Online – Studi*, 2, 2017). In questo caso, la Corte ha suddiviso il suo giudizio in due fasi. In primo luogo, ha rigettato l'eccezione di difetto di interesse proposta dalla difesa erariale: per avere interesse a contestare la riduzione del gettito riveniente da un tributo è sufficiente allegare l'esistenza di una lesione: «Secondo il resistente, sussisterebbe carenza di interesse della ricorrente ad ottenere la caducazione di tali disposizioni. Al contrario, non v'è dubbio, sul piano astratto, che le disposizioni impugnate possano produrre, seppur con decorrenza dall'anno 2017, una complessiva riduzione del gettito di determinati tributi erariali e ciò è sufficiente per riconoscere, nella prospettazione regionale, la potenzialità di un effetto lesivo di dette previsioni sul bilancio regionale, in ragione della compartecipazione al gettito controverso, inerente ad un tributo contemplato dalle previsioni statutarie» (punto 2.1 del considerato in diritto, ma vedi anche Corte cost. 241/2012). Nel merito, però, la lesione deve essere puntualmente provata: «la dimostrazione della lesività delle rimodulazioni delle entrate tributarie rimane a carico della Regione ricorrente. Quest'ultima deve fornirne prova in concreto, attraverso l'analisi globale delle componenti del proprio bilancio. Nel caso in esame, la ricorrente non ha dimostrato che la riduzione delle risorse fiscali introdotte dalla novella statale e la loro interrelazione con misure di contenimento della spesa abbiano gravemente pregiudicato lo svolgimento delle proprie funzioni» (punto 3 del considerato in diritto). Si può aggiungere Corte cost. 121/2013 (su cui G. RIVOSECCHI, *Profili di diritto tributario nel contenzioso Stato-regioni*, in *I.S.SI.R.FA*, luglio 2016, disponibile all'indirizzo www.issirfa.cnr.it): «La Regione, infatti, non ha fornito la prova del presupposto della censura, cioè del fatto che l'applicazione della norma impugnata determinerebbe una diminuzione del gettito dei tributi regionali «derivati» (e delle addizionali regionali su tributi erariali), in misura tale da compromettere lo svolgimento delle sue funzioni. - La ricorrente, in particolare, non ha dimostrato che la riscossione dei suddetti crediti tributari regionali di importo compreso tra euro 16,53 (già inesigibili in base alla previgente normativa) ed euro 30,00 (soglia introdotta dalla disposizione impugnata) non sarebbe antieconomica per l'entità dei costi di riscossione coattiva o spontanea. È appena il caso di osservare, a titolo esemplificativo, che la ricorrente non ha indicato né l'entità e le caratteristiche del gettito di ciascun tributo, in una con la dinamica delle sanzioni e con riferimento alla dedotta impossibilità di superare la soglia della franchigia; né la peculiarità delle fasi di accertamento e liquidazione dei vari tributi, con particolare riguardo ai costi di accertamento e di controllo; né la serie storica delle percentuali degli esiti negativi delle procedure di riscossione in relazione ad ogni prelievo fiscale regionale. Ciò implica che non risulta provato dalla difesa della Regione né l'an né il quantum della riduzione del gettito, restando, così, indimostrato l'assunto della ricorrente circa l'incidenza negativa della riduzione del gettito sugli equilibri della finanza della Regione Veneto e sull'esercizio delle funzioni regionali». Un caso particolare è stato deciso con Corte cost. 97/2013 (su cui M. GREGGI, *La Corte costituzionale alle prese con l'intricato diritto tributario nella regione Sicilia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2013, p. 628): la Regione Sicilia dubitava della legittimità costituzionale del comma 10 dell'art. 4, del decreto-legge n. 16 del 2012 che aveva ridotto alcune entrate regionali, senza tenere

modalità con cui la regione può soddisfare l'onere della prova richiesto dal principio della connessione fra risorse e funzioni che interviene Corte cost. 155/2020.

5. L'inadempiente ristorato: 155/2020

Corte cost. 155/2020 interviene su di una materia decisamente intricata: il rinnovo delle concessioni di grande derivazione idroelettrica scadute e non più rinnovabili per effetto di quanto previsto dall'art. 12, d.lgs. 79/1999[23].

Com'è noto, l'art. 12, d.lgs. 79/1999 si inserisce nel quadro del processo di liberalizzazione dell'energia elettrica e, fra le altre cose, ha previsto che le concessioni idroelettriche, riservate all'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica dalla legge 1643/1962, venissero dapprima prorogate per legge e successivamente messe a gara. Mentre l'efficacia della proroga è stata via via ulteriormente prolungata, le gare non sono mai state bandite a livello nazionale e, da ultimo, si è previsto (art. 11 quater, d.l. 135/2018) che la proprietà delle opere di presa fosse trasferita alle regioni e che le stesse regioni dovessero provvedere alle gare per la gestione di questi impianti.

Sempre l'art. 12, d.lgs. 79/1999, come modificato dall'art. 11 quater, d.l. 135/2018, ha previsto al comma 1 quinquies che i concessionari siano obbligati al pagamento di un canone determinato in sostanza in funzione della quantità di risorsa assegnata agli stessi e delle utilità che i concessionari ne possono ricavare, nonché, una volta scaduta la concessione, un canone aggiuntivo (comma 1 septies)[24].

---

conto del comma 11 della stessa disposizione che riduceva di un ammontare corrispondete alle minori entrate il contributo dovuto dal sistema delle autonomie regionali a statuto speciale agli obiettivi di finanza pubblica.

[23] Su cui vedi, almeno: N. BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Giappichelli, Torino, I, 2014, p. 36; P. GETI, *Le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, in *Osservatorio legislativo interregionale*, 2010; M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni idroelettriche: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi.it*, n. 24/2013.

[24] Con timidezza di nota, si osserva che appare assai strano consentire alle regioni di lucrare un canone aggiuntivo per effetto del ritardo che le stesse regioni hanno maturato nella elaborazione delle norme necessarie per portare a gara le concessioni di grande derivazione scadute, a oramai più di venti anni dalla entrata in vigore del cd. Bersani in materia di liberalizzazione del mercato elettrico, anche perché non vi è alcuna ricchezza nel mantenere in efficienza una concessione quando non si sa se questa concessione potrà essere ancora esercitata nel futuro e, anzi, si può ragionevolmente temere che altri avrà ad avvantaggiarsene.

Tanto il comma 1 quinquies che il comma 1 septies dell'art. 12, d.lgs. 79/1999, così come modificato, prevedevano che una quota pari almeno al sessanta per cento del canone e del canone aggiuntivo fossero destinati alle province e alle città metropolitane il cui territorio è interessato dalla concessione di grande derivazione[25]. In altre parole, le regioni erano, per effetto della complessa disciplina in materia idroelettrica, divenute titolari dei beni oggetto delle concessioni, ma i frutti rivenienti dalla valorizzazione di questi beni per mezzo della loro concessione (e i maggiori frutti derivanti dall'inerzia nel bandire le procedure ad evidenza pubblica necessarie per l'adempimento degli obblighi di matrice eurounitaria cui il d.lgs. 79/1999 intendeva fare fronte) venivano assegnati alle province.

Per la Corte costituzionale, lo Stato non può stabilire la percentuale dei canoni e dei canoni aggiuntivi che le regioni devono versare alle province allo scopo di coprire le funzioni loro assegnate. La decisione circa l'ammontare dei canoni e dei canoni aggiuntivi riguarda la materia, di legislazione concorrente, relativa alla produzione, distribuzione e trasporto dell'energia elettrica. I principi fondamentali di questa materia riguardano l'onerosità della concessione e la proporzionalità del canone rispetto alla risorsa assegnata e all'utilità che il concessionario ne ricava. Viene in gioco, anche in questo caso, la tutela della concorrenza ma questa ha per oggetto solo la misura massima del canone e non la sua ripartizione[26].

Se tutto questo riguarda il corretto riparto delle competenze fra lo Stato e le regioni in una materia di legislazione concorrente, la Corte, però, riscontra anche la lesione degli artt. 118 e 119, Cost., e quindi del principio di connessione fra risorse e funzioni che nasce dal combinato disposto di queste norme costituzionali, «posto che dall'applicazione delle norme impugnate risulterebbero più che

[25] È evidente una certa assonanza con quanto previsto a favore dei consorzi fra i comuni del bacino imbrifero dall'art. 1[8], legge 959/1953 e dall'art. 53, r.d. 1775/1933, assonanza che viene seccamente smentita dalla Corte, perché questi ultimi contributi sarebbero chiaramente destinati al progresso economico e sociale delle popolazioni sulle quali impatta la grande derivazione, mentre i canoni e i canoni aggiuntivi rappresentano la remunerazione dovuta per effetto della risorsa pubblica utilizzata. Sul punto, vedi Corte cost. 533/2002: S. ILLARI, *La Corte costituzionale in equilibrio tra continuità e discontinuità nell'opera di adeguamento dell'ordinamento alla riforma del Titolo V*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2002, p. 4399; C. PADULA, *La problematica legittimazione delle Regioni ad agire a tutela della propria posizione di enti esponenziali*, in *Le Regioni,* n. 4/2003; D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, n. 2/2013; M. ROSINI, *La funzione legislativa delle Regioni speciali e il suo "adeguamento automatico" all'art. 117 Cost. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2010.

[26] Sul punto vedi Corte cost. 59/2017; 158/2016 (C. MAINARDIS, *Canoni idroelettrici e riparto di competenze: l'inerzia statale non (sempre) paralizza l'attività regionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017); 28/2014, cui *adde* Corte cost. 383/2005 e 1/2008.

dimezzati gli introiti derivanti dalle concessioni in esame, ciò che rende credibile il lamentato pregiudizio per il pieno e corretto esercizio delle funzioni amministrative regionali in materia […] In queste condizioni, sono in effetti a rischio la corretta ripartizione delle risorse, la necessaria corrispondenza fra queste ultime e le relative funzioni amministrative e, in ultimo, la garanzia del buon andamento dei servizi con quelle risorse finanziati». Se, infatti, l'autonomia finanziaria costituzionalmente attribuita alle regioni non comporta una rigida garanzia quantitativa e le risorse disponibili possono subire modifiche, tuttavia tali riduzioni non devono rendere difficile o addirittura impossibile l'esercizio delle funzioni amministrative delle regioni[27].

Il vero nodo, però, è un altro: il fatto che canoni e canoni aggiuntivi siano determinati dagli atti di concessione sulla base della legislazione statale e delle successive leggi regionali, per effetto di parametri matematici, ha reso possibile alla regione ricorrente calcolare con precisione il costo dell'applicazione delle norme impugnate a carico del bilancio regionale, soddisfacendo perciò quanto richiesto dalla giurisprudenza che si è richiamata in punto di onere della prova con riferimento al principio della connessione fra risorse e funzioni[28].

Quello che non era riuscito né con riferimento alla impugnazione degli stravaganti commi 833, 835 e 841 della legge 145/2018, né con riferimento all'azione di reintegro del minor gettito IRAP nel caso deciso con Corte cost. 76/2020 è riuscito nel caso deciso da Corte cost. 155/2020 perché la regione ricorrente ha potuto individuare con esattezza il minor gettito che le sarebbe derivato per effetto dell'applicazione delle norme impugnate[29].

Ma davvero è sufficiente quantificare il minor introito per lamentare la violazione del principio di connessione fra risorse e funzioni?

C'è in questa sentenza e nel suo collegamento con il precedente di cui a Corte cost. 76/2020, ma anche con gli altri precedenti richiamati dalla Corte, un suono

[27] Sul punto è forte il richiamo da parte della Corte al precedente rappresentato da Corte cost. 83/2019, più volte richiamata nel testo e in nota.

[28] La Corte richiama 83/2019, 5/2018, 192/2017, 249 e 125/2015.

[29] Che il problema sia la esatta quantificazione delle minori risorse è stato sottolineato anche da Corte cost. 29/2018, in materia di rottamazione dei ruoli, che pare essere stato il precedente seguito dalla regione Toscana per impostare il ricorso di Corte cost. 155/2020: «La ricorrente, nel dedurre una ricaduta lesiva sullo svolgimento delle proprie attribuzioni e nell'invocare misure compensative, non ha fornito la prova del fatto che l'applicazione della norma impugnata determinerebbe una diminuzione del gettito dei tributi regionali, e in misura tale da comprometterne la funzionalità. Non è infatti indicata l'entità della perdita conseguente alla mancata riscossione delle sanzioni e manca la stessa stima del gettito tributario negli anni in questione, gettito che nella previsione dello Stato dovrebbe, al contrario, subire un aumento; né, a questo ultimo fine, può ritenersi sufficiente l'attestazione dei soli incassi da ruolo degli anni 2016 e 2017, prodotta in udienza».

sordo. Il problema non può essere soltanto la quantificazione delle minori entrate. Il problema deve essere l'effetto che le minori entrate hanno sulla finanza regionale.

La consapevolezza contabile delle minori entrate che derivano dalla scelta normativa contestata dall'autonomia finanziaria regionale, infatti, significa solo che la ricorrente si rende conto delle minori somme che ha a disposizione per il proprio bilancio, ma non vale anche a significare queste minori entrate determinano la impossibilità di adempiere alle funzioni affidate alle regioni: la regione deve dimostrare, in altre parole, che la rimodulazione delle entrate tributarie lede gli equilibri del bilancio regionale, operando un raffronto fra le risorse effettivamente disponibili e il fabbisogno di copertura, con una base quantitativa documentata e adeguata sul piano temporale[30].

Corte cost. 155/2020 risolve il problema probatorio che ha determinato, fra le altre cose, il rigetto dell'impugnativa regionale nel caso deciso da Corte cost. 76/2020, ma la scelta della Corte può essere considerata in dissonanza dalla più rigorosa giurisprudenza che si è citata e non soddisfacente sul piano logico.

Se la lesione che deve essere dimostrata ha per oggetto il principio di corrispondenza fra risorse e funzioni, allora, non basta quantificare le risorse, il lato attivo del problema, ma si deve quantificare con altrettanta esattezza contabile e finanziaria, anche il fabbisogno, il lato passivo del problema, all'interno della complessiva manovra di bilancio.

[30] È lo schema logico seguito da Corte cost. 140/2017: «Posto che lo statuto speciale non assicura alla Regione Siciliana una garanzia quantitativa di entrate e che lo Stato - nel modificare, diminuire o persino sopprimere i tributi erariali - esercita legittimamente una propria prerogativa esclusiva, come tale esente dalle procedure di leale collaborazione, la dimostrazione che le rimodulazioni delle entrate tributarie ledono gli equilibri del bilancio regionale rimane a carico della Regione ricorrente, e va operata attraverso un raffronto complessivo, su base quantitativa e temporalmente adeguata, tra le risorse disponibili e il fabbisogno di copertura delle passività, che vanno in scadenza nei pertinenti esercizi. Nel caso in esame, la ricorrente non ha dimostrato, come era suo onere, che la riduzione del gettito di un singolo tributo e la sua interrelazione con misure di contenimento della spesa abbiano inciso sull'equilibrio complessivo del bilancio regionale e, quindi, pregiudicato gravemente lo svolgimento delle funzioni della Regione; né a tal fine sono sufficienti le osservazioni contenute nella pronuncia della Corte dei conti, sezioni riunite in sede di giudizio di parifica del rendiconto della Regione Siciliana per l'esercizio finanziario 2014, in quanto tale atto si riferisce a un periodo temporale antecedente all'entrata in vigore delle disposizioni impugnate (2017) e, per di più, riguarda il differente tema della gestione degli accantonamenti da parte dello Stato».

Si deve ricordare che questo esercizio era riuscito alla regione Veneto nel caso deciso da Corte cost. 188/2016.

Questo esercizio, tuttavia, è diabolico[31] e, non a caso, è riuscito davvero in pochissimi casi, sicché ci si deve chiedere se questo percorso argomentativo, tutto fondato sulla ragionevolezza delle scelte di bilancio operate dalla ricorrente, sia corretto o se, invece, il problema stia nel modo in cui si viene a determinare la lesione, nel modo con cui si decide delle minori entrate.

6. Il nodo è la centralità del Parlamento nella decisione di bilancio e nel principio di coordinamento fra risorse e funzioni

In generale, le scelte di bilancio hanno una sostanza politica indiscutibile: sono scelte che non riguardano numeri ma che hanno per oggetto i diritti che da quei numeri dipendono[32].

[31] Parla di prova diabolica, G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata fra funzioni e risorse. Un mite tentativo di quadratura del cerchio fra bilancio, diritti e autonomie*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, in particolare p. 341, il quale ricorda che «anche dopo aver trovato più stabile ancoraggio all'art. 119, co. 4 Cost. in seguito all'entrata in vigore della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 un siffatto principio, sviluppatosi sino ad allora specialmente negli ordinamenti federali12, continuava a sembrare difficilmente giustiziabile in sede di controllo di legittimità costituzionale sulle leggi, stante una particolare concezione delle decisioni di spesa e, più in generale, di bilancio, tradizionalmente con- notate da un ampio margine di discrezionalità del legislatore. Più nello specifico, la Corte costituzionale partiva dal presupposto che non ogni decurtazione di risorse degli enti territoriali da parte dello Stato dovesse essere accompagnata da misure compensative, a meno che esse non fossero necessitate dall'esistenza di clausole di neutralità finanziaria. La contrazione di risorse poteva, infatti, essere pur sempre compensata dagli stessi enti destinatari di trasferimenti o compartecipazioni al gettito, i quali, secondo una interpretazione asfittica anche del nuovo art. 119 Cost., godevano dell'autonomia per rimodulare o riallocare le spese nella loro sfera contabile. Sicché, soltanto nella misura in cui tale rimodulazione non fosse in alcun modo possibile, vuoi perché la riduzione concerneva fondi vincolati, vuoi perché avveniva in corso d'esercizio finanziario (sentt. nn. 128/1993, 116/1991), determinando uno squilibrio incompatibile con le esigenze complessive della spesa regionale, *rectius* una «grave alterazione del rapporto tra i complessivi bisogni regionali e i mezzi per farvi fronte» (sentt. nn. 370 e 123/1993, 123/1992, 381/1990, 307/1983), sarebbe stato possibile per gli enti territoriali censurare la violazione del principio di connessione dinanzi alla Corte».

[32] È l'impostazione di Corte cost. 275/2016, in cui si discuteva, come oramai si sa, di una legge regionale abruzzese in cui il trasporto a scuola degli alunni disabili veniva finanziato nei limiti delle disponibilità di bilancio. In quel caso, la Corte ha affermato con nettezza: «la fruizione del servizio di assistenza e trasporto dello studente disabile - ascrivibile al nucleo indefettibile di garanzie per l'effettività del medesimo diritto - venga a dipendere da scelte finanziarie che la Regione può compiere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio si intende sorreggere […] il concetto di equilibrio del bilancio va

Questo vale sia per il bilancio regionale che per quello statale e, in particolare, anche con riferimento agli stanziamenti dello stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze che sono destinati a finanziare il fabbisogno regionale.

Lo Stato esercita sicuramente una prerogativa esclusiva nel modificare, diminuire o persino sopprimere i tributi erariali, ma questa prerogativa non può non tenere conto del fabbisogno regionale. Vi è fra le categorie del "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" (art. 117, comma 3) e del "sistema tributario e contabile dello Stato" (art. 117, comma 2, lett. e) un collegamento indissolubile.

Questo collegamento, per la Corte, si svela nell'esistenza di un pregiudizio serio ed effettivo del principio di corrispondenza fra risorse e funzioni e, perciò, nel momento patologico del rapporto, quando la regione è costretta a evocare la Corte per tutelare il fabbisogno delle proprie funzioni e viene, perciò, onerata di una prova diabolica, che è assai semplificata dal tessuto argomentativo di Corte cost. 155/2020, ma non senza una certa discontinuità rispetto a un consolidato percorso giurisprudenziale.

Sul piano sostanziale, si è sostenuto che il principio di corrispondenza fra risorse e funzioni debba essere valutato secondo ragionevolezza, portando sullo stesso piano la posizione processuale dello Stato e delle regioni: come la regione deve dimostrare l'insufficienza delle risorse, così lo Stato deve dimostrare che la riduzione delle entrate era effettivamente necessaria per consentire il raggiungimento degli obiettivi di bilancio imposti a livello eurounitario e che nello stesso tempo il sacrificio imposto alle regioni era il minor sacrificio che in quella situazione poteva essere arrecato[33].

---

correttamente inteso nel senso che è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni per realizzarlo […] La legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa non costituiscono una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale. Le scelte allocative di risorse determinate attraverso i semplici dati numerici contenuti nelle leggi di bilancio e nei relativi allegati sono suscettibili di sindacato in quanto rientranti nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento della Corte costituzionale. (Precedenti citati: sentenze n. 10 del 2016 e n. 260 del 1990)».

[33] In questi termini, F. GUELLA, *L'onere della prova della insufficienza delle risorse regionali*, cit., in particolare pp. 207-208: «Più corretto sarebbe effettuare anche in queste ipotesi una valutazione della proporzionalità in sé considerata, in termini di stretta necessarietà della redistribuzione che deriva dalle riforme tributarie; test di proporzionalità

Si tratta di sposare una visione sostanziale e forte del principio di pareggio di bilancio, letto come disposizione che impone non solo di trovare una copertura per le spese ma anche di analizzare gli oneri che derivano dall'applicazione delle leggi in un quadro pluriennale[34].

Il nodo, in questa ottica, diventa un giudizio forte sul fabbisogno generato dalle funzioni, un giudizio in cui ciò che conta non può essere la valutazione in concreto del fabbisogno, non può essere l'emersione di un sindacato costituzionale di merito sulle scelte di bilancio, ma deve essere la verifica che il principio di corrispondenza fra risorse e fabbisogno sia stato preso sul serio all'interno del bilancio dello Stato.

Una visione in cui non trovi alcuno spazio il paradosso di Corte cost. 155/2020 in cui è stata individuata una lesione al principio di corrispondenza fra fabbisogno e risorse solo perché era indicata con chiarezza la risorsa sottratta al bilancio regionale ma senza nessuna considerazione per il fabbisogno che questa risorsa avrebbe dovuto soddisfare.

Superare il paradosso significa prendere sul serio la geografia finanziaria della Repubblica che non può prescindere da livelli essenziali e funzioni fondamentali a loro volta presi sul serio, ovvero considerati come vincoli "*bottom – up*" e non "*top – down*".

I livelli essenziali di prestazione e delle funzioni fondamentali potrebbero andare in questa direzione per effetto dei meccanismi delineati dal d.lgs. 216/2010 e dal d.lgs. 68/2011.

Questi meccanismi, infatti, consentono di determinare il fabbisogno connesso a una determinata funzione[35] e, perciò, possono consentire di adempiere alle

che non farebbe gravare l'onere probatorio inevitabilmente su una sola delle parti ma, come tipico anche del giudizio di ragionevolezza, incentiverebbe invece in modo aperto all'allegazione degli argomenti logici a favore della norma tributaria e degli elementi sintomatici della irragionevolezza dell'effetto redistributivo87. Ciò a iniziativa di entrambe le parti, perché nel giudizio di ragionevolezza/proporzionalità è il prudente apprezzamento del giudice che determina l'esito del test, sulla base di una valutazione complessiva e sintomatica, senza incontrare vincoli stretti nelle regole probatorie». L'impostazione incontra una seria critica in chi ha sostenuto che giudicare di ragionevolezza con riferimento al principio di copertura o di adeguatezza della risorsa rispetto al fabbisogno rischia di oltrepassare il limite di cui all'art. 28, legge 87/1953: A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 262.

[34] Vedi N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *Quando l'equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2012, pp. 1071 ss. nonché A. BRANCASI, *L'obbligo di copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2012, pp. 1685 ss.

[35] A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica al tempo della crisi*, cit., parla a questo proposito di calcoli che utilizzano metodologie di regressione multipla lineare e che

obbligazioni rivenienti dalla regola espressa dall'art. 19, legge 196/2009: se la legge prevede una spesa o una minore entrata deve comunque indicare i mezzi per farvi fronte e i mezzi per farvi fronte possono essere determinati per effetto dei fabbisogni standard.

Un tanto, in apparenza, determina l'inversione dell'onere della prova: non è più la regione che deve dimostrare l'esistenza di un pregiudizio per effetto del taglio ma lo Stato che deve dimostrare che il taglio non arreca pregiudizio perché trova una copertura ai sensi dell'art. 19, legge 196/2009.

Questo meccanismo[36], tuttavia, ha, sul piano della giustizia costituzionale, un senso solo sul piano formale: la Corte non può ripercorrere nel merito il percorso politico della decisione di bilancio, può solo verificare che in questo percorso le autonomie costituzionalmente garantite dall'art. 119, Cost. in combinato disposto con l'art. 118, Cost. siano state adeguatamente valorizzate, che il processo di deframmentazione della sovranità sia stato sviluppato in termini formalmente corretti.

In questo processo, ciò che dovrebbe essere valorizzato è essenzialmente il valore politico della decisione di bilancio e la centralità del Parlamento in questa decisione ed è qui che il sistema registra le maggiori criticità.

Da una parte, la definizione dei fabbisogni standard è una decisione a carattere essenzialmente tecnico piuttosto che politico, affidata alla Società per gli studi di settore – Sose S.p.A.[37] e affatto sganciata dal processo di bilancio.

Dall'altra parte, la decisione di bilancio[38] è una decisione da cui il Parlamento è sostanzialmente estromesso per effetto della prassi del maxi emendamento, ma più ancora di una lettura regolamentare del processo affatto inadeguata alle novità imposte dalla legge cost. 1/2012. È forse il luogo in cui la flessibile autonomia regolamentare delle Camere ha più stentato, anche dopo la riforma del regolamento del Senato del 2017, ad adeguarsi alla realtà politica.

Prendere sul serio la geografia finanziaria della Repubblica significa leggerla – e renderla leggibile – attraverso il processo di bilancio e rendere protagonista il Parlamento di questa decisione.

---

scompongono ciascuna funzione in molteplici servizi e per ciascuno di essi determinano il valore monetario del fabbisogno standard di ciascun ente.

[36] Vedi per considerazioni analoghe, G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata fra funzioni e risorse*, cit., se non si è interpretato male il pensiero dell'Autore.

[37] Si veda, in concreto, il d.P.C.M. 18 aprile 2019.

[38] Volendo, G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019. Disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it, anche per la bibliografia sulla crisi della centralità parlamentare nella decisione di bilancio.

In questo modo, il principio di corrispondenza fra il fabbisogno e le risorse può trovare un ancoraggio saldo nella discussione parlamentare e la Corte può evitare sia di chiedere l'assolvimento di un onere diabolico alle regioni sia di considerare questo onere assolto nel momento in cui la regione si sia limitata a quantificare con esattezza contabile l'ammontare della decurtazione che ha subito.

Se è vero che la regola di cui all'art. 19, legge 196/2009 impone allo Stato di trovare le coperture ai tagli che impone, è anche vero che la discussione sulle coperture è una decisione politica che si deve interrogare sulla sufficienza delle stesse con riferimento al rispetto dei livelli essenziali e all'esercizio delle funzioni fondamentali.

C'è, in definitiva, un collegamento significativo fra Corte cost. 76/2020 e 155/2020, il collegamento dato dalla necessità di provare l'effettivo pregiudizio determinato per il fabbisogno dalla riduzione della risorsa, ma il vero problema non è questo.

È solo la centralità del Parlamento per il coordinamento della finanza pubblica che può riportare il principio di corrispondenza fra risorse e fabbisogno nell'alveo della funzione di indirizzo politico, che, come si è accennato, è la sua necessaria giustificazione.

Perché il principio di corrispondenza fra risorse e fabbisogno, in fondo, non è una regola aritmetica, è un sacrificio che si può giustificare solo all'interno di un indirizzo politico chiaro e il luogo dell'indirizzo politico nel tessuto costituzionale è il Parlamento.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Recensione a Tanja Cerruti, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli (Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Torino), 2020, pp. XI-483

QUIRINO CAMERLENGO*

Indice disponibile all'indirizzo:
www.collane.unito.it/oa/items/show/64#?c=0&m=0&s=0&cv=0.

Data della pubblicazione sul sito: 5 marzo 2021

Suggerimento di citazione
Q. CAMERLENGO, Recensione a Tanja Cerruti, Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale, *Edizioni scientifiche italiane, Napoli (Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Torino), 2020, pp. XI-483*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Pavia. Indirizzo mail: quirino.camerlengo@unipv.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Un tema che, nella scienza costituzionalistica, ancora oggi suscita dibattiti e alimenta differenti punti di vista è senza dubbio quello dell'indirizzo politico. Da Mortati a Crisafulli, da Mannino a Cheli, da Dogliani a Ciarlo, ci si è cimentati nell'ostica impresa di cogliere l'essenza di un concetto quasi inafferrabile ma che, evidentemente, ha esercitato, usando le parole di Andrea Morrone, un indiscutibile fascino. La ragione non solo è nota, ma è ancor prima intuibile. Una attività o una funzione di indirizzo politico mette in discussione il rigore geometrico della classica tripartizione dei poteri in quanto si ipotizza che le istituzioni apicali siano provviste di strumenti idonei a impegnare o condizionare innanzitutto l'attività legislativa per il conseguimento di determinati obiettivi o per assecondare determinate linee o direttive che un tempo avremmo definite ideologiche.

L'indirizzo politico riattiva il controverso rapporto tra diritto e politica, vale a dire tra il compimento di atti che rientrano nell'orbita tracciata dalle norme giuridiche e la complessa e mutevole opera di ponderazione e valutazione degli interessi generali posta in essere dagli attori politici. L'indirizzo politico si limita a guidare la complessiva azione di governo lasciando agli elettori il compito di misurarne la bontà e l'efficienza oppure crea vincoli rilevanti dal punto di vista giuridico-istituzionale? L'indirizzo politico è rilevante solo sul versante dei concreti rapporti di forza tra i vari soggetti che animano la scena politica oppure esprime una qualche posizione di primazia rispetto a tutti gli altri poteri dello Stato?

A questo dilemma si abbinano altri interrogativi relativi soprattutto ai "luoghi" dell'indirizzo politico e alle sue modalità di espressione.

Ha colto quindi nel segno ancora una volta Morrone quando scrive che «l'indirizzo politico, funzionale al governo di una comunità politica, rileva se ed in quanto attività o funzione *fondata*. La problematica italiana dell'indirizzo politico è, infatti, quella della sua *necessaria* fondazione. Non importa tanto quale sia il *quid* di questo fondamento (il partito o i partiti politici, gli interessi dello Stato, la Costituzione): quel che conta, e fa la differenza, è proprio il fatto che se di indirizzo politico si deve parlare, questa attività *non può che essere fondata* e, in quanto fondata su un archetipo, essa *non può che essere prescrittiva*, nei confronti di tutti gli organi costituzionali» (A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2018, p. 8).

Ad ogni buon conto, si potrebbe quanto meno riconoscere che l'indirizzo politico trasmette, nei contesti della democrazia rappresentativa, alle variegate manifestazioni di potere una specifica connotazione politica, così che una legge non sia semplicemente una fonte del diritto chiamata ad inverare i princìpi costituzionali, ma sia un atto che riflette una posizione ed una visione di parte su questioni di ordine generale che richiedono una certa disciplina normativa. Insomma, l'indirizzo politico rappresenta in qualche modo la rivincita della

politica rispetto alla pretesa del diritto, e in particolare quello costituzionale, di imbrigliare, per razionalizzare, le relazioni tra quelli che Giuseppe Ugo Rescigno definì i «reali soggetti del diritto costituzionale», vale a dire gli attori politici (G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 4 ss.).

L'indirizzo politico è una creatura misteriosa anche perché riesce a manifestarsi in una proiezione multidimensionale. Oltre all'indirizzo politico statale, si parla anche di indirizzo politico europeo per designare il complesso di fini e di lineamenti generali che affiorano dalla costante dialettica tra le istituzioni dell'Unione, a cominciare proprio da quel Consiglio europeo che indirizza all'Unione «gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici e le priorità politiche generali» (E. CATELANI, *Poteri ed organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia Editrice Pisana, Pisa, 2017). Per smorzare l'ontologica attitudine "faziosa" dell'indirizzo politico della maggioranza alcune voci autorevoli hanno concepito la teoria dell'indirizzo politico costituzionale che recepisce «i fini costituzionali permanenti» (P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1958, p. 308).

In questa struttura multidimensionale trova spazio anche l'indirizzo politico regionale, quale elemento costitutivo essenziale dell'autonomia politica riconosciuta, sin dall'art. 5 della Costituzione, alle Regioni. Come ha teorizzato Martines, l'autonomia politica è proprio la capacità della Regione di soddisfare gli interessi della comunità territoriale di cui essa è ente esponenziale secondo un proprio indirizzo politico, in ipotesi anche diverso da quello dello Stato (T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, Vol. XXI, p. 135).

Ebbene, è proprio su questo segmento della struttura multidimensionale dell'indirizzo politico che si sviluppa l'articolata e corposa analisi di Tanja Cerruti nel suo ultimo libro intitolato appunto *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*.

L'Autrice dimostra sin dall'inizio del suo lavoro monografico piena consapevolezza delle ragioni profonde sottese al riconoscimento dell'autonomia politica: non solo una più efficiente e mirata cura degli interessi territoriali, ma anche – e soprattutto – un secondo ordine di ragioni, «ad un tempo democratico e garantista, [che] vede nelle Regioni un canale ulteriore di espressione della volontà popolare, di arricchimento della natura rappresentativa del sistema e dell'introduzione in esso di forme di limitazione verticale del potere, in un'ottica di tutela da derive centralistico-autoritarie» (pag. 1). L'autonomia non avrebbe senso, quale condizione qualitativamente distinta dal mero decentramento amministrativo, se la Regione, retta da istituzioni scelte secondo le modalità proprie della democrazia rappresentativa, non disponesse della capacità di orientare i propri processi decisionali secondo indirizzi, obiettivi, assetti definiti in

quel contesto sociale, attraverso il confronto dialettico tra i vari attori politici quivi operanti (v. ancora T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, pp. 100 ss.).

Su questa premessa l'Autrice sviluppa la propria analisi articolandola in due parti. La prima ricostruisce, secondo uno sviluppo diacronico, la storia del regionalismo italiano, a partire dal primo ventennio delle Regioni ordinarie. La seconda prende in esame l'ambito generale dei diritti sociali, soffermando l'attenzione sull'istruzione e sull'assistenza sociale. La ricognizione del copiosissimo materiale normativo e giurisprudenziale consente al lettore di avere un quadro esaustivo e, nel contempo, accessibile in quanto razionalmente strutturato. Cinquant'anni di storia istituzionale rappresentano un arco temporale di difficile decifrazione, rendendo problematica ogni opera di sistematizzazione che non si esaurisca in un mero approccio compilativo. La maestria di Tanja Cerruti ha avuto modo di esprimersi in modo esemplare: lungi dal farsi travolgere dalla mole di dati, informazioni, riflessioni dottrinali, sviluppi legislativi spesso caotici e disorganici, la trattazione segue un filo coerente e metodologicamente ineccepibile, dove il fine perseguito dall'Autrice risulta sempre chiaro.

Invero, l'interrogativo che, come riconosce la stessa Autrice (p. 429), ha animato questa disamina è il seguente: le decisioni assunte in ambito regionale, specialmente nel campo dei *welfare rights*, riflettono davvero un indirizzo politico distinto da quello statale? Possono, cioè, considerarsi espressione di una reale volontà delle istituzioni regionali di definire una dimensione politica propria entro cui calare i vari processi decisionali?

Il bilancio di questi decenni di esperienza di regionalismo non è del tutto positivo in termini di definizione ed inveramento di uno specifico indirizzo politico regionale idoneo ad assecondare le istanze sollevate dalle rispettive comunità territoriali. La stessa Costituzione, pur consacrando il principio autonomistico tra i pilastri dell'ordinamento, reca al proprio interno, nonostante le revisioni del 1999 e del 2001, elementi che, com'era prevedibile, hanno frenato le dinamiche dell'indirizzo politico regionale. Si pensi alla potestà legislativa concorrente: i princìpi fondamentali hanno operato come cinghia di trasmissione dell'indirizzo politico statale sulle scelte operate dai legislatori regionali, i cui margini di manovra, innanzitutto sul piano della definizione di obiettivi politici davvero genuini e specifici, si sono rivelati oltremodo angusti e risicati. L'attrazione in sussidiarietà e i compiti trasversali, che come ha finemente notato Tanja Cerruti non hanno fatto «realmente rimpiangere l'espunzione dell'interesse nazionale dal testo costituzionale» (p. 430), non hanno fatto altro che erodere cospicui spazi alla compiuta espressione delle scelte politiche regionali. Dal canto suo, la revisione dell'art. 118 non ha impedito alle Regioni di perseverare nel proprio ruolo di amministrazione attiva, più che di luogo di coordinamento e programmazione rispetto agli enti locali, così rafforzando o mantenendo in vita l'equivoca

percezione delle Regioni come soggetti preposti alla cura concreta degli interessi generali, e non come enti politicamente esponenziali delle rispettive comunità. Il difficile cammino dell'autonomia finanziaria ha inciso non poco sulle potenzialità dell'indirizzo politico regionale, visto che senza adeguate e mirate risorse anche la definizione di propri obiettivi programmatici rischia di essere compromessa. Senza trascurare, infine, i tanti limiti e vincoli che hanno ridimensionato la nuova stagione statutaria, specie in punto di forma di governo, con ripercussioni significative sull'attività di indirizzo politico che, com'è noto, risente delle opzioni poste in essere sul piano dell'assetto istituzionale e sul versante dei rapporti tra gli organi apicali della Regione.

Questa sensazione di disincanto, se non di vera e propria rassegnazione, è stata in qualche misura mitigata dall'analisi dei due contesti in cui le Regioni hanno potuto esprimere la propria autonomia in modo sufficientemente articolato e, talora, inedito: istruzione e assistenza sociale. Infatti, l'Autrice osserva che «sin dal primo ventennio le Regioni ordinarie hanno (…) lasciato il segno della loro presenza, rendendosi protagoniste dell'elaborazione di soluzioni originali, talvolta successivamente esportate a livello statale e costituendo un canale di espressione, pur non sempre ascoltato, della volontà popolare che emergeva nel loro territorio» (p. 430).

Certo, si tratta di una constatazione non generalizzabile, essendosi rivelato estremamente variegato il repertorio di azioni e interventi legislativi e amministrativi nelle diverse Regioni: «talvolta le soluzioni proposte denotano originalità e rispecchiano il sentire della comunità che esprimono o, almeno, della sua classe politica del momento, talaltra le decisioni costituiscono soprattutto il frutto dell'adesione alla normativa statale o dell'emulazione di quella di altri enti; in alcune realtà poi i precetti normativi sono stati attuati con una certa sollecitudine, mentre in altre sono rimasti con maggior frequenza privi di un seguito» (p. 423). Forse è proprio questa la qualità del decentramento politico: non Regioni allineate che, secondo una malintesa percezione dell'eguaglianza, si muovono compatte adottando soluzioni uniformi, ma istituzioni che, in una dimensione in qualche misura competitiva, si prodigano nella ricerca delle misure più congeniali rispetto alle effettive esigenze emerse nei vari contesti territoriali, così da fornire anche modelli di riferimento cui altre Regioni e persino lo Stato possano ispirarsi per migliorare i rispettivi approcci.

Il merito dell'analisi condotta da Tanja Cerruti è stato proprio questo: tradurre le elaborazioni teoriche in analisi concrete. In altri termini, verificare la tenuta di concetti e istituti immaginati in un frangente storico in cui le Regioni apparvero come inedite istituzioni, alla luce delle scelte e delle decisioni concretamente assunte nei diversi ambiti. E questa verifica è stata compiuta in un settore, quale quello dei diritti sociali, dove le Regioni avrebbero davvero potuto ergersi a protagoniste di quel formidabile progetto di trasformazione sociale (la

"rivoluzione promessa" come scrisse Calamandrei) basato sul principio di eguaglianza sostanziale. Invero, nell'imporre alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al pieno sviluppo della personalità e all'effettiva partecipazione alla vita sociale, il secondo comma dell'art. 3 si rivolge chiaramente a tutti gli enti che costituiscono la composita trama repubblicana, e non solo allo Stato e alle sue articolazioni centrali e periferiche. Fermi restando i livelli essenziali di assistenza, che impongono l'erogazione di prestazioni minime comuni a tutta la popolazione, è proprio la sfera sociale quella in cui si manifestano di più le differenze tra contesti territoriali. Ed è lì che la "mano visibile" delle Regioni deve poter definire interventi mirati e puntuali così da rendere davvero efficiente e feconda la complessiva azione di cura generale degli interessi comuni. Ed è proprio in questo settore che può esprimersi quella interazione reciproca tra indirizzo politico statale e indirizzi politici regionali, messa bene in evidenza da Tanja Cerruti: «se è senz'altro opportuno che, in una condivisa ottica di valorizzazione delle autonomie, sia favorita l'elaborazione e la realizzazione, da parte delle Regioni, di disegni programmatici propri, altrettanto fondamentale rimane, alla luce del non elevato margine di scelta riconosciuto a tali enti a fronte di quello, ben più ampio, saldamente arroccato al centro, il fatto che essi contribuiscano a determinare l'indirizzo politico dello Stato, da cui il loro inevitabilmente dipende, nella ricerca del bene comune delle popolazioni che tanto il potere centrale, quanto le articolazioni territoriali della Repubblica sono chiamati a perseguire» (p. 434).

Resta inteso, e di questo l'Autrice ne è consapevole, che la partita dell'indirizzo politico si gioca su di un terreno in cui i fattori giuridici sono determinanti sino ad un certo punto, nel senso che possono assumere rilievo decisivo i concreti rapporti di forza proprio sul crinale politico. Un Presidente della Regione, eletto a suffragio universale e diretto, forte di questa legittimazione popolare è messo nelle condizioni di interloquire con le istituzioni statali vantando una forza contrattuale che in passato non aveva. Sfruttando questa inedita condizione, il Presidente potrà imprimere una specifica forza al programma politico di cui è protagonista e interprete privilegiato, così da restare, in concreto, meno incline ad assecondare condizionamenti e direttive provenienti dal proprio partito. È chiaro, dunque, che solo una coraggiosa revisione del sistema partitico, che porti i contesti territoriali ad emanciparsi almeno in parte dalle segreterie nazionali, può creare le condizioni per una genuina affermazione dell'indirizzo politico regionale. Solo una classe politica davvero "regionale" (non solo formalmente, ma anche e soprattutto di fatto) potrà intercettare i bisogni locali svolgendo in modo autonomo quella complessa e volubile opera di mediazione e di confronto dialettico che è l'essenza della politica, come ci ha insegnato Norberto Bobbio. Un decentramento partitico è l'ingrediente fondamentale di una ricetta democratica dei processi politici in atto a livello regionale (e lo stesso potrebbe dirsi, *mutatis mutandis*, per gli enti locali:

si pensi alle importanti riflessioni di S. STAIANO, *Dai Sindaci ai Governatori*, in *federalismi.it*, 19, 2012, p. 19). Senza una forte ed autonoma struttura partitica a livello regionale la pratica dell'indirizzo politico finirà coll'essere sempre influenzata dal livello nazionale.

C'è bisogno, però, di un formidabile slancio di responsabilità da parte degli attori politici regionali, che ricostruisca, almeno in quel contesto, il legame, logoro e deteriorato, tra rappresentanti e rappresentati (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON e F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109 ss.). Tanja Cerruti non esita nel dimostrare una apprezzabile sensibilità al riguardo, alludendo ai ripetuti episodi di malcostume, anche penalmente rilevanti, che hanno offuscato l'immagine dei rappresentanti politici regionali: «risvolti di illegalità che in molti casi hanno contrassegnato il dispiegarsi delle dinamiche di governo non hanno incoraggiato aperture di fiducia degli organi statali e degli stessi elettori nei confronti della classe politica delle Regioni, finendo per influenzare anche la valutazione sui contenuti degli indirizzi politici espressi in sede regionale» (p. 431).

La questione dell'indirizzo politico è centrale per la vitalità di un sistema democratico. La sua proiezione multidimensionale non può rappresentare un fattore di indebolimento di tale sistema, sfibrando un tessuto sollecitato da tensioni e pressioni provenienti da più parti. Il tasso di autonomia politica raggiunto dalle Regioni dipenderà dalla comune volontà di accettare e sviluppare ulteriormente questa proiezione, favorendo la libera espressione di orientamenti, di obiettivi, di criteri generali in ambito territoriale sì da consentire alle Regioni di affermarsi, proprio sul piano dell'indirizzo politico, *davvero* «come uno dei cardini dell'ordinamento democratico» (p. 91).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La Corte garante del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse: il caso dei canoni idrici di esclusiva spettanza regionale*

GUIDO RIVOSECCHI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 155 del 21 luglio 2020.
Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0155s-20.html.

Sommario

1. Autonomia regionale *vs.* coordinamento della finanza pubblica: il rischio di privare le Regioni di risorse "certe". – 2. La sent. n. 155 del 2020: l'inquadramento delle disposizioni censurate nell'ambito materiale dell'energia. – 3. I canoni idrici partecipano della natura del rapporto concessorio e, spettando alle Regioni, lo Stato non può stabilire vincoli di destinazione in favore degli enti locali. – 4. Profili processuali: l'onere della dimostrazione dell'inadeguatezza delle risorse regionali allo svolgimento delle funzioni e l'accoglimento su tutti i parametri evocati senza ricorrere alla tecnica dell'assorbimento. – 5. Autonomia finanziaria regionale e corrispondenza costituzionalmente necessaria tra funzioni e risorse.

Data della pubblicazione sul sito: 5 marzo 2021

Suggerimento di citazione

G. RIVOSECCHI, *La Corte garante del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse: il caso dei canoni idrici di esclusiva spettanza regionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

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

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Padova. Indirizzo mail: guido.rivosecchi@unipd.it.

1. Autonomia regionale *vs.* coordinamento della finanza pubblica: il rischio di privare le Regioni di risorse "certe"

Nell'ordinamento italiano, il principio di sussidiarietà e la corrispondenza costituzionalmente necessaria tra funzioni e risorse, rispettivamente previsti dagli artt. 118 e 119, quarto comma, Cost., dovrebbero esplicare un effetto combinato su un duplice versante. In primo luogo, le funzioni amministrative devono essere distribuite dalla legge statale e da quella regionale negli ambiti di rispettiva competenza e conformate nei loro aspetti qualitativi e quantitativi, privilegiando il livello di governo adeguato[1], così sostituendo la sussidiarietà al criterio di ispirazione centralistica della dimensione degli interessi e, conseguentemente, all'interesse nazionale[2]. Se integralmente governata dalla sussidiarietà e dal giudizio di adeguatezza, la distribuzione delle funzioni non dovrebbe essere preventivamente condizionata dalla disponibilità delle risorse. In secondo luogo, posto il principio di necessaria corrispondenza tra le prime e le seconde, all'allocazione delle funzioni tra gli enti sub-statali deve seguire l'integrale finanziamento delle stesse[3].

Nonostante l'art. 118, primo comma, Cost. prescriva che debbano essere distribuite secondo sussidiarietà – anche per effetto del meccanismo introdotto

[1] Cfr. sentt. n. 303 del 2003; n. 43 e n. 196 del 2004; nonché n. 235 del 2009, n. 232 del 2011 e n. 144 del 2014. Si vadano anche le sentenze in cui la Corte effettua il giudizio di adeguatezza prima della c.d. chiamata in sussidiarietà: cfr. sentt. n. 6 del 2004; n. 151, n. 242 e n. 383 del 2005; n. 347 del 2007; n. 121 del 2010; n. 165 del 2011. In dottrina, per lo sviluppo di questa prospettiva, cfr. S. PAJNO, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in S. GRASSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente. Vol. II - I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 405 ss.

[2] Cfr. sentt. n. 43 e n. 196 del 2004; nonché n. 235 del 2009, n. 232 del 2011 e n. 144 del 2014. Valorizza la prospettiva qui accolta, in relazione ad alcuni di questi orientamenti giurisprudenziali, S. PAJNO, *Le "zone a burocrazia zero" tra principio di sussidiarietà, motivazione della legge e livelli essenziali delle prestazioni. Traendo spunto dalla sent. n. 232 del 2011* (30 novembre 2011), in *Federalismi.it*, n. 3/2011, spec. pp. 7 ss.

[3] Su cui cfr., ad esempio, F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, spec. pp. 44 ss. e 304 ss. (per un'analisi delle linee evolutive della finanza territoriale italiana); G.C. DE MARTIN, *L'autonomia e le differenziazioni regionali. I nodi pendenti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 2 ss.; B. CARAVITA, *Il regionalismo italiano tra crisi e efficienza dell'amministrazione* (22 giugno 2018), in *Federalismi.it*, numero speciale n. 2/2018, pp. 11 ss.; G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019.

dalla Corte costituzionale con la sent. n. 303 del 2003, poi costantemente ribadito[4] –, larga parte delle funzioni amministrative è ancora affidata all'amministrazione centrale, sicché il principio di connessione tra funzioni e risorse non è stato misurato partendo dal riordino del centro né con i primi trasferimenti di funzioni a Costituzione invariata (1972, 1977, 1997-98)[5], né, nella fase successiva alla riforma del Titolo V, con la legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale. Le risorse sono state quindi trasferite *senza* tenere conto di quante funzioni sono effettivamente svolte dagli enti sub-statali[6].

A quanto detto deve aggiungersi che l'autonomia finanziaria regionale è storicamente limitata da una legislazione statale che ha segnato la netta prevalenza del modello di finanza derivata. Essa affonda le radici nella riforma tributaria dell'inizio degli anni Settanta (legge n. 825 del 1971), caratterizzata da un'accentuata centralizzazione delle imposte e del prelievo. Il sostegno finanziario alle Regioni e agli enti locali era conseguentemente affidato a un duplice sistema di trasferimenti statali, mentre le entrate proprie venivano confinate a una dimensione irrilevante[7]. Tutto ciò ha costantemente condizionato in senso restrittivo la potestà legislativa e amministrativa delle Regioni e le loro scelte di indirizzo politico, subordinandole a un modello eteronomo di finanziamento che continua a dipendere dallo Stato e che limita, ora come in origine, la facoltà di identificare le funzioni per realizzare *proprie politiche*.

L'esigua consistenza dell'autofinanziamento regionale e la netta prevalenza di trasferimenti erariali rendono gli enti sub-statali, pur autonomi nell'impiego dei fondi, dipendenti dal centro, con l'effetto di produrre la dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa e appannare la responsabilità politica e finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo[8].

---

[4] Dalla sent. n. 6 del 2004 alla sent. n. 61 del 2018.

[5] Anche le c.d. leggi Bassanini, momento più significativo di valorizzazione dell'autonomia, posposero il riordino del centro al conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle Regioni e agli enti locali, pur prevedendo una significativa riorganizzazione dell'amministrazione centrale, anche mediante la soppressione e la fusione di ministeri.

[6] Sul punto, cfr. già M. CARLI, *La finanza regionale dopo il D.p.r. 616 e le nuove norme di contabilità dello Stato*, in *Le Regioni*, n. 1/1979, pp. 39 ss., spec. pp. 44 ss.

[7] Tale risultato si poneva in sostanziale elusione del disposto costituzionale che già nella versione originaria dell'art. 119 Cost. prevedeva, sia pure soltanto per le Regioni, tributi propri e quote di tributi erariali: in questo senso, cfr. L. PALADIN, *Fondamenti costituzionali della finanza regionale*, in AA. VV., *Stato attuale della finanza regionale e linee di riforma: atti del Convegno, Firenze, 12-13 ottobre 1973*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 852.

[8] Sul punto, v. già M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regonale. Lineamenti costituzionali*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 349 ss.; nonché A. D'ATENA, *Le regioni, tra crisi e riforma*, in A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, *Atti del Convegno*

Rispetto a questo quadro di riferimento ha poi inciso la variabile decisiva capace di condizionare profondamente l'effettiva autonomia degli enti sub-statali: la funzione di coordinamento della finanza pubblica, inteso quale insieme di istituti che consentono allo Stato di garantire l'apporto delle autonomie territoriali al conseguimento degli obiettivi di governo dei conti pubblici[9]. Nelle relazioni intergovernative tale funzione ha seguito molteplici direttrici, incidendo sugli ambiti organizzativi e funzionali delle autonomie territoriali, tanto più nella c.d. legislazione della crisi economico-finanziaria degli ultimi dieci anni – ora acuita dall'emergenza sanitaria – in cui le misure di *coordinamento* sono da tempo diventate per gli enti sub-statali obblighi di *contenimento* della spesa[10].

In questo contesto, diventa fondamentale assicurare risorse "certe" alle Regioni e agli enti locali quale presupposto indefettibile per coniugare autonomia, equilibri di bilancio e garanzia delle funzioni preordinate all'erogazione di prestazioni. A tali fini risponde, anzitutto, il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, valevole per tutti i livelli territoriali di governo.

2. La sent. n. 155 del 2020: l'inquadramento delle disposizioni censurate nell'ambito materiale dell'energia

È nel contesto richiamato che si colloca la sent. n. 155 del 2020 con cui la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Regione Toscana in riferimento agli artt. 117, terzo comma, 118 e 119, commi primo, secondo e quarto, Cost. avverso l'art. art. 11-*quater* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1,

Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", Roma, 31 gennaio - 1 febbraio 1997, CEDAM, Padova, 1997, p. 16, per il quale tale scissione da un lato limita la possibilità di autonoma determinazione delle politiche regionali e, dall'altro lato, determina *deficit* di responsabilità politica.

[9] Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V: atti del Seminario, Roma, 13 giugno 2013*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 147 ss.

[10] Sul punto, M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. pp. 97 ss.; M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 134. Per un'analisi delle trasformazioni del parametro del coordinamento della finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale, sin dalle origini capace di «determinare il livello di autonomia finanziaria», cfr. M. BERGO, *Coordinamento della finanza pubblica e autonomia territoriale. Tra armonizzazione e accountability*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 63 ss.

della l. 11 febbraio 2019, n. 12, nella parte in cui, mediante l'inserimento dei commi 1-*quinquies* e 1-*septies* nell'art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*), dispone che il canone di concessione delle grandi derivazioni idroelettriche e il canone aggiuntivo da riversare in caso di concessione scaduta, corrisposti alle Regioni, siano rispettivamente destinati per un importo non inferiore al 60 per cento alle Province e alle Città metropolitane il cui territorio sia interessato dalle derivazioni stesse.

La Regione ricorrente si duole sia del carattere eccessivamente dettagliato delle impugnate disposizioni sulla determinazione e riscossione dei canoni versati dai concessionari – che, intervenendo in materia di competenza concorrente concernente l'energia, lederebbero l'art. 117, terzo comma, Cost. – sia della decurtazione di cospicue risorse finanziarie regionali; quest'ultima, in particolare, precluderebbe il corretto esercizio delle funzioni amministrative, limiterebbe l'autonomia finanziaria e pregiudicherebbe il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, in tal modo violando gli artt. 118 e 119, commi primo, secondo e quarto, Cost.[11].

La strategia difensiva del Presidente del Consiglio dei ministri muove invece dal presupposto che la materia di cui si controverte sia prevalentemente riconducibile a titoli di competenza legislativa esclusiva dello Stato: per un verso alla «tutela dell'ambiente», a cui sarebbe riconducibile la disciplina dell'uso delle risorse idriche, secondo quanto previsto anche dall'artt. 144 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Norme in materia ambientale*) e, per l'altro verso, alla «tutela della concorrenza», quanto alla fissazione di «criteri generali per la determinazione, da parte delle Regioni, dei canoni di concessione per l'utenza di acqua pubblica», giusto il disposto dell'art. 154 del citato d.lgs. n. 152 del 2006. Secondo la difesa statale, sarebbe, invece, espressione della potestà di coordinamento della finanza pubblica la previsione dell'obbligatoria destinazione di una quota maggioritaria dei canoni idrici in favore delle Province e delle Città metropolitane[12].

La Corte ha accolto le questioni sollevate in relazione ad entrambe le disposizioni impugnate per violazione di tutti i parametri evocati.

I Giudici costituzionali muovono correttamente dal preliminare inquadramento dell'ambito materiale a cui sono ascrivibili le norme oggetto del giudizio, individuato nel titolo di competenza concorrente «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia», in cui è fatto divieto allo Stato di adottare precetti specifici e puntuali.

È stato così correttamente rigettato il presupposto da cui invece muoveva la difesa dello Stato rivolta a ricondurre, almeno in prima battuta, la disciplina

[11] Cfr. sent. n. 155 del 2020, punti n. 3 e n. 4 del "Ritenuto in fatto".

[12] Cfr. sent. n. 155 del 2020, punto n. 5 del "Ritenuto in fatto".

relativa ai canoni di concessione concernenti le grandi derivazioni idroelettriche ai richiamati titoli di competenza legislativa esclusiva statale (tutela dell'ambiente e concorrenza)[13]. Scrutinando, in passato, provvedimenti legislativi di proroga delle concessioni, la Corte ha ripetutamente affermato che il titolo di competenza statale «tutela della concorrenza» deve intendersi limitato alle procedure di gara e di assegnazione delle concessioni[14], mentre tutto ciò che attiene alla durata e alla programmazione delle concessioni stesse deve essere ricondotto alla competenza concorrente concernente l'energia: ciò che in alcune pronunce ha determinato l'illegittimità costituzionale delle norme di dettaglio poste dal legislatore statale[15] e, in altre, l'infondatezza di questioni sollevate in via incidentale[16] e promosse in via principale[17] avverso leggi regionali o di Province autonome intervenute in materia nel rispetto dei principi fondamentali. Inoltre, i precedenti puntualmente richiamati dalla sentenza qui annotata hanno espressamente rigettato la tesi già sostenuta dall'Avvocatura generale dello Stato secondo la quale il titolo di competenza esclusiva statale «tutela dell'ambiente» fosse idoneo a escludere competenze legislative regionali in materia di servizio idrico integrato o di sotto-ambiti materiali inerenti alla derivazione di acque pubbliche[18].

Nella stessa linea ricostruttiva si pone la più recente giurisprudenza costituzionale. La sent. n. 59 del 2017 ha infatti confermato che la determinazione e la quantificazione dei canoni idrici vanno ricondotte alla materia di potestà concorrente «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia», mentre è ascrivibile al titolo competenziale «tutela della concorrenza» soltanto la definizione, con decreto ministeriale, dei «criteri generali» in base ai quali il legislatore regionale è chiamato all'individuazione dei valori massimi dei canoni stessi nel rispetto dei principi fondamentali dell'onerosità della concessione e della proporzionalità di quanto si richiede di versare all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica[19].

In disparte la questione dell'integrazione del precetto legislativo con un decreto ministeriale per la determinazione dei «criteri generali», che pone non pochi interrogativi sull'idoneità di una fonte di rango secondario a costituire parametro

[13] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

[14] Cfr. sentt. n. 1 del 2008, spec. punto n. 8.5 del "considerato in diritto"; n. 28 del 2014, spec. punto n. 4.2 del "Considerato in diritto".

[15] Cfr. sent. n. 205 del 2011.

[16] Cfr. sent. n. 64 del 2014.

[17] Cfr. sent. n. 158 del 2016.

[18] Cfr. sent. 85 del 2014, punto n. 4.3 del "Considerato in diritto".

[19] Sent. n. 59 del 2017, spec. punti n. 4.1 e 4.2 del "Considerato in diritto"; n. 119 del 2019, punto n. 3.3 del "Considerato in diritto".

di legittimità della legge regionale[20], la richiamata giurisprudenza viene indubbiamente a tracciare – come affermato dalla Corte nella sentenza qui in commento – «un quadro, complesso ma stabile», che riferisce alla materia di competenza concorrente concernente l'energia «le disposizioni relative alla misura dei canoni di concessione, in tale ambito spettando allo Stato la determinazione dei principi fondamentali […] e alla Regione la fissazione del *quantum*, nel rispetto dei criteri generali di competenza esclusiva statale che condizionano, per ragioni di tutela della concorrenza, la determinazione dei valori massimi»[21].

A questi precedenti, richiamati nella sentenza qui annotata, possono aggiungersi le sentt. 101 del 2016 e n. 175 del 2017, che hanno, sotto diverso profilo, confermato il riparto di competenze inerente alla determinazione dei «criteri generali» riservata allo Stato, da un lato, e dei «valori massimi» dei canoni idrici affidata alle Regioni, dall'altro lato, tra l'altro avendo riconosciuto, la Corte, la conformità a Costituzione della disciplina regionale che consente la proroga dell'esercizio degli impianti per il tempo strettamente necessario al completamento delle procedure di assegnazione[22].

La giurisprudenza costituzionale, però, non aveva sinora mai direttamente affrontato la disciplina dell'utilizzo dei canoni idrici di spettanza dell'ente concedente. Sotto questo profilo, la questione sottoposta all'esame della Corte si presentava come specificamente nuova, anche sotto il preliminare profilo dell'inquadramento dell'ambito materiale, ben potendo ingenerare il dubbio che le norme impugnate, disciplinando soltanto il vincolo di destinazione delle risorse in favore degli enti locali, fossero ascrivibili al diverso titolo di competenza – ancorché parimenti ripartita – costituito dal «coordinamento della finanza pubblica»[23].

Ne è ben consapevole la Corte stessa che, infatti, si perita di ricostruire come le norme impugnate si inseriscano, modificandole, nel quadro delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 79 del 1999, al fine di assicurare l'adeguamento al diritto dell'Unione europea. Essa osserva, in particolare, che la nuova disciplina dispone il trasferimento alle Regioni delle opere e degli impianti e reca i principi a cui dovrà

[20] Su questi aspetti, cfr. C. MAINARDIS, *Canoni idroelettrici e riparto di competenze: l'inerzia statale non (sempre) paralizza l'attività regionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, pp. 184 ss.

[21] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[22] Sentt. n. 101 del 2016, punti n. 6.4.1 e 6.4.2 del "Considerato in diritto" e n. 175 del 2017, punti n. 4 e n. 5 del "Considerato in diritto".

[23] In questo senso, G. BOGGERO, *I canoni idrici sono entrate delle Regioni: allo Stato è fatto divieto di stabilire vincoli quantitativi in favore degli enti locali (nota alla sent. n. 155/2020)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 6/2020, pp. 385 ss., secondo il quale le norme impugnate nel giudizio deciso dalla sentenza qui in commento sarebbero riconducibili alla materia del «coordinamento della finanza pubblica».

attenersi la legislazione regionale circa le modalità di svolgimento delle procedure di assegnazione in concessione delle grandi derivazioni idroelettriche in scadenza, i criteri di ammissione alla gara, i requisiti dei partecipanti e, appunto, i criteri generali per la determinazione dei canoni, rinviando alla legislazione regionale la fissazione in concreto dei valori dei canoni stessi, nei limiti dei principi fondamentali della materia[24].

Si potrebbe aggiungere che le modificazioni apportate dal citato art. 11-*quater* del d.l. n. 135 del 2018 alla disciplina in parola sono dichiaratamente rivolte ad assicurare gli adempimenti imposti dal diritto dell'Unione europea anche in relazione ad una procedura di infrazione da tempo aperta dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica Italiana – e peraltro non risolta dalle intervenute modificazioni del quadro normativo – in relazione al regime delle concessioni e alle proroghe intervenute nel perdurante rinvio delle procedure di gara[25].

In questo contesto, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime entrambe le disposizioni impugnate, atteso che esse, alla stregua della giurisprudenza più sopra richiamata, «appaiono dissonanti, proprio perché connotate da un grado di pervasività e di dettaglio incompatibile, sia con il livello di principio cui si mantiene il resto della disciplina relativa ai canoni, sia con la materia nel caso di specie conferente»[26]. In altre parole, la Corte ha ribadito che disciplina dei canoni idrici previsti a fini idroelettrici è stata costantemente ricondotta all'ambito materiale di competenza concorrente concernente l'energia, censurando, conseguentemente, l'eccessivo grado di dettaglio delle disposizioni impugnate.

Sul punto, occorre chiedersi se le disposizioni dichiarate incostituzionali debbano essere ricondotte – come afferma la Corte – all'ambito materiale

[24] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[25] Si veda la procedura di infrazione 2011/2026 aperta nei confronti dell'Italia nel quadro della disciplina euro-unitaria sulla gestione di centrali idroelettriche che costituisce servizio fornito dietro retribuzione ai sensi della Direttiva sui servizi 2006/123/CE e dell'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea sulla libertà di stabilimento. In questo quadro di riferimento, la Commissione europea lamenta la mancanza di trasparenza delle procedure disciplinate dalla normativa italiana per la riassegnazione delle concessioni scadute e per le ripetute proroghe intervenute che potrebbero, tra l'altro, determinare un ingente contenzioso e un aggravio della spesa pubblica (per il possibile impatto finanziario, cfr. MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (di concerto con il Ministero per gli Affari esteri), *Relazione semestrale al Parlamento e alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 – Impatto finanziario del contenzioso Italia-Unione europea*, Roma, 2019, pp. 22 ss. e 135).

[26] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

concernente l'energia o, invece, non possano essere ascritte al «coordinamento della finanza pubblica». La risposta non è indifferente all'esito dello scrutinio di costituzionalità, perché la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio tende talvolta a qualificare come norme di principio anche prescrizioni inequivocabilmente di dettaglio che sono rivolte a fissare limiti puntuali nell'utilizzo delle risorse per gli enti sub-statali[27], tra l'altro spesso in relazione a disposizioni statali che determinano incisive percentuali di riduzione della spesa degli enti sub-statali rispetto all'esercizio finanziario precedente o veri e propri accantonamenti e riserve in favore dell'erario[28].

3. I canoni idrici partecipano della natura del rapporto concessorio e, spettando alle Regioni, lo Stato non può stabilire vincoli di destinazione in favore degli enti locali

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, l'identificazione della materia nella quale si colloca la disposizione impugnata richiede di fare riferimento all'oggetto e alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua *ratio*, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato[29].

Alla stregua di questo orientamento, nel contesto del sopra richiamato quadro normativo – rivolto, si badi, ad assicurare il trasferimento delle opere e degli

[27] *Ex plurimis*, sentt. n. 151 del 2012, punto n. 7.1.2 del "Considerato in diritto"; n. 99 del 2014, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto", in cui la Corte qualifica come norma di principio la previsione di un limite massimo dei 30 euro a seduta per i «gettoni di presenza» per lo svolgimento di qualsiasi incarico conferito da amministrazioni regionali; n. 38 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto", che ritiene non in contrasto con i limiti al coordinamento della finanza pubblica norme statali che impongono alle Regioni «la destinazione esclusiva dei proventi delle alienazioni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica a un programma straordinario di realizzazione o di acquisto di nuovi alloggi e di manutenzione straordinaria del patrimonio esistente».

[28] Tra le tante, quanto al carattere di principio di norme puntuali di coordinamento finanziario, sentt. n. 237 del 2009; n. 182 del 2011, punto n. 1.2 del "Considerato in diritto"; n. 139 del 2012, spec. punto n. 6.1 e n. 7 del "Considerato in diritto"; n. 205 del 2013; n. 38 del 2016, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; quanto alle riserve e agli accantonamenti di risorse regionali in favore dello Stato fatte "salve" dalla Corte, cfr. sentt. n. 77 e n. 82 del 2015. Su questi orientamenti, cfr., criticamente, G. RIVOSECCHI, *Autonomia finanziaria e regionalismo differenziato*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive. Atti del IV Convegno annuale della Rivista* Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali, Università degli Studi di Torino, Torino, 2020, pp. 629 ss.

[29] Nell'ambito di un consolidato orientamento, tra le più significative, cfr. sentt. n. 165 e n. 430 del 2007; n. 300 del 2011; n. 119 e n. 167 del 2014.

impianti concernenti grandi derivazioni alla proprietà delle Regioni –, le norme impugnate prevedono il pagamento di un canone da parte dei concessionari (o di canoni aggiuntivi in caso di proroga), di carattere dominicale, che ha la natura di *corrispettivo della concessione*. Ne consegue che l'inquadramento dell'ambito materiale da cui muove la Corte nella sentenza qui annotata, rivolto a ricondurre le norme impugnate all'ambito materiale dell'energia, deve ritenersi condivisibile perché i canoni idrici partecipano della stessa natura del *rapporto concessorio* e quindi la relativa disciplina non può che essere ascritta al titolo di competenza «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia» e non già al «coordinamento della finanza pubblica».

Diversamente opinando, si giungerebbe, ad esempio, alla paradossale conclusione che tutti i proventi derivanti dalle sanzioni amministrative in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti, la cui disciplina è pacificamente ricondotta al titolo di competenza «tutela dell'ambiente»[30], dovrebbero ritenersi invece espressione della potestà statale di coordinamento della finanza pubblica; o, ancora, che la disciplina delle garanzie finanziarie richieste al gestore degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, parimenti ricondotte dalla Corte alla tutela dell'ambiente[31], sarebbe invece espressione dello stesso coordinamento finanziario. Tale conclusione, tra l'altro, finirebbe per rafforzare la tendenza tanto criticata in dottrina a riconoscere una portata pervasiva (se non onnivora) del parametro costituzionale in parola, che verrebbe impropriamente piegato a esigenze di vigilanza tutoria e centralistica sull'impiego delle risorse finanziarie di spettanza regionale in contrasto con i principi costituzionali dell'autonomia e della responsabilità politica.

Al riguardo, si può anzi aggiungere che la sentenza in commento, contrariamente ad altre pronunce della Corte, lungi dall'elevare al rango di principio le disposizioni dettate dal legislatore circa il *quantum* del canone da destinare agli enti locali, sul rilievo che tali previsioni indicherebbero soltanto una «percentuale minima», astrattamente consentendo una diversa determinazione regionale, ritiene invece ontologicamente inconciliabile con la natura di principio fondamentale il vincolo di destinazione imposto. Le norme censurate, infatti, già stando al loro tenore letterale, prescrivono illegittimamente che le risorse regionali siano *automaticamente* collocate al di fuori di quelle di spettanza dell'ente rispettivamente «per almeno un importo» e «per un importo non inferiore al 60 per cento», consentendo, quindi, alla Regione un diverso impiego esclusivamente

[30] Cfr., ad esempio, sentt. n. 412 del 2006, punto n. 6 del "Considerato in diritto"; n. 451 del 2007, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; 246 del 2009, punti n. 6 e n. 7 del "Considerato in diritto"; n. 198 del 2018, punti n. 5.3.2, n. 5.3.3 e n. 6 del "Considerato in diritto".

[31] Sent. n. 67 del 2014, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

nel senso dell'incremento della quota del canone e del canone aggiuntivo da destinarsi agli enti locali[32].

Alle medesime conclusioni circa la natura di corrispettivo che partecipa del rapporto concessorio e quindi ascrivibile alla materia di competenza legislativa ripartita concernente l'energia, deve giungersi sia in relazione alla disposizione contenuta nell'introdotto comma 1-*quinquies* dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 (canone idrico), sia in relazione a quella contenuta nell'introdotto comma 1-*septies* (canone aggiuntivo). Quanto alla prima, il pagamento del canone ad opera dei concessionari ha pacificamente natura di corrispettivo dominicale, non essendo configurabile come prestazione patrimoniale imposta. Quanto alla seconda, il canone aggiuntivo partecipa della medesima natura, trattandosi di imposizione a cui è soggetto il concessionario scaduto nelle more della riassegnazione della concessione.

Sono quindi condivisibili le conclusioni a cui è giunta la Corte nella sentenza qui annotata, con la quale è stato rigettato anche l'ulteriore ordine di argomentazioni del Presidente del Consiglio dei ministri a sostegno della non fondatezza delle questioni, sul rilievo che le norme impugnate sarebbero espressione della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica. Rispetto al *thema decidendum* è infatti inconferente – come ben argomenta la stessa Corte – la sent. n. 533 del 2002, evocata dalla difesa dello Stato, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dei principi fondamentali della legislazione di coordinamento statale una legge della Provincia autonoma di Bolzano che imponeva di versare all'ente provinciale, anziché al costituto consorzio dei comuni del bacino imbrifero, i sovracanoni relativi a concessioni di derivazione di acque pubbliche per uso idroelettrico contestualmente ai canoni demaniali. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che i sovracanoni «qualificabili come prestazione patrimoniale imposta a fini solidaristici […], costituiscono […] elementi della finanza comunale e pertanto attengono alla materia della finanza locale», di potestà concorrente, giusto il disposto dell'art. 80 dello statuto speciale di autonomia, e quindi soggetta al limite dei principi stabiliti dalle leggi statali[33]. Muovendo da tale pronuncia, nel giudizio definito dalla sentenza in commento la difesa dello Stato mirava quindi ad assimilare impropriamente canoni, canoni aggiuntivi e sovracanoni al fine di ricondurli unitariamente alla materia di potestà concorrente «coordinamento della finanza pubblica».

Con la sent. n. 155 del 2020, la Corte ha correttamente rigettato questa impostazione, tenendo invece ferma la distinzione tra «sovracanoni» e «canoni demaniali»: i primi sono configurabili come prestazione patrimoniale imposta a fini solidaristici, non attinente alla materia dell'utilizzazione delle acque e

[32] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[33] Sent. n. 533 del 2002, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

finalizzata a sostenere gli enti locali interessati, come si evince dall'apposita normativa richiamata anche dalla sentenza qui annotata (art. 53 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, recante «T.U. delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici» e art. 1, comma ottavo, della l. 27 dicembre 1953, n. 959, recante «Norme modificatrici del T.U. delle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici»); i secondi, invece, partecipano della natura concessoria e assumono le connotazioni di un corrispettivo, correlato all'utilizzazione dell'acqua pubblica.

Scolpita questa distinzione nel solco di quanto affermato proprio dalla sent. n. 533 del 2002, la Corte ha buon gioco nel distinguere la natura dei «sovracanoni» non soltanto da quella dei canoni idrici, ma anche da quella dei «canoni aggiuntivi», essendo questi ultimi assimilabili per natura e funzioni agli ordinari corrispettivi, correlati, nel caso di specie, alla proroga della concessione.

Al riguardo, si può aggiungere che anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ripetutamente affermato che i sovracanoni per gli impianti di potenza non modesta (superiore a 220 kW), con opere di presa ricadenti in territori di comuni compresi in bacini imbriferi montani, configurano una «prestazione patrimoniale imposta avente natura tributaria»[34], rivolta a promuovere l'autonomia locale e a sostenere i territori montani integrando, a tale scopo, le risorse degli enti locali interessati. Pertanto i sovracanoni, diversamente dai canoni idrici, assumono le connotazioni di una prestazione patrimoniale imposta e non già di un corrispettivo, con la conseguenza di rimettere la relativa disciplina alla potestà legislativa statale di coordinamento della finanza pubblica[35]. Tale orientamento conferma la distinzione tra canoni aggiuntivi, da un lato, e sovracanoni, dall'altro lato, corroborando la ricostruzione degli istituti che ha consentito alla Corte, nella sentenza qui annotata, di respingere la pretesa assimilazione tra i primi e i secondi.

A questi fini, dal punto di vista della strategia difensiva dello Stato, desta semmai non poche perplessità – come è stato giustamente osservato[36] – il mancato richiamo all'art. 3, comma 2, del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 (*Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42*). Una volta previsto il trasferimento alle Regioni dei beni appartenenti al demanio idrico, la norma dispone che «[u]na quota dei proventi dei canoni […] tenendo conto dell'entità delle risorse idriche che insistono sul territorio della Provincia e delle funzioni amministrative esercitate dalla medesima, è destinata da ciascuna Regione alle Province, sulla base di una intesa conclusa fra la Regione e le singole Province sul cui territorio insistono i medesimi beni del demanio idrico» aggiungendo che, in

[34] Così, sent. Cass., Sez. U, 27 dicembre 2019, n. 34475; conformemente sent. Cass., Sez. U, 24 gennaio 2019, 2085 e sent. Cass., Sez. U, 19 giugno 2018, n. 16157.

[35] Cfr. ancora sent. n. 533 del 2002, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

[36] Da G. BOGGERO, *I canoni idrici sono entrate delle Regioni*, cit., p. 387.

caso di mancato conseguimento dell'intesa, «il Governo determina, tenendo conto dei medesimi criteri, la quota da destinare alle singole Province, attraverso l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131».

Facendo leva su questa norma, l'Avvocatura generale dello Stato avrebbe potuto provare a meglio argomentare in ordine al tentativo di ricondurre le disposizioni impugnate all'ambito materiale del «coordinamento della finanza pubblica» in quanto espressione dello stesso titolo di competenza posto a fondamento della legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale e dei relativi decreti legislativi, dichiaratamente rivolti all'attuazione degli artt. 117, terzo comma, Cost. e 119 Cost.[37].

In realtà, anche in questa ipotesi, le conclusioni che avrebbe dovuto trarre la Corte non sarebbero cambiate di una virgola rispetto a quelle a cui è giunta nella sentenza qui annotata, per due ordini di ragioni. In primo luogo, è tutto da dimostrare che la disciplina sulle grandi derivazioni in cui si collocano le impugnate disposizioni sui canoni (art. 11-*quater* del d.l. n. 135 del 2018) si riferisca *esclusivamente* a beni che sono già stati oggetto di trasferimento con il decreto sul c.d. federalismo demaniale, dovendosi invece ritenere che non vi sia sovrapposizione tra le norme censurate e quelle contenute nel d.lgs. n. 85 del 2010. Infatti, la disciplina sopravvenuta si riferisce alla *generalità* delle grandi derivazioni per uso idroelettrico – non soltanto, quindi, ai beni del demanio idrico oggetto di precedente trasferimento – e delle *relative opere e impianti* (che non erano stati trasferiti). In secondo luogo – ed è questo il punto decisivo – l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 85 del 2010 si limita a prefigurare l'esercizio di poteri sostitutivi "straordinari" in caso di mancata intesa tra la Regione e le Province interessate sulla quota dei proventi derivanti dai canoni da trasferire. In questa fattispecie, quindi, ci troviamo di fronte a una norma sui poteri sostitutivi che non ha trovato attuazione; ipotesi che, in ogni caso, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale sull'esercizio dei poteri sostitutivi "straordinari"[38], richiede: che sussistano i presupposti dell'art. 120, secondo comma, Cost. («mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria» o «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» o «tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica»); che siano adottate norme con riferimento alle singole realtà regionali oggetto di sostituzione; che siano adempiuti gli oneri procedimentali previsti dall'art. 8 della legge n. 131 del 2003 (diffida ad

[37] Sul punto, cfr. L. ANTONINI, voce *Federalismo fiscale (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 416 ss.

[38] Cfr. sentt. n. 43 del 2004, punti n. 3.2 e n. 3.3 del "Considerato in diritto"; n. 236 del 2004, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto"; n. 371 del 2008, punto n. 12 del "Considerato in diritto"; n. 165 del 2011, punto n. 6 del "Considerato in diritto".

adempiere all'ente sub-statale; indicazione di un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti; eventuale nomina di un apposito commissario, tenendo conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione)[39]. Né i termini della questione qui cennata possono dirsi modificati dal recente ricorso ai poteri sostitutivi straordinari in ordine alla funzione legislativa realizzati dall'art. 1 del d.l. 31 luglio 2020, n. 76 (*Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario*), convertito dall'art. 1, comma 1, della l. 7 agosto 2020, n. 98, che ha disposto l'adeguamento della legge elettorale della Regione Puglia al principio fondamentale della c.d. preferenza di genere, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni regionali contrastanti. L'ammissibilità di poteri sostitutivi straordinari anche sul versante della legislazione, per le modalità mediante le quali è stata realizzata, semmai conferma che, nel caso qui in esame, l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 85 del 2010 richiederebbe l'adozione di una norma sostitutiva specifica con riferimento a *quella* realtà regionale[40]. All'opposto, le norme impugnate nel giudizio definito dalla sentenza qui annotata si collocano su un piano ontologicamente distinto, in quanto rivolte a dettare una disciplina generale valevole per tutte le Regioni *senza* alcun riferimento all'esercizio di poteri sostitutivi.

Le norme dichiarate costituzionalmente illegittime con la sent. n. 155 del 2020 imponevano vincoli di destinazione su risorse finanziarie a tutti gli effetti regionali. Si tratta di un punto assai delicato su cui vale la pena soffermarsi per meglio apprezzare la portata della pronuncia stessa.

Nell'ordinamento italiano, caratterizzato da un modello di finanza territoriale derivata, la transizione a un sistema in cui i finanziamenti statali siano limitati a finalità perequative, o all'erogazione di risorse aggiuntive rispetto al normale esercizio delle funzioni, rappresenta una variabile particolarmente incisiva sulla determinazione del grado effettivo di autonomia regionale. Non è certamente un caso che, all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V del 2001, la giurisprudenza costituzionale abbia ripetutamente affermato che, in virtù di limiti *immediatamente* desumibili dall'art. 119 Cost., al di fuori degli interventi straordinari previsti dal quinto comma, non è consentito al legislatore statale

[39] Su questi profili di garanzia dei poteri sostitutivi "straordinari", cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Duepunti, Palermo, 2007, pp. 175 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON e A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 115 ss.

[40] In questo senso, circa la diversità degli strumenti qui raffrontati, depone la significativa ricostruzione di M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della Regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1197 ss.

prevedere finanziamenti di scopo riconducibili a materie di competenza regionale[41], né istituire fondi settoriali di finanziamento delle attività degli enti autonomi[42], poiché ciò si risolverebbe in strumento di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni e di sovrapposizione di indirizzi governati centralmente a quelli decisi dalle Regioni[43].

Al rigore della giurisprudenza della Corte sui fondi vincolati[44], non può non corrispondere l'affermazione di corrispondenti principi di diritto coerentemente rivolti ad affermare che lo Stato non può distrarre risorse di spettanza regionale imponendo vincoli di destinazione in favore degli enti locali.

4. Profili processuali: l'onere della dimostrazione dell'inadeguatezza delle risorse regionali allo svolgimento delle funzioni e l'accoglimento su tutti i parametri evocati senza ricorrere alla tecnica dell'assorbimento

La sentenza qui annotata si presta ad ulteriori considerazioni di non secondario momento con riguardo ad alcuni profili processuali che, per quanto non esplicitati, possono essere individuati nelle pieghe dell'articolata motivazione.

Occorre ricordare che da qualche anno la Corte ha tentato di preservare la giustiziabilità del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, ritenendo altrimenti violata l'autonomia finanziaria regionale. Basti pensare alle sentenze che hanno dichiarato costituzionalmente illegittime leggi statali che utilizzano entrate degli enti territoriali per il finanziamento di funzioni statali[45], e, soprattutto, alle pronunce che hanno censurato l'inadeguato finanziamento delle funzioni delle Province in esito al processo di riordino dell'ente intermedio[46].

Si deve però sottolineare che, stando a un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, è molto difficile per la Regione ricorrente

[41] Dalla sent. n. 370 del 2003 alla sent. n. 87 del 2018.

[42] Cfr. sentt. n. 370 del 2003 e n. 16 del 2004.

[43] Cfr. sentt. n. 423 del 2004; n. 51, n. 77 e n. 160 del 2005; n. 137 del 2007; n. 45, n. 50 e n. 63 del 2008; n. 137 del 2007; n. 142 e n. 168 del 2008; n. 168 del 2009; sentt. n. 61, n. 71, n. 74, n. 78 e n. 87 del 2018.

[44] Cfr. G. RIVOSECCHI, *La Corte torna sui trasferimenti vincolati e ripristina l'autonomia finanziaria e la leale collaborazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2018, pp. 690 ss.

[45] Sotto questo profilo, cfr. sent. n. 22 del 2012 – nota per aver rafforzato i limiti all'emendabilità del decreto-legge estendendo lo scrutinio sull'omogeneità alla legge di conversione – con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una norma statale, inserita in sede di conversione di un decreto-legge, che imponeva alle Regioni di deliberare aumenti fiscali per poter accedere al Fondo nazionale della protezione civile, per violazione, tra l'altro, dell'art. 119, quarto comma, Cost. (sent. n. 22 del 2012, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto").

[46] Sent. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

dimostrare la violazione dell'art. 119 Cost. sotto il profilo della corrispondenza tra funzioni e risorse. Infatti, pur avendo la Corte ripetutamente affermato – già vigente l'originario Titolo V – il divieto di alterare il «rapporto tra complessivi bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte»[47], ricade sulla Regione stessa l'onere di provare con adeguata documentazione l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle misure finanziarie, di svolgere le funzioni ad essa attribuite dalla Costituzione[48]. Tale soluzione, che ha spesso determinato pronunce di inammissibilità o di infondatezza delle questioni promosse dalle Regioni in relazione a disposizioni di legge statale sull'allocazione delle funzioni tra gli enti territoriali non adeguatamente finanziate o sulla riduzione delle risorse trasferite ad invarianza di funzioni[49], ha assunto ulteriore incidenza per effetto dell'espansione del coordinamento finanziario. Quanto più esso diventa incisivo, tanto più lo Stato governa l'identificazione e il finanziamento delle funzioni, così interferendo con l'indirizzo politico regionale.

In questo contesto, ai fini dell'ammissibilità delle questioni promosse dalle Regioni e aventi ad oggetto disposizioni di legge statale incidenti sulla finanza pubblica, diventa centrale la capacità della ricorrente di dimostrare l'effettiva riduzione delle risorse disponibili pur essendo chiamata a svolgere le stesse funzioni.

La sentenza qui annotata coglie efficacemente il punto poiché la Corte sottolinea come, nel giudizio in esame, la Regione ricorrente abbia adeguatamente dimostrato che la destinazione di risorse imposta dalle disposizioni censurate produca un'automatica decurtazione della dotazione finanziaria dell'ente sub-statale, stimabile con precisione «posto che canoni e canoni aggiuntivi sono determinati dagli atti di concessione, sulla base della legislazione statale e delle successive leggi regionali, sulla scorta di parametri matematici»[50], con l'effetto di alterare il quadro della finanza regionale ad invarianza di funzioni[51].

---

[47] Cfr., ad esempio, sent. n. 307 del 1983, punto n. 5 del "Considerato in diritto"; nonché sentt. n. 337 del 2001; n. 29 e n. 381 del 2004; n. 75 e n. 155 del 2006; n. 442 del 2008.

[48] Tra le tante, sentt. n. 26 del 2014; n. 89, n. 239 e n. 252 del 2015; n. 29, n. 65, n. 127, n. 151, n. 176, n. 202 e n. 205 del 2016; n. 154 del 2017; n. 84 del 2018: nonché, da ultimo, n. 76 del 2020, punto n. 10 del "Considerato in diritto".

[49] Cfr. sentt. sentt. n. 143, n. 159, n. 176, n. 202 e n. 205 del 2016; n. 84 del 2018; n. 76 del 2020.

[50] Sent. n. 155 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[51] «Secondo il computo prospettato dalla ricorrente, le norme impugnate priverebbero la Regione Toscana di un importo di circa 2,2 milioni di euro (su 3,7 milioni complessivi) a fini di esercizio delle proprie competenze funzionali nella materia»: sent. n. 155 del 2020, punto n. 4 del "Ritenuto in fatto".

Si tratta quindi di una delle poche pronunce in cui l'onere della dimostrazione dell'inadeguatezza delle risorse regionali allo svolgimento delle funzioni, pur ricadendo per giurisprudenza consolidata sulla Regione ricorrente, non è richiamato allo scopo di dichiarare inammissibile la questione, ma per censurare l'effettiva alterazione del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse regionali.

Un secondo profilo processuale che deve essere sottolineato concerne l'accoglimento su tutti i parametri evocati senza ricorrere alla tecnica del c.d. assorbimento. In disparte l'individuazione della questione di legittimità costituzionale nei suoi precisi termini (oggetto e parametro) da parte dell'atto introduttivo del giudizio, tanto più necessaria nel giudizio in via d'azione[52], la tendenza richiamata produce a volte l'effetto di decidere questioni senza fornire il corretto inquadramento dell'ambito materiale che deve invece ritenersi l'indefettibile presupposto della definizione del giudizio instaurato in via principale.

Non è certo qui in discussione la tecnica decisoria poco sopra richiamata, che discende dalla logica e dalla struttura del giudizio di legittimità costituzionale, essendo ovviamente sufficiente il contrasto della norma impugnata con uno soltanto dei parametri evocati per determinare la declaratoria di incostituzionalità e rispondendo, l'assorbimento stesso, ad esigenze di economia processuale. Restano, invece, interrogativi circa quelle pronunce di accoglimento, sovente rese in relazione a leggi regionali, in riferimento ad uno soltanto dei parametri evocati senza specificare l'inquadramento dell'ambito materiale a cui è riconducibile la disposizione censurata.

Esemplificativa della tendenza richiamata è la recente giurisprudenza costituzionale sulle norme regionali sul gratuito patrocinio, mediante le quali talune Regioni hanno previsto forme di sostegno economico ai cittadini, vittime di delitti contro il patrimonio o contro la persona, che sono stati successivamente chiamati a rispondere in sede penale per aver ecceduto dai limiti della legittima difesa.

Si tratta indubbiamente di norme regionali incostituzionali perché, incidendo sul diritto di difesa, interferiscono con il titolo di competenza esclusivo statale «giurisdizione e norme processuali» (art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.). Nondimeno, occorre osservare che, nel dichiararle incostituzionali, la Corte tende a non precisarne l'inquadramento dell'ambito materiale, riservandosi di decidere

[52] Su cui, ad esempio, A. PERTICI, *La Corte sceglie il rigore: questione inammissibile per insufficiente definizione dell'oggetto e genericità della relativa motivazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2002, pp. 660 ss.; ID., *La Corte mantiene il rigore: questione inammissibile per erroneità delle censure e incerta individuazione dell'oggetto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2003, pp. 1621 ss.

di volta in volta sul caso ad essa sottoposto[53]. La sent. n. 81 del 2017, ad esempio, ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge della Regione Veneto per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. in riferimento al titolo di competenza esclusivo statale «giurisdizione e norme processuali», poiché la norma impugnata, assicurando il gratuito patrocinio, interferiva con la disciplina del processo penale[54]. Nella stessa pronuncia, la Corte ha dichiarato assorbite le censure mosse, tra l'altro, in riferimento all'art. 117, secondo comma, Cost., lett. g) e h), rispettivamente in ordine ai titoli di competenza esclusiva statale «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato» e «ordine pubblico e sicurezza»[55]. La di poco successiva sent. n. 172 del 2017, invece, ha censurato una norma simile della Regione Liguria per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost., con riguardo al diverso parametro dell'«ordine pubblico e sicurezza», poiché in quel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri non aveva lamentato la lesione dell'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. né con riguardo alla «giurisdizione e norme processuali», né con riguardo all'«ordinamento penale». La Corte ha ritenuto, in questa seconda pronuncia, che la norma regionale impugnata fosse «manifestazione di un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità», e quindi illegittima perché «funzionalmente servente rispetto a scelte in tema di sicurezza», pur non presentendo profili di interferenza con la materia «ordinamento penale»[56]. Più di recente, la sent. n. 285 del 2019 ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione di legge della Regione Basilicata che assicurava un patrocinio a spese dell'ente agli accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. («giurisdizione e norme processuali»), con assorbimento della censura contestualmente mossa dal ricorrente in riferimento dell'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost.[57].

In maniera non dissimile, nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme di finanza pubblica, ormai da diverso tempo lo Stato tende ad impugnare leggi regionali per violazione sia dell'art. 117, terzo comma, Cost. («coordinamento della finanza pubblica»), sia dell'art. 81 Cost. (equilibrio di

[53] Sulla rilevanza del "caso" e della fattispecie dalla quale è scaturito il ricorso su cui ritagliare la decisione nel giudizio in via principale, cfr. F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e attività interpretativa, tra astrattezza e concretezza del sindacato di costituzionalità promosso in via di azione*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 256 ss.

[54] Sent. n. 81 del 2017, punto n. 4.1.1.

[55] Sent. n. 81 del 2017, punto n. 4.1.2.

[56] Sent. n. 172 del 2017, punto n. 5 del "Considerato in diritto".

[57] Sent. n. 285 del 2019, punto n. 8.2.3 del "Considerato in diritto".

bilancio), spesso richiamati in termini cumulativi o alternativi, in quanto ritenuti in ogni caso funzionali ad evocare norme interposte al solo scopo di estendere alle Regioni puntuali vincoli e limiti alla spesa, a cui hanno fatto talvolta seguito pronunce di accoglimento su uno dei parametri evocati con assorbimento dell'altro[58].

L'impressione finale è che la Corte, ai fini dell'inquadramento dell'ambito materiale, tenda a "tenersi le mani libere" nel giudizio in via principale, laddove è consentita l'impugnazione per la violazione cumulativa o alternativa di più parametri[59], senza procedere sempre al preliminare inquadramento dell'ambito materiale; quest'ultimo, tuttavia, costituisce la necessaria premessa per la corretta definizione del giudizio perché individua l'*unico* titolo di competenza in forza del quale la parte che prevale potrà in futuro legiferare. Se questa tendenza fosse consolidata, ne potrebbe risultare incrinato il valore del precedente delle pronunce della Corte nei giudizi in via d'azione in quanto esse non risulterebbero sempre idonee ad individuare il titolo di competenza capace di vincolare il legislatore futuro. Il rischio, quindi, sarebbe quello di un'ulteriore "politicizzazione" del giudizio in via principale – rivolto, invece, ad accertare la spettanza della competenza legislativa – nonché di una torsione in senso oggettivo della stessa natura giudizio in via d'azione[60].

---

[58] Cfr., tra le ultime, sent. n. 194 del 2020, spec. punto n. 12 del "Considerato in diritto", con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale siciliana in materia di stabilizzazione del personale per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. («ordinamento civile») e dell'art. 117, terzo comma, Cost. («coordinamento della finanza pubblica») con assorbimento delle censure mosse in riferimento ad altri parametri (tra cui l'art. 81 Cost. sull'equilibrio di bilancio). All'opposto, con la sent. n. 163 del 2020, la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale promossa avverso una legge della Regione Calabria che sottraeva le società regionali operanti nel settore del trasporto pubblico locale all'applicazione di norme di contenimento della spesa precedentemente introdotte per violazione dell'art. 81 Cost., con assorbimento della censura mossa in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost. («coordinamento della finanza pubblica»).

[59] Sull'ammissibilità di questioni prospettate in termini alternativi nel giudizio in via principale, cfr., ad esempio, A. PERTICI, voce *Giudizio in via d'azione*, in AA. VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., UTET, Torino, 2012, pp. 427 ss.

[60] Per la tesi della natura prevalentemente soggettiva del giudizio in via d'azione, cfr. C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2005, pp. 365 ss.; sostiene, invece, la tesi della natura prevalentemente oggettiva, C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, spec. pp. 315 ss.

Nella sentenza qui in commento, invece, la Corte, muovendo dal corretto inquadramento dell'ambito materiale delle norme impugnate, si pronuncia poi su tutti i parametri evocati, precisando i termini della violazione delle norme costituzionali poste a presidio dell'autonomia finanziaria regionale e del principio della necessaria corrispondenza tra funzioni e risorse.

5. Autonomia finanziaria regionale e corrispondenza costituzionalmente necessaria tra funzioni e risorse

Se il richiamato principio, come si è detto, deve ritenersi valevole per tutti i livelli territoriali di governo, anche con riguardo alle Province la corrispondenza tra funzioni e risorse deve riflettersi nella sequenza organizzazione/dotazione organica/provvista finanziaria.

Allargando lo sguardo al finanziamento delle funzioni dell'ente intermedio, tema che pone anche la sentenza qui annotata, occorre ricordare che negli interventi del legislatore statale che si sono susseguiti a partire dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 22 dicembre 2011, n. 214 (uno dei primi decreti-legge c.d. anticrisi)[61], si sovrappongono due prospettive: la soppressione delle Province e il riordino dell'ente intermedio. I due piani continuano ad intrecciarsi nella legislazione successiva e sono compresenti anche nella legge n. 56 del 2014. Quest'ultima, infatti, da un lato, costituisce una "disciplina ponte" verso il superamento delle Province, disponendo il riordino della materia «in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione», secondo quanto allora prefigurato dal testo di legge costituzionale approvato dalle Camere nella XVII legislatura (c.d. "riforma Renzi-Boschi"), e, dall'altro lato, disciplina un determinato assetto dell'ente intermedio, a partire dal riordino di funzioni.

Tale orientamento contraddittorio – rivolto alla soppressione e, al contempo, al riordino – si riflette sulla legislazione finanziaria statale e sulla legislazione regionale di attuazione della riforma, che manifestano continue oscillazioni tra la prima e la seconda prospettiva. La riforma, per quanto qui interessa, costituisce un caso paradigmatico della difficoltà di salvaguardare il principio di connessione tra funzioni e risorse quando il legislatore statale muove dalla prevalente prospettiva del contenimento della spesa.

[61] Sull'avvio del processo riformatore cfr., ad esempio, M. DI FOLCO, *Le Province al tempo della crisi*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2013; C. PADULA, *Quale futuro per le Province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di Province*, in *Le Regioni*, n. 2/2013, pp. 384 ss.

Pur ridimensionando la Provincia come ente politico territoriale, la legge n. 56 del 2014 mantiene a tale livello funzioni fondamentali (ad esempio in materia di pianificazione territoriale, controlli ambientali, trasporto, gestione dell'edilizia scolastica), da svolgere nei limiti e secondo le modalità stabilite dalla legislazione statale e regionale. Quanto alle altre funzioni, Stato e Regioni sono chiamati ad assicurarne la redistribuzione in base alle rispettive competenze, secondo i criteri previsti dall'art. 118 Cost., con conseguente trasferimento delle risorse connesse a tale riallocazione.

Al contempo, però, le Province hanno subito un cospicuo ridimensionamento della dotazione organica e delle risorse finanziarie per lo svolgimento delle loro funzioni per effetto delle misure di coordinamento finanziario che si sono susseguite dopo l'entrata in vigore della riforma[62]. I "tagli" lineari della spesa e i vincoli imposti alla dotazione organica esprimono un manifesto sfavore della legislazione statale per il mantenimento di funzioni a livello provinciale diverse da quelle fondamentali strettamente intese[63], segnando così i presupposti per l'inversione dei criteri di allocazione privilegiati dai precedenti conferimenti e per il superamento di quelli previsti nell'apposito Accordo sottoscritto in sede di Conferenza unificata nel 2014[64].

In tal modo, nella legislazione di riordino dell'ente intermedio la distribuzione delle funzioni non è sempre sorretta dal giudizio di sussidiarietà e adeguatezza: da ciò discende il rischio di pregiudicare il principio costituzionale di corrispondenza tra funzioni e risorse. In altre parole, il legislatore statale ha indotto le Regioni ad attuare la riforma partendo dalla riduzione delle risorse e del personale anziché dai principi costituzionali che devono assistere il riordino delle funzioni[65].

Anche la giurisprudenza costituzionale non è sempre riuscita a contenere le richiamate tendenze. Quando disposta da leggi regionali, la riduzione delle risorse destinate alle Province ad invarianza di funzioni è stata talvolta dichiarata

[62] Cfr., in particolare, la legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità per il 2015) che contiene misure di riduzione dei finanziamenti e impone un contenimento della dotazione organica delle province pari al 50 per cento; nonché i cospicui "tagli" di risorse finanziarie disposti dal decreto-legge n. 78 del 2015 e dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016).

[63] Sul punto, cfr. C. TUBERTINI, *L'attuazione regionale della legge 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, n. 1/2016, pp. 102 ss.

[64] Al riguardo, cfr. C. TUBERTINI, *Il riassetto delle funzioni amministrative locali: cronaca di una riforma solo in parte realizzata*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 240 ss.

[65] Come rileva criticamente anche la Corte dei conti – Sezione autonomie, *Audizione sulla finanza delle Province e delle Città metropolitane alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale*, 23 febbraio 2017, spec. pp. 35 ss.

incostituzionale per il mancato rispetto del principio di connessione tra le prime e le seconde[66]. Quando, invece, è disposta da norme statali, la limitazione della spesa e della dotazione organica dell'ente intermedio è stata fatta "salva" dalla Corte[67]. Questo secondo orientamento suscita non poche perplessità: basti pensare, ad esempio, che sono state dichiarate non fondate questioni promosse dalle Regioni aventi ad oggetto disposizioni che prevedevano il dimezzamento del personale ad invarianza di funzioni, contenute nella legge di bilancio per il 2015[68], in relazione alle quali non si poneva il sopra richiamato problema dell'onere della prova della violazione del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, poiché, in tali casi, sarebbe stata accertabile *in re ipsa* la lamentata alterazione. Né è stata sempre garantita la redistribuzione delle risorse finanziarie già spettanti alle Province, che la legge n. 56 del 2014 prevede debbano essere assegnate agli enti che subentrano nelle funzioni trasferite. Soltanto la sent. n. 137 del 2018 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell'esercizio di funzioni provinciali non fondamentali, ricorrendo, la Corte, a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa[69], ha reso esplicito quanto era stato dedotto in via interpretativa dalle precedenti sentenze[70].

Il legislatore statale si è comunque riservato una certa elasticità della redistribuzione delle risorse tra diversi livelli territoriali di governo; e in questo è stato talvolta assecondato dalla giurisprudenza costituzionale come dimostra, da ultimo, la sent. n. 76 del 2020 con la quale la Corte ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione Puglia e aventi ad oggetto disposizioni contenute nella legge di bilancio per il 2019 rivolte ad assicurare finanziamenti agli enti sub-statali per il rilancio degli investimenti e il concorso alla finanza pubblica delle Regioni a statuto ordinario.

La Regione Puglia ricorrente lamentava la violazione degli artt. 117 e 119, primo e quarto comma, ritenendo le risorse stanziate insufficienti ad assicurare la corrispondenza «alle nuove funzioni esercitate» in esito al processo di riordino[71].

---

[66] V., in particolare, sentt. n. 118 del 2015 e n. 10 del 2016.

[67] Tra le tante, sentt. n. 143, n. 159, n. 176, n. 202 e n. 205 del 2016; n. 84 del 2016.

[68] Cfr. sentt. n. 159 del 2016, spec. punti n. 6.1 e 7.1.1 del "Considerato in diritto"; n. 176 del 2016, spec. punti n. 4.2 e 4.2.1 del "Considerato in diritto"; n. 202 del 2016, punto n. 6 del "Considerato in diritto".

[69] Sul punto, cfr. V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, pp. 1113 ss., spec. 1119 ss.

[70] Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018.

[71] Cfr. sent. n. 76 del 2020, punti n. 3, n. 4, n. 5, n. 6, n. 7 e n. 8 del "Ritenuto in fatto" e n. 3 del "Considerato in diritto".

La Corte ha dichiarato la questione non fondata, limitando alla fase immediatamente successiva alla riforma la portata della propria giurisprudenza circa la necessità di garantire il congruo finanziamento delle funzioni non fondamentali delle Province affidate alle Regioni e agli enti locali. In quella fase la Corte aveva tentato di assicurare la necessaria corrispondenza tra funzioni e risorse. Basti pensare alla poco sopra citata sent. n. 137 del 2018 o a quelle *particolari* additive di principio mediante le quali sono state dichiarate costituzionalmente illegittime leggi regionali di bilancio piemontesi nella parte in cui non stanziavano risorse sufficienti per il finanziamento delle funzioni provinciali, rimettendo comunque al legislatore regionale la determinazione del *quantum* da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie[72]. Nella fase successiva, invece, la sent. n. 76 del 2020 afferma che, «a distanza di oltre sei anni dalla riforma, le funzioni trasferite si devono ormai intendere indifferenziate rispetto alle altre funzioni regionali: esse, dunque, devono trovare copertura nel complesso del bilancio regionale»[73]. Con queste affermazioni, la Corte sembra "chiudere" la fase di passaggio "a regime" nel processo di allocazione delle funzioni messo in moto dalla legge n. 56 del 2014 e del relativo finanziamento ormai rimesso all'autonomia regionale per le funzioni attratte a tale livello di governo.

In questo contesto, è sulla scorta del primo orientamento della Corte che, proprio per garantire il principio costituzionale della corrispondenza tra funzioni e risorse, lo Stato è dovuto intervenire per "correggere" i "tagli" precedentemente disposti, introducendo disposizioni "di favore" per assicurare il finanziamento delle funzioni dell'ente intermedio[74].

[72] Sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016. Alla stessa particolare categoria delle pronunce *additive di principio in materia di finanza pubblica* può essere ricondotta la sentenza n. 6 del 2019, con la quale la Corte ha definito la c.d. «vertenza entrate» (come definita dalla stessa Corte costituzionale sin dalla sent. n. 231 del 2008) tra la Regione Sardegna e lo Stato relativa ai criteri di calcolo delle compartecipazioni tributarie sulle imposte sui redditi e sull'IVA, che ha penalizzato la Regione per il mancato adeguamento del sistema delle entrate alla modifica dell'art. 8 dello Statuto speciale risalente al 2006, dichiarando costituzionalmente illegittima una disposizione della legge statale di bilancio per il 2018 e per il triennio 2018-2020 nella parte in cui, nelle more della definizione di un apposito accordo di finanza pubblica, non riconosce alla Regione adeguate risorse per lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate.

[73] Sent. n. 76 del 2020, punto n. 9 del "Considerato in diritto".

[74] Si tratta di disposizioni contenute nel decreto-legge n. 78 del 2015, nella legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità per il 2016) e nel decreto-legge n. 113 del 2016, in materia di enti locali, che dispongono contributi in favore delle province per lo svolgimento di funzioni fondamentali (ad esempio in materia di viabilità e edilizia scolastica) e impongono alle Regioni in ritardo nella riallocazione delle funzioni non fondamentali di ambito

In definitiva, la tormentata vicenda delle funzioni provinciali non sembra ancora aver trovato un punto di equilibrio rispetto al principio della necessaria corrispondenza tra funzioni e risorse.

Ciò trova conferma in quegli orientamenti della giurisprudenza costituzionale che hanno cercato di sviluppare soluzioni e strategie argomentative volte a garantire non soltanto, come già eravamo abituati, il principio collaborativo nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, ma anche, per quanto qui soprattutto interessa, la certezza delle risorse costituzionalmente necessarie rispetto alle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo.

In linea generale, la Corte ha anzitutto tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e provvista finanziaria, affermando, ad esempio: che la riduzione dei finanziamenti regionali, quando incide sulle prestazioni, deve essere di carattere transitorio e temporaneo, rischiando altrimenti di compromettere lo svolgimento delle funzioni e la qualità dei servizi[75]; che le proroghe dei vincoli al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento[76], censurando, tra l'altro, la prassi del maxiemendamento governativo su cui è posta la questione di fiducia che sottrae al controllo parlamentare la definizione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni[77]. Ciò, presumibilmente, per affermare che le ricadute sulle funzioni e sui servizi affidati alle Regioni, che i "tagli" alle risorse possono produrre, devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità.

In sintesi, secondo gli orientamenti richiamati, da un lato deve essere assicurato il finanziamento delle prestazioni concernenti i diritti e, dall'altro lato, devono essere garantite risorse "certe" per lo svolgimento delle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali.

Non molto di più può, però, essere chiesto innanzi alla Corte costituzionale.

Nella perdurante inattuazione del modello costituzionale di autonomia finanziaria delineato dall'art. 119 Cost. e alla stregua dell'interpretazione nel senso dell'accentramento delle variabili che condizionano le relazioni finanziarie tra Stato e Regioni (finanza derivata e coordinamento della finanza pubblica), soltanto

provinciale di versare a ciascuna provincia le somme corrispondenti alle spese sostenute dalle medesime per l'esercizio delle funzioni non fondamentali.

[75] Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; nonché, tra le altre, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[76] Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

[77] Cfr., ancora, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

il legislatore può trasferire alle Regioni le risorse necessarie a sorreggere l'esercizio delle funzioni.

La soluzione andrebbe quindi ricercata nella valorizzazione delle politiche di concertazione tra Stato e Regioni, e, conseguentemente, delle procedure e delle sedi collaborative che devono garantire un confronto leale sulla definizione delle scelte circa l'entità delle risorse e il loro impiego, tenendo conto di ciò che deve essere destinato alle prestazioni da garantire secondo le prescrizioni costituzionali[78].

All'opposto, le più recenti vicende del regionalismo italiano mostrano come le intese nelle Conferenze intergovernative siano ormai prevalentemente limitate ad assicurare il riparto degli oneri derivanti dalla riduzione dei finanziamenti regionali, o, davanti alla crisi sanitaria, la redistribuzione delle risorse già previamente e unilateralmente disposta dallo Stato nell'*an* e nel *quantum*. Ciò mostra uno scarto evidente tra l'astratta valorizzazione degli istituti di leale collaborazione, che dovrebbero sorreggere il confronto politico tra Stato e Regioni ai fini della determinazione delle risorse da distribuire in relazione alle funzioni da svolgere, e la pratica effettiva di governo della finanza territoriale con la quale lo Stato finisce spesso per imporre agli enti territoriali in sede di manovra annuale incisivi obiettivi di contenimento della spesa, con effetti conformativi sull'autonomia[79], così pregiudicando la corrispondenza tra funzioni e risorse che si era faticosamente tentato di conseguire mediante intese e accordi in Conferenza.

[78] Al riguardo, cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, I, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 398 ss., nella cui scia F. PALLANTE, *Dai vincoli* "di" *bilancio ai vincoli* "al" *bilancio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2016, pp. 2499 ss.

[79] Al riguardo, le considerazioni di A. BRANCASI, *Il coordinamento finanziario in attesa della legge sul concorso delle autonomie «alla sostenibilità del debito complessivo delle pubbliche amministrazioni»*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2012, p. 1143.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Recensione a Lino Panzeri, *L'unicità della Corte di cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 1-160

DANIELA BIFULCO*

Indice disponibile all'indirizzo:
www.francoangeli.it/Area_PDFDemo/1590.27_demo.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 5 marzo 2021

Suggerimento di citazione
D. BIFULCO, *Recensione a L. Panzeri,* L'unicità della Corte di cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 1-160*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Indirizzo mail: daniela.bifulco@unicampania.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

Inquadrare la materia processuale e l'organizzazione giudiziaria nell'alveo dei principi costituzionali o, per ricorrere a un'espressione più impegnativa, alle esigenze di giustizia, è operazione culturalmente assai valida e metodologicamente complessa. Tra i più recenti contributi scientifici che muovono in tale direzione, vorremmo qui segnalare il lavoro monografico di Lino Panzeri, *L'unicità della Corte di cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, edito da Franco Angeli (collana "*Studi di Diritto Pubblico*") nel 2020.

Che il tentativo dell'A. sia quello appena segnalato lo svelano due citazioni, l'una posta in apertura del volume, l'altra in sede conclusiva. Nell'introduzione al volume, si ricorda come già Ludovico Mortara, nella prolusione pisana al corso di diritto costituzionale del 1888, avesse registrato l'insufficienza della "fredda analisi degli atti di procedura e delle loro forme, o la discussione arida delle fattispecie contenziose', ai fini di una considerazione scientifica del "diritto giudiziario'. Per raggiungere tale scopo si rendeva invece necessario "risalire alle ragioni somme della giustizia, le quali non possono essere conosciute se non portando indagini accurate e profonde su le discipline del diritto pubblico, dove hanno radice l'essere e lo agire della giustizia, di questa aspirazione e meta suprema della civile convivenza" (p. 9). In chiusura del volume, Panzeri rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1974, in cui Crisafulli (relatore) illustrava l'interdipendenza tra ordinamento giudiziario, norme processuali e norme costituzionali (e, segnatamente, la dipendenza "funzionale" dell'ordinamento giudiziario dalle "norme dei codici di rito, in genere, e da quelle di competenza, in special modo', punto 5 del cons. in diritto). Decisione, quest'ultima, tanto concisa quanto eloquente circa ruolo e funzioni della Cassazione, che, "già alla stregua dell'art. 65 del r.d. 1941", non potevano dirsi risolte "esclusivamente nella nomofilachia e nel regolamento delle giurisdizioni, né i poteri ad essa spettanti" potevano dirsi esauriti "sempre e per intero nel giudicare in punto di diritto" (punto 5 del cons. in diritto).

Se presentiamo ai lettori questo libro a partire dalle due citazioni poc'anzi segnalate, non è senza motivo: esse indicano, al contempo, un ordine più generale di problemi, vale a dire il radicarsi di tutti gli aspetti del processo nel tessuto di principi e di interessi costituzionalmente rilevanti, e, d'altro lato, talune problematiche più particolari, quali emergono dalla sentenza della Corte appena citata, comunque attinenti all'ambito generale delle competenze e del ruolo della Cassazione, inquadrata in un'ottica più vasta di quella meramente processualistica e/o ordinamentale.

Il libro di Lino Panzeri ha a oggetto il percorso istituzionale italiano che, tra l'epoca post-unitaria e l'adozione della Costituzione repubblicana, condusse infine verso l'unificazione della giurisdizione di legittimità, così come le implicazioni sottese alle scelte organizzative della Cassazione adottate nel corso del tempo. Ma lo sfondo tematico del libro è costituito altresì dalla crisi funzionale della Suprema

corte nell'attualità e dalle prospettive possibili di riforma. Tra queste ultime, uno speciale posto occupa, nella disamina svolta dall'Autore, la regionalizzazione della Cassazione: ipotesi, quest'ultima, oggetto di un dibattito che si è ravvivato all'inizio del nostro secolo e che, secondo parte della dottrina, potrebbe condurre verso un più efficace funzionamento della giurisdizione di legittimità in ragione della maggiore prossimità ai cittadini. Ora, l'interesse maggiore del libro a noi sembra risiedere non tanto, o non soltanto, in tale dibattito, ma proprio nell'attenzione costante tributata dall'A., per un verso, al coacervo dei molteplici interessi costituzionalmente rilevanti che ruotano attorno alle varie prospettive di riforma (compresa quella che si è appena indicata) della Cassazione, e, per l'altro, alla ricerca di un appagante e concreto bilanciamento tra quegli interessi. A voler essere sintetici, sono gli articoli 24**,** 97 e 3 e 111 della Costituzione a essere chiamati in causa quando si discuta sul "nucleo essenziale" di quel bilanciamento e sullo "scopo di natura costituzionale" della Cassazione (si veda il cap. 3).

Sullo sfondo del testo qui segnalato, campeggia, dunque, la duplice vocazione della Corte di cassazione, sospesa tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* (v. p. 94 ss.): per un verso, il giudice di legittimità, in coerenza col modello francese, è posto a presidio di garanzia dell'interesse pubblicistico alla correzione di errori commessi dai giudici nell'applicazione delle norme di diritto. Per l'altro verso (*ius litigatoris*), essa tutela il singolo, allorché egli sia leso in un proprio diritto soggettivo; garanzia, quest'ultima, inscritta a chiare lettere nell'art. 117, c. 7, Cost (e, ovviamente e più in generale, nell'art. 24 Cost.), a norma del quale "contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge'. L'esigenza di trovare un giusto equilibrio tra queste due istanze è del resto ben presente -ricorda l'A.- alla Suprema corte stessa, la quale, nell'interpretare l'art. 360-bis c.p.c., ha affermato la necessità di "un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge, enunciato dall'art. 111 Cost., e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di eguaglianza del cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost.) " (Cass. civ., S.U., ord. 6 settembre 2010, n. 19051).

Basterebbe il riferimento agli articoli 3 e 111 della Costituzione a fondare un discorso sullo "scopo di natura costituzionale" che sarebbe proprio, secondo molta dottrina, della Cassazione, come ricordato -benché tra le righe, osserva Panzeri- dalla Corte costituzionale; quest'ultima, nella sentenza n. 30 del 2011, ha evidenziato la "funzione qualitativamente diversa" svolta dalla Cassazione rispetto a quella propria del giudice di merito. Dove la "diversità" di quella funzione va "individuata nella formulazione del diritto da applicare non soltanto alla controversia in atto, ma, soprattutto, attraverso un'interpretazione dotata di forza persuasiva ed esemplare, alle controversie future'. (pp. 96-97). A più riprese, viene

dunque sottolineata, nel testo qui segnalato, l'esigenza di un'interpretazione sistematica dell'art. 111, comma 7, Cost. col principio di eguaglianza, e si ribadisce come la Corte di cassazione, attraverso il controllo di legalità del caso singolo, non agisca come tradizionalmente sostenuto, a tutela del solo *ius litigatoris*, ma anche dello *ius constitutionis*.

In questa tematizzazione ad ampio raggio del ruolo della Cassazione, Panzeri segnala altresì la rilevanza dell'art. 97 Cost.: sebbene la garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione debba tener conto del particolare *status* che la Costituzione accorda alla magistratura, costitutiva di un ordine differenziato dagli altri poteri ed apparati pubblici, la Corte costituzionale -ricorda Panzeri- ha precisato che "sarebbe paradossale voler esentare l'organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento'(Corte costituzionale, n. 86/1982).

Un ulteriore profilo d'indubbio interesse del lavoro monografico di Panzeri risiede nella luce che le vicende della lenta e contrastata unificazione della Cassazione gettano sul complesso processo di unificazione del Paese. L'*excursus* storico, che inizia dalla fase preunitaria, caratterizzata dal policentrismo delle Corti di legittimità, aiuta a portare a emersione le tante ambiguità e indecisioni tra spinte localistiche e spinte centripete, che hanno caratterizzato l'evoluzione della forma di stato italiana. E rivela anche come, già in epoca statutaria, il rapporto tra giurisdizione e sistema delle autonomie fosse oggetto di un confronto critico e mai sopito.

Anche nel corso dei decenni successivi all'Unità, il confronto politico e scientifico sull'unitarietà/decentramento della Cassazione restò serrato, "intrecciandosi con la complessa evoluzione sia della forma di Stato sia della forma di governo del Regno" (p. 19), a dimostrazione del fatto che, sul modello prescelto dal legislatore postunitario (quello francese della *Cour de Cassation* esteso all'intero Paese, anche se con talune variazioni sul tema, dettate dal retaggio "policentrico" delle Cassazioni, come si dirà a breve), permanevano non pochi dubbi e criticità. Invero, il legislatore postunitario -osserva l'A.- mai prese definitivamente posizione sulla natura della giurisdizione suprema. Tra i segni più evidenti dell'indecisione del legislatore e della confluenza, nella riorganizzazione dell'ordinamento giudiziario in epoca liberale, di più istanze confliggenti tra loro, vi furono due norme caratterizzanti il R. D. 6 dicembre 1865, n. 2626, che, da un lato, estese a tutti i territori annessi l'ordinamento giudiziario piemontese, adottato poco prima dell'Unità (tramite il cd. Ordinamento Rattazzi, R.D. 13 novembre 1859, n. 3781). Ma, d'altro lato, e a conferma di quelle indecisioni, l'art. 285 del cit. R.D. n. 2626 del 1865, astenendosi dall'introdurre un'unica Corte di cassazione, optò per il mantenimento dei Giudici di legittimità già operanti a Torino, Firenze, Napoli e Palermo, cui fece seguito, nel 1875, l'istituzione della Corte di cassazione di Roma

(pp. 17-18). La sopravvivenza di più Corti -ricorda l'A.- fu "dettata da ragioni politiche contingenti, espressamente richiamate dallo stesso Ministro Guardasigilli, che suggerivano di evitare scelte di rottura col passato a favore di soluzioni provvisorie" (p. 18).

Lo studio indaga poi il nesso tra ascesa al potere del fascismo e definitiva unificazione delle Corti di cassazione, nel 1923, illustrando i riflessi di tale contestualità nel dibattito in Assemblea Costituente, dove taluni, "affermando la funzionalità dell'unificazione alle esigenze del regime" (p. 39), ne auspicarono il superamento e altri, invece, "valorizzando l'origine liberale di quella scelta" (*ibidem*), ne sostenevano il mantenimento. Le pagine dedicate alle trasformazioni della giurisdizione di legittimità durante l'epoca fascista sono di grande interesse; qui, l'A. è ben attento a problematizzare visioni unilaterali, come quelle che insistono sulla concomitanza meramente temporale tra avvento del fascismo ed unificazione delle Cassazioni civili, "quasi a voler(n)e escludere qualunque rapporto di causalità" (p. 44). D'altra parte, egli sottopone ad attenta analisi le tesi che rimarcano una matrice *tout court* totalitaria dell'unificazione, quale esplicitata, ad esempio, dall'art. 65 del nuovo ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), che individuò, quale compito della Corte di cassazione non solo (come negli "artt. 122 del R.D. 2626/1865 e 61 del R.D. 2786/1923), il mantenimento dell'esatta osservanza delle leggi, ma anche l'uniformità della giurisprudenza. Il riferimento testuale all' "unità del diritto oggettivo nazionale" suonerebbe -a parere di tali tesi- come proclama di uno Stato etico che ha un "suo" diritto da conservare, al quale "i giudici di merito devono conformarsi e del cui ossequio la Suprema Corte deve farsi garante', esprimendo appieno la proiezione dell'ideale nazionalistico proprio del fascismo e, dunque, sollecitando un organo necessariamente unico collocato al vertice della piramide giudiziaria" (p. 42).

Mettendo in guardia dai rischi di unilateralismo propri dell'uno e dell'altro tipo di approcci, l'A. tiene a sottolineare "il saldo radicamento nell'epoca liberale della tensione unificatrice, ampiamente sostenuta dalla stessa magistratura" (p. 44), mostrando come la tesi della matrice fascista dell'unificazione abbia trascurato l'incidenza dei persistenti interrogativi sul rapporto di continuità, o invece di rottura, tra fascismo ed ordinamento statutario. La funzionalità di una "guida unica nell'interpretazione della legge, per quanto coerente con le esigenze uniformanti del fascismo', rispondeva – secondo Panzeri – ad una esigenza in realtà già teorizzata da Calamandrei ben prima dell'ascesa del regime e, comunque, propria di ogni ordinamento giuridico moderno. Già dall'ultimo decennio del XIX secolo, dunque, il configurarsi di uno scenario socio-economico profondamente mutato rispetto ai primi anni successivi all'unificazione del Regno aveva sollecitato un sistema giurisdizionale in grado di fare sintesi e la conseguente esistenza di una giurisdizione suprema non più meramente operante a garanzia della separazione dei poteri, come nel modello originario, ma capace di assicurare l'aggiornamento

del diritto legislativo attraverso orientamenti coerenti, che soltanto un'unica Corte di cassazione poteva immaginarsi capace di offrire" (pp. 46-47).

Come anticipato poc'anzi, le contrapposte tesi circa i rapporti tra le forme di Stato (Stato liberale, Stato fascista, Stato democratico) susseguitesi in Italia tra Ottocento e Novecento, da un lato, e struttura e funzioni della Cassazione, dall'altro, confluirono senza grandi soluzioni di continuità in Assemblea costituente (capitoli 2 e 3). Scelta agnostica, o compromissoria, quella lì maturata, visto il silenzio serbato dalla Costituzione sia sulla funzione nomofilattica sia sull'unicità della Corte di cassazione. Dal dibattito attuale sul modello -unico o decentrato- della Suprema corte, l'A. enuclea il profilo di maggior interesse, ovverosia il rapporto tra quel dibattito e l'assetto verticale del Paese, illustrando come la riflessione sul sistema delle autonomie sia (per quanto non necessariamente sovrapponibile, pur sempre però) collegata al dibattito sulla reintroduzione delle Cassazioni regionali e/o sulla regionalizzazione della Cassazione unica e sul ripensamento dell'organizzazione giudiziaria. Anche nel prender posizione contro le ipotesi di ri-territorializzazione della Corte di legittimità, il giudizio dell'A. è, sì, netto, ma molto equilibrato e, soprattutto, fondato su argomentazioni ben sviluppate nel volume che qui si segnala ai lettori.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Verso il "Codice per la persona con disabilità". Introduzione[*]

ELENA VIVALDI, ANDREA BLASINI[**]

Data della pubblicazione sul sito: 6 marzo 2021

Suggerimento di citazione
E. VIVALDI, A. BLASINI, *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Introduzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

[*] Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

[**] Elena Vivaldi è ricercatrice in Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: elena.vivaldi@santannapisa.it. Andrea Blasini è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna di Pisa. Indirizzo mail: andrea.blasini@santannapisa.it.

Il lavoro, che qui introduciamo, raccoglie una serie di saggi volti ad offrire una disamina quanto più completa dei temi affrontati dal disegno di legge, approvato il 28 febbraio 2019 dal Consiglio dei Ministri, recante una delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità. Le finalità sono essenzialmente due: fornire un apporto per la maturazione e lo sviluppo delle riflessioni sulla materia e, soprattutto, sollecitare le competenti sedi parlamentari ad avviare quanto prima l'iter legislativo.

È fin troppo tempo che è stato approvato il ddl, ma mai ha preso avvio il suo esame da parte del Parlamento. Eppure la Legge di Bilancio per il 2020 ha dedicato apposite risorse al riordino e alla sistematizzazione delle politiche di sostegno alla disabilita (art. 1 comma 330 della Legge n. 160/2019) e, a luglio scorso, il governo ha indicato l'adozione del codice in materia di disabilità come una delle priorità del Programma Nazionale di Riforma.

Tra l'altro, l'avvento del governo Draghi ha ridisegnato la delega della disabilità affidandola a un ministro senza portafoglio *ad hoc* e ciò dovrebbe costituire le nuove basi politiche per portare a compimento il disegno programmatico avviato con l'approvazione del ddl, che andiamo qui ad esaminare.

Esso ha rivelato una certa ambizione e generato non poche aspettative da parte delle persone con disabilità e delle loro famiglie, delle associazioni di rappresentanza e di tutti gli operatori di settore. Tanta attesa non può concludersi con un nulla di fatto, perché la disabilità rappresenta uno dei fianchi scoperti del nostro sistema di welfare e un intervento legislativo, organico e sistematico, potrebbe costituire un momento prezioso per rafforzarne le tutele.

L'iniziativa avanzata dal Consiglio dei Ministri ci è apparsa immediatamente importante e degna di nota perché mira ad una razionalizzazione legislativa in un settore che ha visto negli ultimi quarant'anni una stratificazione di leggi e micro-interventi legislativi, che restituiscono la necessità di un'azione, innanzitutto, *ordinatrice* del vasto corpus normativo accumulatosi e poi di *innovazione* delle politiche pubbliche per la disabilità. L'occasione è questa, dunque, affinché il legislatore ordinario si faccia carico dei diritti e dei bisogni delle persone con disabilità nell'ottica di un'autentica attuazione del dettato costituzionale in nome dei principi personalista, di solidarietà e di uguaglianza. Questa è la stella polare che dovrebbe illuminare sia l'iter di approvazione della legge delega che l'opera del legislatore delegato, evitando il rischio, insito in ogni tentativo di codificazione, che questa si ponga come una mera raccolta di disposizioni preesistenti.

A tal fine è necessario che il disegno legislativo sia accompagnato da puntuali ed efficienti strumenti di applicazione ed esecuzione. Molti sono i punti della delega che saranno valutati non solo per la qualità e l'appropriatezza della disciplina che si intende introdurre, ma soprattutto per l'impatto che esse possono avere sulle amministrazioni pubbliche chiamate a dare loro applicazione in modo efficace ed efficiente. Questo aspetto dovrà essere tenuto in considerazione poiché

una buona amministrazione incomincia da un buon quadro normativo, che si nutra di disposizioni chiare, di semplificazione legislativa, della previsione di un serio sistema di monitoraggio e valutazione sullo stato di attuazione.

Entrando più nel merito del disegno di legge, sono subito evidenti due caratteristiche: mira a produrre una codificazione esaustiva, toccando molti aspetti della materia, e si connota per un alto grado di complessità e tecnicismo. Questi due aspetti impongono che l'elaborazione del prodotto finale, il Codice per la persona con disabilità, sia il risultato di un lavoro attento e meticoloso di una pluralità di voci. Si devono tenere insieme i contributi dei tecnici competenti per materia (giuristi, medici, economisti, ingegneri biorobotici, psicologi etc.) con le istanze delle associazioni di rappresentanza delle persone con disabilità e le valutazioni delle amministrazioni coinvolte.

Gli ambiti, toccati dal testo della delega approvato dal Consiglio dei Ministri, sono, dunque, terreni molto diversi sotto il profilo della facilità dell'intervento del legislatore. Alcuni di essi, come ad esempio quello del sistema di accertamento e certificazione della disabilità, hanno alle spalle un'esperienza consolidata che fornisce delle indicazioni puntuali e chiare su come si dovrebbe intervenire.

Ci sono altri settori, come il sistema dei benefici ed il "Dopo di noi", che invece hanno bisogno di una riflessione approfondita e meritano di essere investiti da un'azione profonda di ripensamento e rinnovamento. Mentre sul primo uno degli scogli principali è legato indubbiamente alle risorse da mettere e alla razionalizzazione delle provvidenze economiche, sul secondo è opportuna riflessione profonda, poiché le legge del 2016 ha parzialmente centrato gli scopi sollecitati dalla società civile ma ha prodotto nella realtà dei risultati molto diversificati, raggiungendo al momento un numero di destinatari molto minore di quanto si era immaginato. Il ddl tocca anche il rapporto tra disabilità e nuove tecnologie. Le potenzialità che le nuove tecnologie possono esprimere vanno attentamente valutate e di conseguenza bisogna comprendere quali spazi legislativi possono essere utilmente occupati per promuovere la loro.

Dunque per la rilevanza delle questioni affrontate e l'ambizione espressa dalle finalità della delega, sembra che il cantiere inaugurato sia veramente ampio, complesso ed articolato. Il numero monografico è stato pensato come un'indagine sistematica su ciascun ambito settoriale che viene affrontato dal disegno di legge e ogni contributo offre una puntuale ricognizione dello stato dell'arte della materia, proponendo eventuali spunti su come potrebbe essere migliorato il testo del ddl o su come dovrebbe essere attuata la delega.

Per questo lavoro ci sia consentito di ringraziare l'ANMIC (l'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili), per aver collaborato a questa ricerca ed averla anche sostenuta finanziariamente.

(Pisa - L'Aquila).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*

EMANUELE ROSSI**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I capisaldi costituzionali del ddl: i principi personalista, solidaristico e di uguaglianza. – 3. Gli ulteriori riferimenti costituzionali richiamati dal ddl. – 4. Principi fondamentali e diritti costituzionali della persona (con o senza disabilità). – 5. Il catalogo dei diritti delle persone con disabilità nel ddl. – 6. I riferimenti espressi alla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea. – 7. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 6 marzo 2021

Suggerimento di citazione
E. ROSSI, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: emanuele.rossi@santannapisa.it.

1. Introduzione

Il disegno di legge che si commenta (da ora in avanti: ddl) si diparte, come è consuetudine, dall'indicazione delle finalità che l'opera riformatoria si prefigge: esse vengono individuate nel fine di "promuovere, tutelare e garantire il pieno ed eguale godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte della persona con disabilità e porre le condizioni affinché sia effettivamente rimosso qualsiasi ostacolo che ne limiti o impedisca la piena partecipazione alla vita economica, sociale e culturale della Nazione". Tale finalità si precisa subito dopo, costituiscono attuazione di una serie di disposizioni costituzionali, che vengono indicate: gli articoli 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 della Costituzione. A ciò si aggiungono gli articoli 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A un livello diverso si dovrebbero collocare i riferimenti a documenti di ambito internazionale (la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata a New York il 13 dicembre 2006 ed "il quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità"), in relazione ai quali il testo in esame indica la necessità di porsi "in armonia".

Non è il caso qui di analizzare con profondità i significati delle espressioni "attuazione" ed "in armonia": ma basti indicare come, anche a livello intuitivo, si tratti di concetti che intendono esprimere un diverso grado di relazione. Mentre infatti la prima (*attuazione*) si rende necessaria per dare "concretezza" alla previsione da attuare, in tutte le ipotesi in cui "l'eccedenza progettuale sottesa alle previsioni costituzionali impedisce che ci si accontenti della semplice applicazione e si metta in campo la capacità progettuale della politica"[1], con la seconda espressione si intende esprimere la necessità di una coerenza, o perlomeno di non contraddizione, tra più norme giuridiche. Va tuttavia ricordato, a tale ultimo proposito, il significato "forte" che dell'espressione "in armonia" dette la Corte costituzionale in relazione ad alcune previsioni di statuti regionali la contenevano: secondo la Corte, "il riferimento all''armonia', lungi dal depotenziarla, rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito" (sentenza 3 luglio

[1] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 785.

2002, n. 304, confermata dalla sentenza 21 ottobre 2003, n. 313 e 17 luglio 2012, n. 198)[2].

In questo breve contributo non mi soffermerò sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva nel nostro Paese con la legge 3 marzo 2009, n. 18, se non per ricordare come tale testo, da considerarsi alla stregua di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.[3], sia ispirato all'obiettivo di "promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità". L'esigenza evidente della Carta, riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, è pertanto "di conformare i vari ordinamenti interni in chiave non già meramente protettiva delle persone con disabilità, ma piuttosto in una prospettiva dinamica e promozionale, volta a garantire a ciascuna di esse la più efficace non discriminazione, non solo sul piano formale ma su quello delle effettive condizioni di esistenza: attraverso, cioè, anzitutto, il pieno e integrale riconoscimento di diritti e di tutele che, in quanto fondamentali, non possono non essere adeguate alla dignità di qualsiasi persona in quanto tale, ma anche attraverso la predisposizione di misure idonee a compensare, per quanto possibile, e nelle forme più compatibili, la condizione di chi si trovi così particolarmente svantaggiato" (sentenza n. 2 del 2016). Finalità che, come si dirà, risultano pienamente compatibili con quanto dispone la nostra Costituzione.

Piuttosto, vorrei limitarmi ad analizzare il primo riferimento, ovvero quello delle disposizioni costituzionali di cui il testo normativo in esame intende porsi come "attuazione". Per far questo, è opportuno richiamare, seppure sinteticamente, le disposizioni costituzionali ivi indicate.

2. I capisaldi costituzionali del ddl: i principi personalista, solidaristico e di uguaglianza

L'art. 2 Cost., in primo luogo, è verosimilmente richiamato nella parte in cui prevede il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili della persona (ovvero del c.d. principio personalista) ed anche per la affermazione del principio di

[2] In merito alla sentenza n. 198/2012, si veda F. GHERA, *Limite della armonia con la Costituzione e leggi ordinarie dello Stato nella sentenza n. 198/2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.

[3] Sul punto, P. ADDIS, *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 2/2016*, in *Federalismi.it*, *Focus Human Rights*, n. 2/2016; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 62 ss.

solidarietà, tale per cui è richiesto ad ogni individuo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Il primo principio, "posto a fondamento dell'intero impianto della Costituzione italiana" (come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 2019), "pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona" (Corte costituzionale, sentenza n. 287/2015) e presuppone pertanto il riconoscimento dell'anteriorità della persona umana e la funzionalizzazione sia delle istituzioni pubbliche che delle formazioni sociali a tale anteriorità: quale espressione del valore della dignità umana, esso è tale da condizionare l'esercizio di ogni potere e contribuisce a definire la stessa teoria della Costituzione[4]. Così considerato, esso "sembra fungere da criterio atto a orientare i bilanciamenti tra principi costituzionali, i quali, proprio in forza di tale assunto, non possono far prevalere presuntivamente le esigenze della collettività, della moltitudine, sui diritti fondamentali del singolo"[5].

Per quanto riguarda invece l'altro principio sancito dall'art. 2, deve ricordarsi che la solidarietà è affermata quale *ratio* giustificatrice dei doveri imposti dalla Costituzione, ed è in quanto tale inscindibilmente connessa al principio personalista: così che si deve ritenere i due principi non possono essere "separabili né concettualmente né praticamente (…): essi sono piuttosto la medesima cosa o, per meglio dire, il principio solidarista è quello personalista in azione, in alcune delle sue più genuine (forse, proprio la più genuina delle) espressioni che ne consentono il pieno appagamento"[6]. La combinazione tra i due principi contribuisce a definire il concetto di persona quale creatura relazionale[7], segnando la differenza tra le espressioni di *individuo* e *persona.* Per tale ragione, non può sorprendere l'affermazione "che la piena eguaglianza delle persone con disabilità passa non solo per il riconoscimento di diritti, ma anche attraverso l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà"[8].

Quanto invece all'art. 3 Cost., esso contiene il riconoscimento, come noto, del principio di eguaglianza, sia nella dimensione c.d. formale ("tutti sono eguali davanti alla legge") che in quella c.d. sostanziale (di cui è espressione il secondo comma, e su cui torneremo). Nella dimensione costituzionale, l'eguaglianza non è più concepita soltanto quale un obbligo per le istituzioni (a partire dal legislatore)

[4] A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013.

[5] A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consultaonline*, n. 2/2019, pp. 363 ss.

[6] A. RUGGERI, *Il principio personalista…*, cit., p. 12.

[7] F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 29

[8] E. VIVALDI, *L'esercizio dei doveri di solidarietà da parte della persona con disabilità*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, pp. 145 ss.

di trattare in modo eguale situazioni eguali o simili, ma anche di regolare in modo diverso situazioni diverse: in questa seconda dimensione, "il cuore e la funzione del principio di eguaglianza si sposta dal piano dei rapporti formali tra la legge e i cittadini (…) a quello della considerazione delle situazioni di diseguaglianza di ordine economico e sociale in cui essi vivono, che impone al legislatore di rimuoverle, mediante interventi riequilibratori"[9].

Con riferimento più specifico al secondo comma dell'art. 3, la condizione di "debolezza" richiede, per usare le parole di Ainis, "uno statuto giuridico differenziato (…): c'è insomma un diritto per i forti, per i sani; e specularmente c'è (dovrebbe esserci) un diritto per i deboli, i diversi"[10]. Proprio per questo è stato autorevolmente sostenuto che l'art. 2 tende soprattutto e preferenzialmente a garantire i *soggetti deboli*, il cui patrimonio di diritti è "maggiormente sottoposto, per la loro condizione umana, a condizionamenti e compressioni"[11].

3. Gli ulteriori riferimenti costituzionali richiamati dal ddl

Al riferimento a questi due articoli, contenuti nella parte della Costituzione riguardante i Principi fondamentali, viene aggiunta nel ddl in esame l'indicazione, come detto, di altre disposizioni, contenute nella Prima parte della Costituzione, dedicata ai Diritti e doveri dei cittadini. Indichiamole brevemente.

L'art. 31 impegna la Repubblica ad agevolare (con misure economiche e altre provvidenze) la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Nel secondo comma, impone di proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù. Al riguardo, la Corte costituzionale ha da tempo affermato il valore della "coscienza della funzione sociale della maternità, del valore dell'inserimento della donna nel lavoro, e quindi della necessità di interventi della società volti a tutelare la maternità stessa", da non disgiungere dalla "considerazione degli interessi del bambino", sì da far ritenere centrale nell'attenzione che il legislatore deve assicurare "il rapporto madre-bambino, visto sotto il profilo della attiva ed assidua partecipazione della prima allo sviluppo fisico e psichico del figlio" (sentenza n. 1 del 1987). Tale ultima esigenza è sempre stata valorizzata successivamente alla pronuncia costituzionale,

[9] P. CARETTI, *Eguaglianza e diritti sociali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto costituzionale*, Mucchi, Modena, 2014, p. 35.

[10] M. AINIS, *I soggetti deboli nella Costituzione italiana*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, pp. 25 ss.

[11] T. MARTINES, *Considerazioni conclusive*, in A. ROMANO (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee: profili storici e comparatistici: atti di un convegno in onore di Francisco Tomàs y Valiente (Messina, 15-16 marzo 1993),* Giuffrè, Milano, 1994, pp. 246 ss.

anche al fine di ampliare l'ambito delle garanzie da riconoscere ad entrambe le figure genitoriali.

L'art. 32 impone di tutelare la salute, sia come fondamentale diritto dell'individuo che come interesse della collettività, anche attraverso la garanzia di cure gratuite agli indigenti. Può essere rilevante anche il secondo comma, che nel consentire trattamenti sanitari obbligatori solo nei casi previsti dalla legge, può essere richiamato come fondamento (insieme ad altre disposizioni) del principio di autodeterminazione personale con riguardo alla salute. Che il diritto alla salute si configuri come "diritto sociale di primaria importanza", il cui contenuto è conformato mediante la determinazione dei livelli essenziali di assistenza "di cui il finanziamento adeguato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per assicurare prestazioni direttamente riconducibili" a tale diritto, è stato recentemente ribadito dalla sentenza n. 62 del 2020 della Corte costituzionale (su tali profili, in termini generali, v. Candido 2017, 121 ss.). Ma potremmo dire come anche la vicenda legata alla diffusione del Coronavirus, con i provvedimenti restrittivi delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, abbia reso evidente a tutti la primaria importanza del diritto in questione, fino al punto che le disposizioni legislative adottate a tutela di quest'ultima (nella sua dimensione collettiva) hanno posto severe e gravi limitazioni, come noto, alla libertà personale, alla libertà di domicilio, alla libertà di circolazione e soggiorno, di riunione, alla libertà religiosa, alle libertà economiche, nonché all'organizzazione delle attività commerciali, scolastiche, e così via. *Salus publica, suprema lex esto*: l'antico motto è tornato di attualità[12].

L'art. 34 sancisce poi il diritto all'istruzione, garantendo l'impegno dello Stato ad istituire scuole e a renderle accessibili a tutti, imponendo altresì l'obbligo di istruirsi per almeno otto anni; mentre l'art. 35 assicura la tutela del lavoro, impone di curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (le altre disposizioni non mi pare riguardino il tema in questione).

Con riguardo al primo diritto richiamato, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo rilevato come "l'inserimento e l'integrazione nella scuola ha fondamentale importanza al fine di favorire il recupero di tali soggetti. La partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione" (sentenza n. 215 del 1987).

[12] V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020.

Infine, l'art. 38 stabilisce che "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale", che devono essere garantite forme di tutela nel caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria". Inoltre, con una previsione direttamente riferita a situazioni considerate dal ddl, si stabilisce che "gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale". Che tale previsione costituisca un'esplicitazione del principio di eguaglianza è riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, che ha espressamente inscritto la condizione di disabilità tra le condizioni personali che limitano l'eguaglianza (sentenza n. 258 del 2017). La considerazione di tale previsione costituzionale alla luce dei principi di dignità umana e di pieno sviluppo della persona ha condotto, come è stato rilevato, "ad una rilettura pretoria della disposizione, per trarne profili sconosciuti ad un'interpretazione letterale"[13]. Da ultimo, con riguardo alla disposizione costituzionale in discorso, merita segnalare la sentenza n. 152 del 2020 della Corte costituzionale, nella quale si è distinto tra la pensione di inabilità civile (rientrante, secondo la Corte, tra le provvidenze destinate al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile si trova inserito), e l'indennità di accompagnamento, invece "diretta a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana ex artt. 2 e 38, primo comma, Cost.", e in quanto tale da considerare quale "provvidenza specifica, funzionalmente diversa ed "aggiuntiva" rispetto alle prestazioni assistenziali connesse alle invalidità".

Sin qui, dunque, le disposizioni della Costituzione italiana richiamate nel ddl.

A queste devono essere aggiunti, come si è detto, due articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: il primo di essi (art. 21) stabilisce che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

Il secondo articolo (art. 26) stabilisce invece che "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità".

Proviamo dunque ad analizzare queste disposizioni, cercando di cogliere in che senso si può ritenere che il loro insieme venga "attuato" dal ddl in questione.

[13] S. SCAGLIARINI, *"L'incessante dinamica della vita moderna". I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 235 ss.

4. Principi fondamentali e diritti costituzionali della persona (con o senza disabilità)

Considererò in primo luogo le disposizioni contenute nella Costituzione italiana.

Esse si collocano su due piani differenti: potremmo dire che i primi due articoli richiamati indicano finalità di carattere generale (coerentemente con la loro collocazione sistematica), mentre gli altri contengono previsione di carattere più specifico e settoriale. In altri termini: il principio personalista, quello di solidarietà e quello di eguaglianza riguardano ogni dimensione della vita individuale e collettiva, trattandosi di previsioni di carattere generale che contengono (e "aprono" a) tutti i singoli e specifici diritti successivamente indicati, come anche ad altri che possano essere individuati e introdotti (o mediante un'interpretazione evolutiva dell'art. 2 e di altre previsioni, oppure attraverso l'introduzione di nuove disposizioni costituzionali, ovvero ancora mediante un incremento del catalogo dei diritti riconosciuti da atti internazionali in qualche modo recepiti nell'ordinamento italiano). Dette disposizioni, dunque, contengono tutto ciò che si dovrebbe dire: e cioè che ad ogni persona in quanto tale - e perciò indipendentemente da ogni elemento che la distingue dalle altre (ovvero da ogni "condizione personale o sociale") - devono essere garantiti tutti i diritti che l'ordinamento riconosce. E che tale garanzia deve essere assicurata in condizioni di eguaglianza: che – come si è detto - richiede parità di regole giuridiche nel caso di parità di situazioni, ma anche misure positive specifiche nel caso di situazioni di partenza differenti, tali da richiedere misure compensative atte a garantire la parità di fatto.

Questo deve essere considerato, dunque, lo "statuto costituzionale" di ogni persona: a quelle che hanno una o più disabilità, in tale prospettiva, dovranno essere riconosciuti e garantiti tutti i diritti che la Costituzione (e le altre norme da essa richiamate) assicura a loro come agli altri. Aggiungere specificazioni a ciò può senz'altro essere utile (in quanto *plus semper in se continet quod est minus*), purché sia chiaro che il diritto alla salute (per fare un esempio) deve essere garantito alla persona con disabilità non in quanto viene richiamato l'art. 32 Cost., ma in quanto tale diritto costituisce parte integrante del catalogo dei diritti inviolabili che spettano a ciascuno. Lo ha sancito anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 213 del 2016: "La salute psico-fisica del disabile quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., rientra tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.)".

Insomma, come già bene ha scritto Ugo de Siervo, "la persona umana, considerata libera e tendenzialmente eguale, è data per presupposta come base per le diverse disposizioni costituzionali che prevedono e disciplinano i diritti e doveri: i problemi posti dalle persone disabili sono quindi problemi che riguardano tutte

e ciascuna delle situazioni disciplinate nella Costituzione"[14]. Più recentemente, un attento studioso della materia lo ha ribadito con particolare chiarezza: i diritti delle persone disabili "sono i diritti di tutte le persone, con l'unica differenza che per affermarli occorre tradurli in una specifica situazione, qual è la disabilità, comunque sempre possibile nella condizione umana"[15]. E ciò trova conferma anche nella costante giurisprudenza costituzionale: la recente sentenza n. 83 del 2019, riprendendo principi ripetutamente affermati, ha ricordato come "sulla condizione giuridica della persona con disabilità confluisce un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale", insistendo "sulla certezza delle disponibilità finanziarie necessaria a garantire i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali: servizi che richiedono di essere erogati senza soluzioni di continuità".

In questa prospettiva, dunque, possiamo considerare il riferimento, operato dal ddl, agli articoli 31, 32, 34, 35 e 38 Cost. alla stregua di specificazioni, di "invito a non dimenticare" che anche quei diritti devono essere garantiti: un po' come la Costituzione fa nelle disposizioni in cui specifica alcuni ambiti nei quali deve applicarsi il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 (si pensi, ad esempio, all'art. 51, 48, e così via).

Ciò induce tuttavia ad interrogarci se, una volta scelta la via di non limitarsi ai due principi fondamentali, siano soltanto quelle richiamate le disposizioni costituzionali da considerare con specifica attenzione, o se invece non ve ne siano altre che meriterebbero specifico e puntuale richiamo, e la cui mancata indicazione può pertanto suscitare dubbi. Ne indico alcune, quasi a mo' di esempio.

5. Il catalogo dei diritti delle persone con disabilità nel ddl

L'art. 4, anch'esso compreso tra i Principi fondamentali, contiene la garanzia di un diritto, al primo comma, e la previsione di un dovere al secondo. Quanto al primo, come ben noto, è riconosciuto a tutti i cittadini il diritto al lavoro; quanto al secondo, è stabilito il dovere di ciascuno di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Entrambe queste dimensioni riguardano anche – né potrebbe essere diversamente, anche alla luce di quanto detto – le persone con disabilità: sul diritto al lavoro credo non vi sia bisogno di sottolinearne la rilevanza[16], e il richiamo (contenuto nel ddl) all'art. 35 certamente non esaurisce - né quindi esclude - la opportunità di un richiamo anche

[14] U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 37 ss.

[15] C. COLAPIETRO, I *diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazion*e, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 154.

[16] F. LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, CEDAM, Padova, 2004.

all'art. 4, sia per il suo valore di principio fondamentale che per il suo contenuto "fondante" del diritto al lavoro. Né sembrerebbe opportuno eludere il richiamo al secondo comma dello stesso articolo, alla cui base vi è l'idea che consentire ad ogni persona, nel rendersi partecipe del progresso sociale, di realizzare pienamente la propria dignità sia condizione per la valorizzazione del principio di solidarietà (come sopra indicato).

Ma anche gli articoli della Prima parte – tutti o in buona parte – in quanto garantiscono diritti inviolabili devono costituire il catalogo delle previsioni costituzionali da attuare con riguardo alle persone con disabilità: penso, tra questi, all'art. 13 sulla libertà personale, all'art. 14 sulla libertà di domicilio e l'art. 16 sulla libertà di circolazione e soggiorno. Anche su questi diritti si potrebbe indugiare a lungo: mi limiterò segnalare alcuni aspetti.

Se, per iniziare dall'art. 13, nella libertà personale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte costituzionale, sentenza n. 471 del 1990), e le libertà di circolazione e soggiorno "altro non sono che manifestazioni della libertà personale" (sentenza 30 giugno 1960, n. 45), come non considerare tali libertà rilevanti in relazione al tema delle barriere architettoniche e delle relative esigenze di abbattimento? L'affermazione di tali diritti non può essere vista soltanto nella dimensione di una libertà "negativa", ma va colta, con riguardo alle condizioni personali di coloro che hanno difficoltà di deambulazione autonoma, come esigenza di porre in essere quelle misure finalizzate alla piena usufruibilità di essi, anche in base all'evoluzione degli strumenti tecnici e tecnologici. Né vi è bisogno di sottolineare come tali libertà siano strumentali e funzionali all'esercizio di altri diritti: dalla libertà di istruirsi, a quella di svolgere attività ludiche o sportive, alla socializzazione, e così via. Appare pertanto riduttivo il fine indicato dal primo tentativo normativo di eliminare le barriere architettoniche (art. 27 legge 30 marzo 1971, n. 118) con il riferirsi alla necessità di "facilitare la vita di relazione": e analogamente deve dirsi per il relativo regolamento di attuazione (DPR 27 aprile 1978, n. 384), che ne motivava l'abbattimento in quanto "di ostacolo alla vita di relazione dei minorati". Una maggiore apertura si è realizzata con la legge 5 febbraio 1992, n. 104, che all'art. 8 ha individuato nelle misure finalizzate all'abbattimento delle barriere sia fisiche che architettoniche la finalità di assicurare "l'inserimento e l'integrazione sociale della persona handicappata": più correttamente deve dirsi – a me pare – che l'eliminazione delle barriere (di ogni tipo) è funzionale alla garanzia di tutti i diritti della persona, e perciò – al fine – alla tutela della propria dignità (la disciplina vigente, contenuta nel testo unico sull'edilizia approvato con D. P. R. 6 giugno 2001 n. 380 si limita a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica, sovvenzionata ed agevolata").

Lo ha detto in termini molto chiari la Corte costituzionale, là dove ha riconosciuto che l'accessibilità costituisce "una *qualitas* essenziale degli edifici

privati di nuova costruzione a uso di civile abitazione, quale conseguenza dell'affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, preventivamente, ogni possibile ostacolo alla esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da handicap fisici" (sentenza n. 167 del 1999); mentre in una successiva pronuncia essa ha ricondotto la normativa sul superamento delle barriere architettoniche "all'esigenza di una generale salvaguardia della personalità e dii diritti dei disabili (avente) base costituzionale nella garanzia della dignità della persona umana" (sentenza n. 251 del 2008)[17].

Gli art. 13 e 16 Cost., così considerati, sono pertanto strettamente connessi, come si è detto, al principio personalista e alla connessa garanzia della dignità umana.

Ma non è soltanto il tema dell'abbattimento delle barriere architettoniche ad essere interessato dalle libertà richiamate: si pensi, ancora a mo' di esempio, alla connessione tra diritto all'istruzione e strumenti tesi a favorire lo spostamento delle persone con disabilità: la sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale ha sottolineato al riguardo come "il servizio di trasporto scolastico e di assistenza per lo studente disabile (…) costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività" del suo diritto all'istruzione.

Un secondo esempio: l'istituzionalizzazione e le politiche tese al suo superamento. Sappiamo come tale tema sia avvertito con particolare sensibilità – e giustamente – da parte delle persone con disabilità, e come al contempo esso sia rilevante per la società nel suo insieme, in termini di integrazione e pari opportunità. Si tratta di un tema che deve essere collocato nell'ambito dell'art. 14 Cost., oltre che delle altre due disposizioni costituzionali indicate: potersi scegliere il domicilio nel quale vivere, con quell'insieme di garanzie a ciò connesse (e tra queste, ad esempio, quelle relative alla dimensione familiare), impone di ritenere – almeno in linea tendenziale – non compatibili le forme di istituzionalizzazione (più o meno) "coatta" che possono essere previste dall'ordinamento. La legge 22 giugno 2016, n. 112 espressamente prevede l'attivazione e il potenziamento di programmi di intervento volti a favorire "percorsi di deistituzionalizzazione e di supporto alla domiciliarità in abitazioni che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare (art. 4, comma 1, lett. *a)*), come pure la necessità di favorire "programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità grave" (art. 4, comma 1, lett. *d)*: finalità che costituiscono attuazione delle libertà sancite dagli artt. 13, 14 e 16 Cost.

[17] Sul tema dell'accessibilità si veda C. REDI, *L'accessibilità nelle politiche per i soggetti disabili*, in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 315 ss.

Sempre nella logica di quali disposizioni costituzionali sia necessario attuare ad opera del ddl in esame, sorprende l'indicazione dell'art. 31 Cost. e il mancato riferimento, invece, agli art. 29 e 30. Da questi devono infatti trarsi alcuni principi riguardanti (anche) le persone con disabilità: pensiamo al diritto di formare una famiglia e al principio di parità dei coniugi, come pure al dovere dei genitori di istruire, mantenere ed educare i figli che ha come "corrispettivo" il diritto di questi ultimi di esser istruiti, mantenuti ed educati. Con riguardo a tale ultimo punto non vi è necessità di sottolineare come la rilevanza del tema del "dopo di noi"[18], inteso quale fase della vita nella quale la rete familiare di supporto e assistenza non potrà prendersi cura della persona, si muova esattamente sul presupposto dell'importanza della famiglia nel sostegno complessivo di molte persone con disabilità, e di come – conseguentemente – provvedere nel momento in cui quel sostegno viene meno. In una peraltro discussa sentenza della Corte costituzionale (sentenza n. 2 del 2016)[19], il Giudice delle leggi ha rilevato come "sia proprio la famiglia la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da mantenere intra moenia il relativo rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza".

Non voglio dilungarmi oltre nell'elenco degli articoli della Costituzione che dovrebbero quindi essere richiamati, una volta scelta la via di costruire un "catalogo" esemplificativo della previsione generale di cui all'art. 2 Cost.: bastino quelli indicati a segnalare come ogni elenco potrebbe risultare incompleto e parziale. Un'ultima eccezione però vorrei fare: perché non indicare anche l'art. 51, e quindi il diritto di ogni cittadino ad "accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza"? Pensiamo all'importanza che le nostre assemblee elettive, a tutti i livelli di governo territoriale, siano effettivamente rappresentative delle diverse sensibilità ed anche dei diversi interessi presenti nella società, e di come le une e le altre potrebbero (o dovrebbero) essere rappresentate meglio da chi vive in determinate condizioni. Riconoscere il diritto delle persone con disabilità ad accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza potrebbe pertanto essere funzionale non soltanto alla necessaria garanzia di un diritto individuale, ma anche alla migliore efficacia delle stesse istituzioni rappresentative.

Mi fermo qui, con riguardo alla Costituzione, perché credo che sia chiaro l'esito delle mie considerazioni.

[18] E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012.

[19] R. BELLI, *Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il de profundis per i disabili, in Osservatorio sulle fonti*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018.

6. I riferimenti espressi alla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea

Veniamo ora alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea di cui il testo in esame si propone di essere attuazione.

L'art. 21 costituisce la "versione europea" del principio di eguaglianza, espresso nella sua versione "negativa", ovvero con un elenco di discriminazioni vietate. Il riferimento ad esso, nel ddl in esame, è quindi corretto ed opportuno, e vale a rafforzare il richiamo all'art. 3 della nostra Costituzione. Volendo, si può rilevare che l'elenco di discriminazioni vietate in esso contenuto è più ampio di quello di cui alla disposizione interna, almeno nelle specificazioni: in particolare, per ciò che qui interessa, alle "condizioni personali" di cui all'art. 3 Cost. fanno riscontro alcune ipotesi più circoscritte, e tra queste "gli handicap". Al di là dell'espressione linguistica utilizzata, possiamo ritenere che un testo legislativo che si propone di definire un quadro organico della disciplina di tutela e sostegno alle persone con disabilità possa sicuramente costituire attuazione del principio di non discriminazione in ragione degli handicap.

L'altra disposizione della Carta europea che viene richiamata (art. 26) è specificamente rivolta ai soggetti con disabilità, impegnando l'Unione, come si è detto, a riconoscere e rispettare "il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità". Anche tale disposizione è senz'altro correttamente (ed anzi opportunamente) richiamata: essa può essere considerata come fondante (e legittimante) l'introduzione di azioni positive finalizzate a garantire la realizzazione di forme di uguaglianza sostanziale. Come è noto, infatti, l'eguaglianza non si realizza soltanto evitando l'adozione di misure discriminatorie, ma anche introducendo misure che mirano a rimuovere le condizioni di disparità effettivamente esistenti. E le "misure" cui fa riferimento la disposizione euro-unitaria si pongono sicuramente all'interno di questa prospettiva, come confermano le diverse misure che sono state adottate successivamente, fino – da ultimo – alla Risoluzione del Parlamento europeo sulla strategia disabilità post-2020[20].

7. Conclusioni

Come può dunque osservarsi, possiamo dire, in conclusione, che lo statuto costituzionale della persona con disabilità sia particolarmente ampio ed articolato, grazie anche alla giurisprudenza costituzionale che ha arricchito di contenuto le disposizioni della nostra Costituzione, nonché alle previsioni contenute in

[20] Si veda G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020.

documenti di provenienza internazionale ed euro-unitaria. Sì che, come si è cercato di dimostrare, ogni tentativo di esplicitare il quadro generale già ben definito dai principi contenuti negli articoli 2 e 3 della Costituzione rischia di non dare piena contezza della ricchezza dei suoi presupposti.

Pertanto, un disegno di legge che si prefigge di realizzare un'opera (meritoria) di "semplificazione e codificazione in materia di disabilità" dovrebbe mirare a dare concretezza al disegno costituzionale complessivo: un disegno, come si è cercato di dimostrare, nel quale ogni persona deve essere messa nelle condizioni di realizzare pienamente sé stessa, a prescindere dalle proprie condizioni di partenza.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*

FABIO PACINI**

Sommario: 1. Premessa: disabilità e riassetto della normativa. – 2. Il nodo del grado d'innovatività, dai "testi unici" ai "codici di settore". – 3. Verso un Codice per la persona con disabilità? Il disegno di legge delega. – 3.1. Il procedimento di adozione dei decreti legislativi. – 3.2. Monitoraggio (e valutazione?).

Data della pubblicazione sul sito: 6 marzo 2021

Suggerimento di citazione
F. PACINI, *Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Ricercatore t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi della Tuscia di Viterbo. Indirizzo mail: pacini@unitus.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Premessa: disabilità e riassetto della normativa

Nelle politiche relative alla persona con disabilità è particolarmente stringente la necessità di garantire concreta attuazione a diritti che richiedono, spesso, una pluralità d'interventi coordinati. La garanzia dell'effettività di tali diritti ha una diretta derivazione costituzionale, come appare fin dalla limpida formulazione degli articoli 2 e 3 Cost., e non solo[1]; è inoltre presente, oggi, una rilevante "copertura" proclamata a livello sovranazionale[2]. Al contempo, il tema del riassetto delle disposizioni normative secondo schemi organici, assieme ad aspetti quali la "buona scrittura" delle leggi, rappresenta una delle principali sfide che lo Stato e le Regioni sono chiamati ad affrontare affinché il proprio ordinamento sia all'altezza dei compiti loro assegnati dalla Costituzione e dalle Carte che, a livello sovranazionale, ci si è impegnati a rispettare. È ormai ampiamente condivisa la percezione del rilievo del riassetto di settore nel complessivo quadro del sistema delle fonti, stante la perdita di centralità dei Codici "storici" (civile e penale in primo luogo) a favore di una legislazione speciale di dettaglio. Lo studio del fenomeno si è poi quasi sempre incrociato con le più ampie istanze di semplificazione e qualità della normativa in senso ampio, seguendone da presso le varie fasi che si sono succedute, fino appunto alla consapevolezza dell'importanza del riordino mediante raccolte normative organiche. Negli ultimi decenni, ai

[1] E. ROSSI, *Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 451 ss.; *amplius*, ID., *Commento all'art. 2* e A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, comma 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006; cfr. A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 14 ss. Si vedano inoltre, specificamente sulla disabilità, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità durante la crisi economica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, FrancoAngeli, Milano, 2017, pp. 209 ss. ed E. VIVALDI, *Disabilità e diritti sociali: dal contesto internazionale a quello regionale*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e "dopo di noi". Strumenti ed esperienze*, Cesvot, Firenze, 2013, pp. 17 ss.

[2] Anche per riferimenti ulteriori alla tutela "multilivello" si veda di recente P. ADDIS, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro*, in *DPCE Online*, n. 4/2020, pp. 2971 ss.; diffusamente, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit., in part. pp. 48 ss., e in precedenza C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 297 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 41 ss.; cfr. R. BELLI, *Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 25 ss.

diversi livelli di governo la questione del riassetto normativo è stata dunque affrontata come problematica connessa con la – concettualmente ben diversa – semplificazione amministrativa, intesa come riduzione degli oneri "burocratici" richiesti al cittadino[3]. Una rappresentazione plastica di questo fenomeno è data dalla nota legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. *Bassanini*). Profili di semplificazione normativa e amministrativa vi s'intrecciano, legandosi a loro volta all'ampliamento delle competenze regionali e la modernizzazione dell'apparato statale.

Da un punto di vista di politica del diritto, risistemando enunciati normativi all'interno di un sistema organico si va a guidare in maniera più stringente l'opera dell'interprete; l'ordinamento "ricomposto" si fa meno puntiforme e frammentario, quindi potenzialmente più efficace nella tutela dei diritti, aumentando la capacità d'incidenza sulla realtà. Si consideri, tuttavia la sfida ulteriore posta dal tema qui ad oggetto: appare ben difficile ricondurre la disabilità a concetto astratto, laddove quel che è tangibile è l'esistenza di persone con differenti disabilità[4]. E ciascuna persona con disabilità ha diritto a veder rispettata la propria peculiare storia e le proprie aspirazioni, inclinazioni e progetti, insuscettibili di essere ricondotti a una sola "materia". Dunque, in un'ottica orientata ai diritti ed alla loro effettività, per un riassetto è necessario "tagliare" trasversalmente l'agire pubblico, incentrando il testo sulla persona del destinatario, adottando una prospettiva volta a cogliere il complesso (e la complessità) degli interventi ma, soprattutto, della volontà e delle aspirazioni della persona con disabilità.

Al contempo, considerando l'ineliminabile funzione (anche) "comunicativa" di un testo di legge, un'operazione del genere ha senso se volta ad impostare ed accompagnare concretamente quel cambio di paradigma culturale che – nel solco tracciato dalla Costituzione – porti ad una concezione orientata ai diritti della *persona*, e in particolare della persona con disabilità. È questo cambio culturale a cui deve mirare uno strumento giuridico di riassetto, che possa poi risultare la base sulla quale innestare riforme ulteriori.

2. Il nodo del grado d'innovatività, dai "testi unici" ai "codici di settore"

Fin dagli albori dell'esistenza dell'Italia come stato unitario, le riforme settoriali sono state sovente accompagnate da collazioni del materiale normativo sparso che

[3] Per una ricostruzione del dibattito si veda fra i molti E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, in part. pp. 49 ss.

[4] La stessa Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità parla, nel Preambolo, di disabilità come «concetto in evoluzione». Cfr. per gli aspetti definitori L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, pp. 335 ss.

andava a comporre, appunto, il "testo unico"[5]; l'uso della parola "codice" è rimasta, invece, a lungo legata all'esperienza delle grandi codificazioni secondo il modello napoleonico. Per quanto riguarda gli aspetti che qui rilevano, cioè, un modello sorto con dichiarata funzione unificante (e uniformante[6]) di alcuni, grandi settori della vita del cittadino da parte dello Stato: idea di chiarezza ed univocità nel segno della legge.

Nel contesto attuale dell'ordinamento italiano, invece, è ben noto lo stato caotico in cui versa lo stesso sistema legislativo, di talché sono spesso invocati interventi di "semplificazione", peraltro intendendo con ciò anche concetti molto diversi l'uno dall'altro[7]. Procedendo per sommi capi, date la pluralità e la complessità dei compiti (attivi o, almeno, di regolazione) che lo Stato è oggi chiamato a svolgere, si è affermata – dopo un cammino tutt'altro che lineare – l'idea di procedere ad un riassetto per singoli settori.

In quest'ottica, il principale snodo diventa quindi il grado d'innovatività di ciascuna operazione: mero coordinamento o riforma contestuale al riordino? In base alla scelta operata (dal legislatore) fra le due possibilità, è possibile analizzare l'idoneità dello strumento utilizzato – solitamente, una legge delega – a raggiungere lo scopo perseguito. Subito dopo l'infelice parentesi dei testi unici misti (comprendenti cioè disposizioni legislative e regolamentari insieme), la politica di riassetto normativo dell'ordinamento italiano si è indirizzata sullo strumento, appunto, dei codici di settore, basati sullo schema dell'art. 20 della l. n. 59 del 1997 novellato, da ultimo, dalla l. n. 246 del 2005 e "affinato" con l'apporto del Consiglio di Stato in sede consultiva (in part. Cons. Stato, ad. gen. 25 ottobre 2004); si è inteso, con ciò, riorientare la semplificazione normativa verso una più spiccata innovatività e coerenza interna dei testi[8].

Inoltre, come indicato dall'art. 20 della l. n. 59 del 1997, l'operazione di riassetto delle disposizioni primarie non dovrebbe prescindere dal contestuale riassetto delle disposizioni di rango regolamentare, opportunamente coordinando le due operazioni; due testi separati, quindi, ma pensati e "costruiti" nell'ambito di una stessa operazione (com'è avvenuto nel caso del d.lgs. n. 66 del 2010, Codice

[5] Per un sintetico *excursus* storico, si rimanda a R. VIRIGLIO, *La neocodificazione: riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Jovene, Napoli, 2007, p. 9 e ss.

[6] Cfr. quanto premesso da P. ADDIS, *Francia: l'istituzione dell'*Haut Conseil à la Vie Associative, *Non profit,* 2013, 4, p. 141 e ss.

[7] Per tutti si vedano E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit. e S. PANIZZA (a cura di), *La qualità degli atti normativi e amministrativi*, Pisa University Press, Pisa, 2016.

[8] Cfr., diffusamente, G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Cedam, Padova, 2007, pp. 55 e ss.

dell'ordinamento militare, che ha visto la luce assieme al d.P.R. n. 90 del 2010, comprendente le disposizioni regolamentari nella stessa materia e organizzato secondo lo stesso schema). Al contempo, è assolutamente necessario – e dovrebbe essere specificato già nella legge delega – che sia disposta l'abrogazione espressa delle disposizioni che si vanno a sostituire.

Gli ultimi decenni sono stati nel complesso caratterizzati da una politica di semplificazione che si rivela – per così dire – continua e discontinua al contempo[9]: si dichiara una costante tensione per il fine, ma si susseguono mezzi diversi. Peraltro, anche la riforma del Titolo V della Costituzione ha cambiato – o avrebbe dovuto cambiare – almeno in parte i termini del dibattito sulle politiche di semplificazione normativa, non solo per il più ampio spazio che si trovano ad avere le Regioni, ma anche per il diverso ruolo che viene attribuito alla normativa statale nel suo complesso, in grado – teoricamente – di riverberare su qualunque attività di semplificazione o riassetto[10]. Peraltro, proprio le Regioni si sono dimostrate da sempre più ricettive degli stimoli provenienti dalla dottrina con riferimento alle tecniche normative[11]. Valgono però per tutti i livelli di governo le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato, per il quale «se il modello illuministico della codificazione è sicuramente scomparso […], l'esigenza di raccogliere organicamente le norme che disciplinano una stessa materia si fa sempre più pressante: tale esigenza ha consentito, negli ultimi anni, un ritorno anche del concetto di codificazione […]. Siamo in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore»[12].

Chiaramente, una codificazione unitaria delle politiche in favore della persona con disabilità deve tener conto del pluralismo delle realtà che va a normare. Del resto, accanto alla frammentazione – per così dire – "patologica" della normativa vi è anche la "fisiologica" pluralità di fonti dovuta alla (più o meno consapevole) presa d'atto di un contesto multiforme: il riassetto della normativa e la sua risistemazione in un *corpus* unitario non devono in nessun modo sacrificare questa ricchezza di esperienze, quanto piuttosto consentirne un più agevole dispiegarsi

[9] Cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 190 ss.

[10] Si rimanda in proposito a V. CASAMASSIMA, *Le leggi annuali di semplificazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 272 s.

[11] Si vedano ad esempio il capitolo *La qualità della legislazione regionale*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, Brescia, 2011, p. 277 ss. e il Libro III di P. COSTANZO (a cura di), *Codice di* drafting, in www.tecnichenormative.it (costantemente aggiornato).

[12] Cons. Stato, ad. gen. 25 ottobre 2004, par. 2.3

tramite un quadro normativo accessibile e chiaro. Come chiaramente sintetizzato dal Consiglio di Stato, infatti, un possibile risvolto negativo della codificazione di settore è infatti dato dal «frazionamento degli aspetti soggettivi che contrasta con riordino e semplificazione», per cui «la codificazione di settore [...] non deve condurre al paradosso di sconfessare le finalità stesse dell'accorpamento e portare a conseguenze ulteriori la decodificazione. Si potrebbero inoltre causare antinomie e incongruenze tra i codici di settore, frammentando ulteriormente l'ordinamento in sottosistemi a principi separati e autonomi, con discontinuità, contraddizioni e incertezze reciproche […]»[13]. Il Consiglio di Stato ha quindi operato una condivisibile distinzione fra i casi nei quali il decentramento di norme generali in codici di settore è accettabile e quelli nei quali, invece, sortirebbe effetti negativi: il discrimine sta nelle caratteristiche di «complessità, specialità, tecnicismo circa rapporti interprivati connotati da una funzione di protezione o di garanzia»[14].

3. Verso un Codice per la persona con disabilità? Il disegno di legge delega

All'art. 1, il Governo è delegato ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, «uno o più decreti legislativi volti ad armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione del 'Codice per la persona con disabilità'». Al di là della sua scarsa portata normativa (al massimo di ausilio all'interpretazione), mostra consapevolezza del quadro costituzionale e sovranazionale il richiamo, nell'art. 1, all'attuazione «degli articoli 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 della Costituzione, degli articoli 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea» ed all'«armonia con i princìpi sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, e con il quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità».

L'art. 2 pare delimitare l'*oggetto* della delega, che appunto per l'art. 76 Cost. ha da essere definito. Vi è un elenco, dalla *a)* a *i)*, dei settori nei quali i decreti legislativi sono chiamati ad intervenire, dalla definizione della condizione di disabilità al suo accertamento, disciplina dei relativi benefici etc.[15].

Princìpi e criteri della delega, anch'essi requisiti indefettibili per l'art. 76 Cost., sono elencati all'art. 3; si va dalla lettera a) alla lettera p), e in alcuni di questi punti

[13] Cons. di Stato, adunanza del 24 febbraio 2010, par. 1.2.

[14] *Ibidem*.

[15] Per comodità, si elencano qui per esteso: a) definizione della condizione di disabilità; b) accertamento e certificazione; c) disciplina dei benefici; d) sistemi di monitoraggio, verifica e controllo; e) promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale; f) abilitazione e riabilitazione; g) istruzione e formazione; h) inserimento nel mondo del lavoro e tutela dei livelli occupazionali; i) accessibilità e diritto alla mobilità.

si prevede una sottopartizione indicata da numeri. Ai fini di questo contributo, appare il caso di esaminare partitamente le lettere dalla a) alla e), in quanto direttamente concernenti l'operazione sotto il profilo della tecnica con la quale si delega il potere al Governo.

Alla lettera a) si prevede che il legislatore delegato debba «organizzare le disposizioni per settori omogenei o per specifiche attività o gruppi di attività». Ciò è appunto coerente con la finalità di un riassetto di materiale normativo in precedenza "sparso", in base all'assunto per il quale una volta "riordinato" esso possa risultare più comprensibile e fruibile dagli interessati come dagli operatori. Di particolare interesse la lettera b), per la quale il Governo è chiamato a «coordinare sotto il profilo formale e sostanziale il testo delle disposizioni legislative vigenti anche di recepimento e attuazione della normativa europea, apportando le opportune modifiche volte a garantire o migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa».

Assume un certo rilievo, anche sotto il profilo dell'operazione "culturale" sottesa a questa operazione, l'aspetto previsto *sub* c): «adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo». Com'è noto, infatti, persistono nell'ordinamento una pletora di diverse parole e locuzioni per indicare la persona con disabilità, assai spesso desuete se non, addirittura, offensive o comunque ormai percepite come sgradevoli: si pensi, per tutte, alla l. 5 febbraio 1992, n. 104, che fa riferimento alla «persona handicappata»[16]. Doveroso – e cruciale per una buona riuscita dell'operazione sotto il profilo della qualità normativa – quanto indicato alla lettera d), ovvero indicare esplicitamente le norme da abrogare, fatta salva comunque l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile. Paradossalmente, invece, non chiarissimo il contenuto della lettera e), «assicurare l'unicità, la contestualità, la completezza, la chiarezza e la semplicità della disciplina relativa a ogni attività o gruppo di attività»: non appare evidente, infatti, in che rapporto ciò dovrebbe stare con quanto previsto alla lettera a). Forse in termini, per così dire, di versante "sostanziale" di quanto si prevede di fare, sotto il profilo formale, con la lettera a); non è chiaro però, allora, perché ci si riferisca alla *disciplina* e non all'attività in sé.

3.1 Il procedimento di adozione dei decreti legislativi

Merita senz'altro attenzione l'art. 1 comma 4, laddove si delinea un procedimento articolato per l'adozione dei decreti legislativi. Si prevede infatti, anzitutto, quanto segue: «I decreti legislativi di cui al comma 1, sono adottati su proposta del

[16] Sul rilievo del linguaggio normativo si veda, per tutti, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, Roma, 2017.

Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e del Ministro per la famiglia e le disabilità, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri competenti. Sugli schemi di decreti legislativi è acquisito il parere della Conferenza Unificata che è reso nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione di ciascuno schema, decorso il quale il Governo può comunque procedere, o, ove occorra, è acquisita l'intesa della medesima Conferenza ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 281 del 1997». Come indicato nel *Rapporto sullo stato della legislazione* con riferimento a 2017 e 2018, la «tendenza più interessante della giurisprudenza del biennio preso in esame è costituita dall'attenuazione del risalente orientamento per il quale il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo», malgrado in alcune occasioni (sent. n. 65 del 2016 e sent. n. 43 del 2016), la Corte abbia nuovamente ribadito che la funzione legislativa ed il suo procedimento non sono soggetti alle procedure di leale collaborazione. E del resto, già nel precedente *Rapporto* si notava come la configurazione regionalista ed autonomista dello Stato implicasse, con l'assetto competenziale delineato in Costituzione, «una condivisione dei percorsi di riforma», rilevando come proprio la legislazione delegata risultasse «funzionale anche a facilitare tale condivisione, almeno a livello governativo, consentendo l'espressione di pareri ed intese della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata sugli schemi dei decreti legislativi»[17].

Quanto a deleghe in grado – per così dire – d'incidere sostanzialmente sul tessuto normativo, se non di vera e propria "riforma", l'attività consultiva *de qua* ha ricevuto una valorizzazione in tempi recenti ad opera della sentenza della Corte costituzionale che nel 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune deleghe *ex* l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. *Legge Madia*) nella parte in cui prevedono «che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del *parere* reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa *intesa* in sede di Conferenza Stato-Regioni», oppure «previo *parere*, anziché previa *intesa*, in sede di Conferenza unificata»[18]. Ciò, però, in quanto nel caso di specie risulta «palese il concorso di competenze, inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente», per cui il – pur lecito – intervento del legislatore statale deve «muoversi nel rispetto del principio di leale collaborazione, indispensabile anche in questo caso a guidare

[17] Così la *Nota di sintesi* del *Rapporto sullo stato della legislazione 2015-2016*, p. 21 s.

[18] Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 251. Inoltre, i termini della sentenza sono stati precisati in seguito dalla stessa Corte nella sentenza 13 dicembre 2017, n. 261 (in part. punto 6.2.4. del *Cons. in dir.*), con particolare riferimento alla possibilità – ma anche e soprattutto il dovere – per le Regioni di impugnare la stessa legge delega, qualora essa sia «connotata da un tasso di specificità e concretezza tale da comportare una lesione dell'interesse della Regione».

i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie». Dunque, poiché le disposizioni impugnate toccano «sfere di competenza esclusivamente statali e regionali, il luogo idoneo di espressione della leale collaborazione deve essere individuato nella Conferenza Stato-Regioni»[19], e solo l'*intesa* in tal sede, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento delle autonomie coinvolte[20]. In tempi ancor più recenti, tale indicazione è stata precisata *a contrario*: nella sentenza n. 161 del 2019, la Corte ha affermato che «la riconduzione alla competenza legislativa [*esclusiva*] statale esclude anche ogni profilo di violazione del principio di leale collaborazione, in particolare con riguardo alla procedura di adozione dei decreti legislativi», richiamando (solo) la stessa sentenza n. 251 del 2016, e dunque di fronte alla prevalenza della competenza legislativa statale esclusiva deve «negarsi la necessità del ricorso all'intesa», anche con riferimento alla legislazione delegata[21].

L'art. 1, comma 4 prevede poi che gli schemi siano «trasmessi al Consiglio di Stato per l'acquisizione del parere da rendere nel termine di quarantacinque giorni e, successivamente, alle Camere per l'espressione dei pareri della Commissione parlamentare per la semplificazione, e delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi possono essere comunque adottati. Se il termine previsto per l'espressione del parere delle Commissioni parlamentari cade nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto per l'esercizio della delega o successivamente, la scadenza medesima è prorogata di novanta giorni. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le proprie osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. Le Commissioni possono esprimersi sulle osservazioni del Governo entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono comunque essere adottati».

Entrano quindi in gioco, come sovente accade nelle deleghe più articolate, Consiglio di Stato e Commissioni parlamentari.

Con riferimento al primo, si tratta di una declinazione particolare della sua "tradizionale" competenza consultiva; al di là della formulazione della singola delega, ormai esso risulta avere una sorta di competenza "generalizzata" quanto alle politiche di organizzazione della pubblica amministrazione e di semplificazione normativa, con particolare intensità dalla fine degli anni Novanta

[19] Punto 4.2.1. del *Cons. in dir.*

[20] Punto 4.2.2. del *Cons. in dir.*

[21] Punto 6.1. del *Cons. in dir.*

in poi[22]. A proposito dell'attività consultiva in generale del Consiglio di Stato sugli schemi di decreto legislativo, e malgrado quanto ha riguardato la predisposizione del Codice del processo amministrativo[23], è stato segnalato di recente che negli ultimi anni «l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti legislativi è previsto solamente in relazione a quelli attuativi della riforma delle amministrazioni pubbliche (ad eccezione del decreto legislativo per il riordino della procedura dei giudizi innanzi alla Corte dei conti) e del sistema degli appalti»[24].

La previsione, invece, di un parere parlamentare nella predisposizione dei decreti legislativi si è fatta così costante da ingenerare ormai «la convinzione che un intervento del Parlamento, dopo il conferimento della delega, sia in qualche modo "necessario", perché, ormai, al fondo, più rispondente alla logica dell'istituto»[25]. La questione è particolarmente interessante per la difficoltà di definire quale effettivamente sia tale «logica»: infatti, è forse uno dei pochi punti fermi nell'analisi del fenomeno "delegazione legislativa" proprio il suo essere meccanismo duttile, tanto utile quanto sfuggevole in virtù del «nesso indissolubile» che lo lega alla forma di governo parlamentare e – per suo tramite – alle più piccole alterazioni dell'equilibrio dinamico tra Legislativo ed Esecutivo[26]. In ogni caso, anche alla luce di una recente ricerca sul periodo 1996-2016, «il parere parlamentare non solo è sistematicamente previsto, ma è sempre più spesso parte di un procedimento complesso, strutturato in maniera plurale e polifasica, attraverso il coinvolgimento di altri organi chiamati a esprimere pareri al Governo»[27]. Le commissioni parlamentari sono, del resto, una tipica sede di

[22] Si veda l'approfondita analisi di E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 109 ss.; più di recente G. FONTANA, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato nella più recente attività di semplificazione normativa*, in *Federalismi.it*, n. 3/2015, pp. 2 ss. In precedenza E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 70 ss.; P. CARNEVALE, *Codificazione legislativa e normazione secondaria nel nuovo modello di semplificazione delineato dalla l. n. 229 del 2003*, in *Dir. soc.*, n. 4/2015, pp. 584 s.

[23] Sul quale G. FONTANA, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato*, cit., pp. 22 ss.

[24] G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 258.

[25] Così, invero criticamente, A. CELOTTO, E. FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, VI agg., Giuffrè, Milano, 2002, p. 713.

[26] Cfr. S. STAIANO, voce *Legge di delega e decreto legislativo delegato*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2008, p. 758.

[27] SENATO DELLA REPUBBLICA-UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *Atti del Governo sottoposti a parere parlamentare. Documento di analisi n. 11*, dicembre 2017, p. 7.

negoziazione[28], e non stupisce quindi che ad esse si guardi in cerca di quella che è stata suggestivamente definita «leale collaborazione tra enti»[29].

Anche nel disegno di legge delega qui ad oggetto è previsto il c.d. "doppio parere", dunque un ritorno in Commissione se il Governo non intende conformarsi ai pareri parlamentari[30]; tuttavia tali casi, se non ricevono attenzione mediatica, hanno un "costo politico" risibile (e in ogni caso vengono solitamente "risparmiati": ad esempio, usato al Senato solo 3 volte nella XV leg., 2 volte nella XVI, sale a una quindicina nella XVII[31]).

Si prevede poi all'art. 1 comma 5 che, entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo possa adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive, nel rispetto della procedura e dei princìpi e criteri direttivi di cui allo stesso articolo. Lo strumento della delega integrativa e correttiva ha una *ratio* improntata «allo scopo di consentire al legislatore di ritornare 'a caldo' su alcune delle scelte compiute nella predisposizione del decreto legislativo, alla luce delle indicazioni provenienti dalle prime esperienze applicative», sul presupposto per il quale una normativa «fortemente innovativa, oppure […] tecnicamente assai complessa, o infine […] operante in settori di estrema delicatezza, possa dare origine ad una serie di problemi interpretativi e/o applicativi, e richieda pertanto, presumibilmente, all'indomani della sua entrata in vigore, uno o più interventi legislativi correttivi; e si precostituisce perciò un *iter* preferenziale per questi interventi, il quale tende a riprodurre, nei rapporti tra governo e parlamento, l'assetto già realizzatosi in sede di elaborazione del decreto legislativo 'principale' (incluso, pertanto, il parere parlamentare)»[32]. Lo strumento, che con alterne

[28] Cfr. E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim* ed in part. pp. 220 ss.

[29] E. MALFATTI, *Attorno al "volto procedurale" delle deleghe legislative (attorno ai pareri)*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 336.

[30] Cfr. I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, in *Federalismi.it*, n. 3/2015, pp. 17 ss.

[31] SENATO DELLA REPUBBLICA-UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *Atti del Governo sottoposti a parere parlamentare*, cit., p. 41.

[32] N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi': esperienze, problemi, prospettive*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 131; si tratta dunque, dopo la fase nella quale il Parlamento attribuisce la delega al Governo e quella nella quale il Governo stesso provvede alla sua attuazione, di una «terza fase, che potremmo definire di *sperimentazione* delle riforme predisposte dal Governo con i decreti legislativi "di prima attuazione"» (M. CARTABIA *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi integrativi e correttivi,* in AA. VV., *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli: alcuni casi emblematici*, nei *Quaderni dell'effettività* diretti da A. BARDUSCO e F. PIZZETTI, Giuffrè, Milano, 1998, p. 85).

fortune[33] s'inserisce nel contesto di una sempre più complessa fase d'implementazione delle politiche promosse dagli interventi legislativi[34], si pone tuttavia problematicamente nei confronti dei limiti di cui all'art. 76[35]. In ogni caso, questo tipo di previsione ricorre assai di frequente a partire dagli anni Novanta[36], risultando – pur con accenti alterni – sostanzialmente avallata dalla giurisprudenza costituzionale[37].

3.2 Monitoraggio (e valutazione?)

Appare senz'altro da salutare favorevolmente l'attenzione che il testo riserva – *verbatim* – ai sistemi di monitoraggio, verifica e controllo dell'attuazione della normativa in materia di disabilità, in particolare all'art. 1, comma 2 lett. *d)* e comma 3 lett. *i)*. In tale ultima *sedes*, in particolare, vengono inseriti fra i princìpi e criteri direttivi quelli di: «rivedere i contenuti e le modalità di monitoraggio, controllo e verifica cui sono tenute le amministrazioni centrali a vario titolo coinvolte nell'attuazione della normativa in materia di disabilità, redendo, tra l'altro, più efficace, anche attraverso l'utilizzo di opportuni strumenti telematici, l'attività ispettiva volta a prevenire e reprimere eventuali abusi nella fruizione dei benefici» (n. 1); «istituire un'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità, con compiti di verifica, controllo e consultazione sull'attuazione dei

[33] N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi'*, cit., pp. 39 ss. se ne ripercorre la storia, dal suo sorgere nel contesto della riforma tributaria del 1971 (sulla cui genesi sotto questo profilo cfr. M. CARTABIA, *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi integrativi e correttivi*, cit., pp. 88 ss.) alla sua successiva scomparsa fino al recupero alla fine degli anni Ottanta e la sua "fortuna" nelle legislature XI e XII; più di recente si veda M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, pp. 41 ss.

[34] N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi'*, cit., pp. 131 ss.

[35] Oltre a destare perplessità connesse all'opacità del procedimento di formazione dei decreti legislativi rispetto alla pubblicità del procedimento legislativo ordinario, ed anche quanto alla ulteriore "precarizzazione" sostanziale della fonte primaria (N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi'*, cit., pp. 141 ss.); su entrambi i profili cfr. M. CARTABIA, *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi integrativi e correttivi*, cit., pp. 104 ss.

[36] Cfr. M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, in V. COCOZZA e S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 67).

[37] Si veda la ricostruzione (critica) di M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, cit. pp. 73 ss.; più di recente G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., p. 289, ove si osserva come la Corte stia mantenendo la sua «tradizionale» posizione (permissiva) al riguardo.

diritti delle persone con disabilità e dei loro familiari, nonché sul rispetto degli standard di qualità dei servizi ad essi erogati» (n. 2); «prevedere misure di tutela del consumatore-utente con disabilità, anche attraverso la previsione dell'obbligo per tutte le amministrazioni, nonché per i soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici, di indicare in modo specifico nelle carte dei servizi i diritti, anche di natura risarcitoria, che spettano alle persone con disabilità» (n. 3); «riordinare gli organismi pubblici di consultazione in materia di persone con disabilità, secondo criteri di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa» (n.4).

Quello di garantire il monitoraggio dell'effettiva implementazione di quanto previsto in via legislativa è – con tutta evidenza – un punto cruciale. Anche a prescindere dalle considerazioni di carattere più generale sulla valutazione delle politiche sociali[38], in questi ambiti «un fattore che rende possibile il passaggio dal servire ad avere cura, o da essenziale inteso come minimo a essenziale come condizione di scelta/autonomia è la diversa prospettiva con cui si costruisce l'azione dei servizi, ovvero il riconoscersi come *sistemi di ricerca* e non solo di produzione/erogazione, più o meno standardizzata, di prestazioni»[39]. In altre parole, oltre all'ovvio versante di garanzia dell'effettività e della qualità della prestazione erogata, per far sì che un sistema di welfare sia in continua evoluzione e agisca quindi come attivo promotore di sviluppo e non di mera erogazione, lo stesso dev'essere messo in condizione di "riflettere" di continuo su se stesso, e per farlo ha bisogno – anzitutto – di dati, e di una continua attività di valutazione. Com'è stato rilevato già alcuni anni addietro, «sul piano del governo delle *policies*, questo comporta che sulla base della percezione-riconoscimento di un problema considerato rilevante, evidenziato che esso esprime un bisogno degno di ottenere risposta, ipotizzato un percorso per dare attuazione a quella risposta, stabilito metodo e procedure per tale attuazione, indicati gli obiettivi da raggiungere e come misurarli, definito un disegno progettuale che permetta di valorizzare al meglio le risorse materiali e immateriali disponibili, si attiva una risposta che nella sua costruzione contenga gli elementi di verificabilità, ovvero di evidenziazione della

[38] Si rimanda piuttosto alla bibliografia in materia: *ex plurimis*, U. DE AMBROGIO (a cura di), *Valutare gli interventi e le politiche sociali*, Carocci, Roma, 2003; M. MORETTI, *Valutazione e politiche sociali*, Aracne, Roma, 2006; C. GORI (a cura di), *Come cambia il welfare lombardo. Una valutazione delle politiche regionali,* Maggioli, Rimini, 2011, in part. pp. 259 ss.; A. VERGANI (a cura di), *Prove di valutazione. Libro bianco sulla valutazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2013, in part. il capitolo di U. DE AMBROGIO, *La valutazione delle politiche sociali in Italia: alcune riflessioni su venti anni di esperienze*, pp. 154 ss.; U. DE AMBROGIO, C. DESSI, V. GHETTI, *Progettare e valutare nel sociale: esperienze e metodi*, Carocci, Roma, 2013.

[39] M. CAMPEDELLI, *Conclusioni. Nella crisi, un diritto "di"* welfare*? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di* welfare*. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., p. 610.

corrispondenza o meno a quanto ipotizzato in termini di obiettivi raggiunti o non raggiunti»[40]. Lo schema quindi, in pratica, degli scopi delle clausole valutative: «si tratta, prima di tutto, di condividere una base informativa comune (set d'indicatori) significativa e pertinente all'ambito di applicazione, ovvero in grado di rispondere ad obiettivi ben precisi e di analizzare un fenomeno […] nella sua completezza in termini di: misurabilità, semplicità di lettura e interpretazione, accessibilità per chi deve compiere le analisi su di essi; riproducibilità e rappresentabilità del fenomeno; controllabilità; confrontabilità, sia su base geografica che su base temporale; puntualità nella rilevazione; dimensionalità adeguata»[41].

Non è invece previsto nel testo un "classico" strumento di monitoraggio, ovvero la relazione al Parlamento sull'attuazione; ciò però non appare particolarmente problematico alla luce di quanto si dirà tra breve. Quello delle relazioni è uno strumento tradizionale di dialogo, "collaborazione"[42] tra organi esecutivi e legislativi, che sembra seguire – più che influenzare – l'evoluzione di tale dialogo, in particolare per quanto riguarda il ruolo della legge: «da strumento generale ed astratto di regolamentazione preventiva dei comportamenti degli individui, la legge è divenuta un mezzo cui il decisore pubblico ricorre sempre più frequentemente per trasformare la società. La legge è oggi diretta al raggiungimento di fini specifici: di conseguenza, è necessario conoscere cosa accade dopo la sua approvazione e cercare di stabilire se siano stati raggiunti gli obiettivi che attraverso di essa si intendevano realizzare»[43]. Questo è quindi il punto cruciale per l'analisi qui proposta[44]; si registra, inoltre, come la previsione delle relazioni abbia conosciuto una significativa accentuazione a partire dagli anni Novanta[45], in concomitanza con i tentativi di valorizzare le funzioni non legislative delle assemblee rappresentative[46]. Ciò acquista peraltro «un significato ulteriore legato a questo

[40] Ivi, p. 611.

[41] *Ibidem*.

[42] Utilizzando il termine che compare, quale filo conduttore dell'analisi, in un'ampia e approfondita (ancorché risalente) trattazione dedicata al tema: L. DEGRASSI, *Le relazioni al Parlamento. Verso nuove forme di collaborazione costituzionale*, Vita e Pensiero, Milano, 1993.

[43] F. ROSA, *Le relazioni governative al Parlamento sullo stato di attuazione delle leggi*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive. Vol. I, La nuova forma di governo delle regioni*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 442.

[44] Peraltro, si fa notare Ivi, p. 446, proprio nel settore delle politiche sociali – e della disabilità in particolare: Ivi, p. 451 – vi è consueto utilizzo dell'istituto della relazione al Parlamento.

[45] I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, in *Pol. dir.*, n. 1/2002, p. 53.

[46] D. SICLARI, *Il controllo parlamentare sugli atti non normativi del Governo e l'esame di documenti trasmessi al Parlamento dal Governo e da altre Autorità: profili evolutivi*, in R.

nuovo compito delle assemblee, che consiste nell'intervenire direttamente nella valutazione della qualità e dell'efficacia della legge, alla luce della sua attuazione. La relazione diventa così anche un mezzo per verificare se l'atto normativo primario sia in grado di raggiungere gli obiettivi che la maggioranza parlamentare ha definito»[47]. Strumenti quindi di controllo politico, ma che «svolgono indirettamente anche una funzione di informazione» per le assemblee stesse, che «ha lo scopo di stimolare un'attività legislativa "successiva" di miglioramento della normativa in vigore»[48].

Tuttavia, non può essere taciuta la manifesta, acclarata debolezza dello strumento stesso. Senza che sia possibile in questa sede un'analisi dettagliata, infatti, ci si limita a registrare da un lato l'assenza di vincoli cogenti per l'organo esecutivo volti a garantire l'effettiva presentazione della relazione, e più in generale il suo essere – di solito – al contempo controllore e controllato in tale attività[49]; dall'altro, sono le stesse assemblee a non valorizzare tale possibilità, dando quasi sempre scarso seguito alla presentazione delle relazioni[50]. Com'è stato efficacemente sintetizzato in dottrina, quindi, «rispetto alle previsioni legislative, il numero delle relazioni effettivamente presentate […] è notevolmente inferiore. Spesso non sono presentate nei tempi previsti, qualche volta non lo sono proprio, ma, sempre più di sovente, è la Commissione a cui sono presentate che non dà seguito all'*iter* con il dibattito che le relazioni meriterebbero»[51].

Piuttosto, questo potrebbe essere un ottimo banco di prova per provare ad inserire strumenti di interlocuzione tra Parlamento e Governo improntati alla valutazione delle politiche pubbliche, un tema sul quale la letteratura (anche) giuridica sta lavorando con attenzione crescente. Come è stato efficacemente sintetizzato con riferimento ai Consigli regionali infatti (anche se il discorso può essere ampliato), «la funzione legislativa di un'assemblea non può terminare con l'approvazione della legge, perché occorre riscontrare il suo grado di attuazione e i benefici apportati per verificare l'efficacia delle scelte politiche compiute allo scopo di consentire al legislatore di intervenire nuovamente per apportare le

DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia***,** Giuffrè, Milano, 2008, p. 354.

[47] I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, cit., p. 54.

[48] Ivi, p. 70.

[49] F. ROSA, *Le relazioni governative al Parlamento sullo stato di attuazione delle leggi*, cit., p. 460.

[50] Ivi, p. 449 ss.

[51] I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, cit., p. 67.

modifiche che consentano il raggiungimento ottimale dei risultati prefissati»[52]. Un contributo rilevante alla valutazione delle politiche pubbliche da parte delle assemblee elettive[53] è stato dato dalle Regioni, e dai Consigli regionali in particolare[54]: si tratta ad oggi di una pluralità di esperienze dal vario grado di successo[55], che però ha visto – se non altro – l'espresso inserimento nell'ordinamento italiano del concetto di valutazione delle politiche pubbliche (anche negli Statuti), oltreché di "tipici" strumenti a ciò volti. Tra questi, la previsione – in particolare, nei regolamenti consiliari – di specifiche "missioni" valutative attivabili da una commissione o da una (ristretta) minoranza di consiglieri, organi interni dedicati alla valutazione e, soprattutto, clausole valutative, ovvero «previsioni di legge che attribuiscono ai soggetti incaricati dell'attuazione il compito di elaborare e sottoporre al Consiglio le informazioni utili a conoscerne le modalità e a valutarne gli effetti sui diretti destinatari» [56]. Del resto, com'è stato condivisibilmente affermato, «l'obiettivo di garantire la buona qualità della legislazione richiede interventi non episodici che non operino al di fuori di un disegno organico e continuativo: sono necessarie la predisposizione di una molteplicità di strumenti tra loro collegati operanti in diversi momenti dell'*iter* di formazione dell'atto legislativo e la creazione di strutture e modalità stabili e permanenti, secondo l'insegnamento che si può trarre da alcune esperienze straniere (Stati Uniti, Svizzera, Francia) e da quella comunitaria»[57].

Questo tipo di attività relativa alle politiche sociali non può essere, ovviamente, esclusivo appannaggio delle assemblee legislative, ma risulterebbe assai opportuno che da esse venisse svolto – si ribadisce – sia per la loro capacità d'incidere *direttamente* sul processo decisionale che per la loro possibilità di contribuire, quali soggetti qualificati, al dibattito pubblico e quindi, in definitiva, alla funzione di garanzia della responsabilità (politica) degli esecutori.

---

[52] M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, in P. CARETTI, M. CARLI, E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 222.

[53] Su cui si veda E. GRIGLIO, *La valutazione delle politiche pubbliche in parlamento: riflessioni comparate e note sull'esperienza del Senato*, in *Federalismi.it*, n. spec. 3/2019.

[54] Cfr. P. CHIRULLI, *La valutazione delle politiche pubbliche e le assemblee elettive. Brevi cenni sul Senato riformato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, in part. p. 12.

[55] In particolare, dato il rilievo delle Regioni in questi ambiti, sulla valutazione delle politiche sociali si veda U. DE AMBROGIO, D. MESINI e S. PASQUINELLI, *Le esperienze regionali di valutazione*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 17-18/2009.

[56] M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, cit. p. 224). Si vedano sul punto anche M. SISTI, *La valutazione delle politiche pubbliche nelle assemblee legislative,* in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento VI*, Pisa University Press, Pisa, pp. 60 ss. e A.M. SOLDANO, *L'analisi* ex-post *delle leggi nei consigli regionali e le "clausole valutative"*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, pp. 5 ss.

[57] M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, cit. p. 221.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Appunti sull'art. 1, co. 3, lett. f) del "Disegno di legge recante delega al governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità". La definizione di disabilità*

ALESSANDRO CANDIDO**

Sommario: 1. Introduzione: l'art. 1, co. 3, lett. f) del disegno di legge di delega. – 2. La definizione di disabilità secondo il modello bio-psico-sociale. – 3. Una proposta di definizione della condizione di disabilità in attuazione della delega; la valutazione multidimensionale. – 4. Una proposta in ordine al Piano Assistenziale Individualizzato (PAI). – 5. Pandemia e disabilità: una breve conclusione.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
A. CANDIDO, *Appunti sull'art. 1, co. 3, lett. f) del "Disegno di legge recante delega al governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità". La definizione di disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università cattolica del Sacro Cuore di Milano; docente di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Milano – Bicocca; avvocato del Foro di Piacenza. Indirizzo mail: alessandro.candido@unimib.it.

1. Introduzione: l'art. 1, co. 3, lett. f) del disegno di legge di delega

Tra gli aspetti certamente più interessanti contenuti nei principi e criteri direttivi del "*Disegno di legge recante delega al governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità*" (c.d. Codice della disabilità) figura la definizione della condizione di disabilità (art. 1, co. 3, lett. f)[1], nell'ambito della quale viene in rilievo la necessità di:

«*1) considerare la persona con disabilità nella sua complessità e in una prospettiva multidimensionale, caratterizzata da esigenze materiali, esistenziali, relazionali, affettive, formative e culturali, nonché relative al contesto ambientale;*

2) definire la condizione di disabilità, intesa come insieme di barriere di qualsiasi natura che limitano, ostacolano o impediscono, anche temporalmente, il pieno ed armonico sviluppo, all'interno della società, della personalità in relazione alla complessiva condizione psico-fisica e sensoriale, superando valutazioni limitate a criteri esclusivamente quantitativi, tenendo conto delle implicazioni relative ai diversi livelli di non autosufficienza».

2. La definizione di disabilità secondo il modello bio-psico-sociale

In prima battuta, appare opportuno rilevare che i principi e criteri direttivi poc'anzi menzionati si collocano nel solco di quell'oramai consolidato filone dottrinale e giurisprudenziale che abbraccia una lettura della disabilità in una prospettiva non soltanto di carattere medico, ma soprattutto sociale.

È noto che le definizioni di disabilità oggi presenti muovono: da un lato, dalla nozione di salute dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che – valorizzando il profilo sanitario e assistenziale – fa riferimento a uno «*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia*»; dall'altro, dalla previsione di strumenti idonei a superare le c.d. barriere «*comportamentali e ambientali*»[2], con la conseguente necessità di inclusione sociale; ragion per cui, nel definire la disabilità, occorre oramai guardare a un modello misto, che tenga conto di una condizione collegata all'esistenza di fattori

[1] Sia consentito un rinvio ad A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pp. 134 ss.

[2] Così si afferma nel Preambolo della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2007. Al riguardo, cfr. L. POFFÉ, *Towards a New United Nations Human Rights Convention for Older People?*, in *Human Rights Law Review*, 2015. Cfr. anche P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016*, in *federalismi.it*, *Focus Human Rights*, 2016.

medici e di barriere sociali[3], ma che miri in ogni caso al perseguimento del principio di uguaglianza nella sua doppia accezione, formale e sostanziale.

Sul piano medico-assistenziale, basti fare riferimento alla nozione di handicap contenuta nella l. n. 104 del 1992, con riguardo a «*colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione*». In particolare, nel considerare il modello c.d. bio-medico, l'*International classification of impairment, disability and handicap* ha individuato tre concetti distinti che concorrono a definire la disabilità e che si rinvengono all'interno della menzionata l. n. 104 del 1992: la menomazione, cioè la perdita o l'anormalità di una struttura o di una funzione fisiologica, anatomica o psicologica; la causa della disabilità, inerente alla limitazione o alla perdita, conseguente alla menomazione, della capacità di svolgere le attività di base della normale vita quotidiana; l'handicap, consistente in uno svantaggio di natura sociale, culturale, economico o ambientale.

Tuttavia, come si diceva, una lettura esclusivamente medica della situazione di fragilità, che fa perno sull'idea della menomazione senza occuparsi della rete relazionale all'interno della quale la persona è inserita, rischia di non salvaguardare appieno lo stesso disabile, tenuto conto dell'invasività di alcuni interventi a tutela della sua salute e, al contempo, della necessità di tutelare nei limiti del possibile la sua autonomia, nonché la sua libertà di scelta[4].

Per tali ragioni, soprattutto in Europa (a partire dal Regno Unito), è oggi prevalente una lettura ispirata al modello sociale della disabilità, secondo cui quest'ultima è il risultato di un'interazione negativa tra individuo e ambiente circostante, a causa di una serie variabile di barriere che si frappongono tra la persona in condizioni di fragilità e il mondo circostante[5]. Del resto, ogni persona può trovarsi in condizioni di salute che, se l'ambiente è sfavorevole, diventano disabilità[6]; ragion per cui, a differenza della lettura esclusivamente medica, nel modello sociale la responsabilità della disabilità diventa collettiva (e non soltanto individuale).

---

[3] L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 339.

[4] Sui rischi di una lettura della disabilità ispirata esclusivamente a un paternalismo medico-assistenziale, cfr. L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, cit., pp. 345 ss.

[5] *Ivi*, p. 347.

[6] Cfr. C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Atti del Convegno internazionale Fondazione Santa Lucia IRCCS, Roma – Università degli Studi di Roma Tre, 13-14 giugno 2012*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 164.

Volendo utilizzare le parole del Preambolo della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, può affermarsi che «*la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri*». In altri termini, nella rete di relazioni e nella comunità si costruisce l'identità della persona e si previene l'esclusione sociale[7]. È questa la lettura fatta propria dalla Corte costituzionale, che sottolinea l'importanza del «*diritto del disabile di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita*» (ad es., recentemente, cfr. Corte cost., n. 232/2018); diritto «*inscindibilmente connesso con il diritto alla salute e a una integrazione effettiva*» (Corte cost., n. 232/2018 cit.).

Peraltro, come in altra occasione ha osservato il giudice delle leggi, i disabili «*non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre grave. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona*» (Corte cost., n. 80/2010). Ciascun disabile deve allora essere coinvolto «*in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società*» (Corte cost., n. 80/2010 cit.).

Sul problema definitorio è più volte intervenuta anche la Corte di giustizia dell'Unione europea che, con l'obiettivo di distinguere il concetto di handicap da quello di malattia, inizialmente ha abbracciato il modello bio-medico, precisando che la prima nozione vada intesa come un limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche destinato a ostacolare la partecipazione della persona considerata alla vita professionale (Corte giust. UE, 11 luglio 2006, causa C13/05, Chacón c. Navas, punto 43)[8]. In un'altra decisione, invece, invocando la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, i giudici comunitari hanno superato il proprio precedente orientamento, sottolineando che l'handicap si «*riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori*» (Corte giust. UE, 11 aprile 2013, cause riunite C335/11 e C337/11)[9].

---

[7] Cfr. F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 151.

[8] A proposito degli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, si rinvia ad A. VENCHIARUTTI, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, pp. 409 ss.

[9] Nella medesima prospettiva del *social model* va letta la sentenza della Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2013, causa C312/11, Commissione c. Italia. Nello stesso senso dell'abbandono di una prospettiva esclusivamente medica, in favore di una lettura (anche)

A ciò si aggiunga:

- la Carta sociale europea, che garantisce al disabile «*l'effettivo esercizio del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità*» (art. 15);
- la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela «*il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*» (art. 26)[10];

la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che nel preambolo prescrive di assicurare alle famiglie la protezione e l'assistenza indispensabili per «*contribuire al pieno ed uguale godimento dei diritti delle persone con disabilità*»[11].

3. Una proposta di definizione della condizione di disabilità in attuazione della delega; la valutazione multidimensionale

Premesse siffatte considerazioni, si ritiene che, in attuazione della delega, la condizione di disabilità debba essere definita con riferimento alla perdita, totale o parziale, delle abilità fisiche, psichiche, sensoriali, cognitive e relazionali, da qualsiasi ragione determinata, con conseguente incapacità di compiere gli atti essenziali della vita quotidiana senza l'aiuto rilevante di altre persone.

Inoltre, è opportuno che la condizione di disabilità (nei casi più gravi non autosufficienza) si articoli secondo diversi livelli di gravità, in rapporto all'entità e alla tipologia degli atti essenziali della vita quotidiana che la persona non è in grado di compiere, con particolare riguardo alla limitazione dell'autonomia cognitiva e della mobilità e alla complessità, intensità e durata delle prestazioni di aiuto personale, di tutela e di cura necessarie a compensare la mancanza di autonomia e

sociale della disabilità, cfr.: Corte di Giustizia UE, 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z. c. A Government department e The Board of management of a community school; Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, causa C- 354/13, Fag og Arbejde che agisce per conto di Karsten Kaltoft c. Kommunernes Landsforening che agisce per conto del Billund Kommune. Sulla definizione della disabilità in base alla durata della menomazione, cfr. Corte di Giustizia UE, 1 dicembre 2016, causa C-395/15, Daouidi c. Bootes Plus SL e al.

[10] Si rinvia a M. OLIVETTI, *Art. 26 — Inserimento dei disabili*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 202 ss.

[11] Nel Preambolo si riconosce «the importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices». Sul tema, si rinvia a G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 128 ss.

a promuovere e sostenere la piena espressione delle capacità della persona non autosufficiente.

A ciò si aggiunga che, come correttamente indicato nella bozza di legge delega, l'accertamento della condizione di disabilità sia definito attraverso strumenti di valutazione multidimensionale delle condizioni funzionali della persona definiti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. In particolare, si ritiene che queste ultime debbano rispondere alle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, ispirandosi ai principi generali della Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute (ICF), tenuto conto della facilità di gestione e delle modalità di accertamento già sperimentate nei diversi ambiti regionali.

La valutazione multidimensionale costituisce un processo di tipo interdisciplinare volto a identificare e descrivere la natura e l'entità dei problemi di salute di natura fisica, psichica o funzionale del disabile e a caratterizzare le sue risorse e le sue potenzialità. Essa si propone di ottenere un giudizio globale sulle condizioni di disabilità che si ripercuotono sulle attività della vita quotidiana, sulla rete dei rapporti sociali del singolo individuo[12] e sulle sue risorse economiche[13], considerando: la salute fisica; le abilità cognitive (la c.d. salute mentale); le attività della vita quotidiana[14]; la condizione economica e sociale. In particolare, ai fini del riconoscimento della condizione di disabilità, la valutazione multidimensionale dovrebbe tenere in considerazione tre distinte aree:

a) l'area sanitaria, con l'anamnesi clinico-farmacologica e l'elenco delle principali patologie potenzialmente causa di disabilità;

b) l'area cognitivo-funzionale, inerente alle abilità cognitive e motorie dell'individuo;

c) l'area della rete sociale, comprensiva di tutte le informazioni sull'attivazione della domanda, sulle persone coinvolte nell'assistenza (famigliari, o altri soggetti della rete amicale), sul tipo di assistenza eventualmente già attiva, sulla situazione abitativa, socio-ambientale ed economica.

Infine, la valutazione dovrebbe riportare una sintesi dell'attività effettuata e individuare la sussistenza o meno di una condizione di disabilità, suggerendo altresì la strategia assistenziale più appropriata.

---

[12] Nell'ambito della letteratura medica, cfr. L. FERRUCCI, N. MARCHIONNI, *Gruppo di lavoro sulla valutazione multidimensionale, "Linee guida sull'utilizzazione della valutazione multidimensionale per l'anziano fragile nella rete dei servizi"*, in *Giornale di gerontologia*, n. 49/2001, pp. 1-76.

[13] Cfr. F. PESARESI, M. SIMONCELLI, *Le Unità di valutazione multidimensionale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 9/2006, p. 7.

[14] Si tratta di tutte quelle attività inerenti lo stato funzionale del soggetto, quali: lavarsi, vestirsi, alimentarsi, spostarsi da un luogo ad un altro…

La valutazione multidimensionale è parte del processo di presa in carico globale della persona ed è realizzata dalle Unità di Valutazione Multidimensionali (UVM), équipe professionali la cui composizione varia in relazione alla tipologia della richiesta. Alle UVM spetta il compito di individuare e misurare il bisogno sanitario e sociale.

È inoltre opportuno che le figure professionali alle quali affidare la valutazione siano: un medico di distretto rappresentante della ASL, il medico di medicina generale, l'infermiere, il medico specialista di riferimento, l'assistente sociale appartenente al Comune (o all'Unione di Comuni) di residenza del beneficiario, il terapista della riabilitazione e altre figure professionali dell'area clinica e di quella psicologica in relazione al bisogno della persona ed il medico rappresentante dell'INPS.

Le équipe in questione devono provvedere all'analisi e alla misurazione del bisogno della persona disabile con criteri e strumenti uniformi per tutto il territorio nazionale.

Tra l'altro, sarebbe auspicabile che, con cadenza annuale, l'UVM provveda alla convocazione dei soggetti che hanno sottoscritto il progetto per la verifica e l'eventuale aggiornamento del medesimo. L'aggiornamento dovrebbe comunque essere disposto ogni volta che ne sorga la necessità, ovvero a seguito della richiesta di uno dei soggetti firmatari.

Al riguardo, si rende altresì necessario che le Regioni individuino i punti per l'accesso, presso i quali in ogni ambito territoriale e distretto sanitario di base deve essere offerta informazione, consulenza e orientamento alle persone disabili e ai loro nuclei familiari sulla rete integrata degli interventi e dei servizi sociali e sociosanitari. Essi potrebbero rappresentare anche i luoghi fisici presso i quali sono istituite le UVM.

Con riferimento invece alla richiesta di procedimento di presa in carico, questa potrebbe essere presentata:

- su istanza dell'interessato, di chi ne ha la legale rappresentanza, ovvero a seguito di segnalazione di altro soggetto della rete familiare;
- su segnalazione dei servizi dell'Ambito eventualmente coinvolti, dell'ASL, o di altra amministrazione;
- a seguito dell'informativa dell'ente gestore ex art. 6, co. 4, della l. 8 novembre 2000, n. 328;
- per disposizione dell'autorità giudiziaria;

d'ufficio, sulla base delle informazioni acquisite dal Comune o dall'ASL nell'esercizio delle proprie funzioni.

4. Una proposta in ordine al Piano Assistenziale Individualizzato (PAI)

In esito alla valutazione multidimensionale, occorre definire un Piano Assistenziale Individualizzato (PAI), elaborato dalla UVM e sottoscritto per accettazione dal beneficiario.

Al riguardo, appare preliminarmente opportuno ricostruire brevemente la disciplina del c.d. "progetto individuale per la persona disabile", previsto dall'art. 14 della nota legge n. 328 del 2000, in base al quale, al fine di «*realizzare la piena integrazione delle persone disabili di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale*».

Ai sensi dell'art. 14, il progetto individuale comprende, «*oltre alla valutazione diagnostico-funzionale, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, i servizi alla persona a cui provvede il comune in forma diretta o accreditata, con particolare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale*».

In altri termini, il legislatore indica un modello di servizi incentrato su un progetto di "presa in carico globale" del disabile, mirante a garantire all'utente quel nucleo indefettibile di garanzie volto a promuovere l'autorealizzazione della persona e il superamento di ogni condizione di esclusione sociale. In questa logica, lo strumento del progetto individuale, da considerarsi alla stregua di un contratto tra beneficiari ed enti pubblici competenti, va ricondotto al concetto di accomodamento ragionevole espresso dagli artt. 19 e 25, lett. e) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006[15], nonché al modello bio-psico-sociale dell'*International Classification of Functioning*, pubblicato nel 2002 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS).

Il progetto globale di presa in carico costituisce il documento generale, cui devono coerentemente uniformarsi i diversi progetti e programmi specifici[16], come ad esempio:

[15] La Convenzione è stata sottoscritta a New York il 13 dicembre 2006 e resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 3 marzo 2009, n. 18. Il concetto di "accomodamento ragionevole" si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva inclusione sociale delle persone disabili. Per un commento sistematico, cfr. V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer International Publishing, New York, 2017.

[16] Cfr. Tar Calabria, 12 aprile 2013, n. 440. In quel caso il Tar ha affermato che «*la ratio legis dell'art.14 della legge n. 328 del 2000, come già evidenziato, è quella assegnare un ruolo fondamentale all'ente Comune per la elaborazione del "Progetto individuale per la persona*

a) il progetto riabilitativo di cui al d.m. 7.5.1998 (rubricato "Linee-guida per le attività di riabilitazione");

b) il progetto di integrazione scolastica di cui agli artt. 12 e 13 della legge n. 104 del 1992;

c) il progetto di inserimento lavorativo mirato di cui all'art. 2 ss. della legge n. 68 del 1999;

d) il progetto di inserimento sociale che può avvalersi, per la sua realizzazione, dei programmi di cui alla legge n. 162 del 1998, dei centri socio-riabilitativi e della rete dei servizi sociosanitari di cui alla legge n. 104 del 1992, del sistema integrato previsto dalla n. 328 del 2000, delle disposizioni di cui al d.p.c.m. 12.1.2017, nonché degli emolumenti economici di cui all'art. 24 della legge n. 328 del 2000.

In altri termini, il progetto individuale è quell'insieme di interventi e prestazioni multidisciplinari che vanno erogati in modo organico e continuativo, sì da assicurare quelle condizioni ottimali di assistenza, recupero funzionale, riabilitazione e inserimento sociale ed educativo del disabile.

Il PAI serve a individuare, sulla base dei fabbisogni della persona disabile come emersi nell'ambito della valutazione multidimensionale:

a) la specifica condizione della persona nelle diverse dimensioni (clinica, funzionale, cognitiva, socio-relazionale e ambientale);

b) gli obiettivi generali di salute e i risultati specifici che si intendono raggiungere nel percorso assistenziale della persona;

c) le prestazioni, in termini di specifici interventi e servizi, di cui la persona necessita e che è necessario garantire;

d) i criteri, i tempi e le modalità specifiche dell'attività di monitoraggio nel tempo della condizione specifica della persona, degli effetti dell'attività assistenziale in corso, della sua eventuale rivalutazione.

Il PAI deve essere definito con la più ampia partecipazione dell'interessato, anche in considerazione delle aspettative e preferenze, con la previsione di un coinvolgimento nel successivo monitoraggio e nella valutazione. Esso dovrebbe altresì prevedere il *case manager*, un professionista in servizio presso i servizi pubblici che prendono in carico la persona disabile, con il compito di provvedere, d'intesa con la famiglia, al coordinamento dei servizi sociali e socio-sanitari, destinati alla gestione anche clinica del caso. Il *case manager* segue il processo assistenziale in tutte le sue fasi, dall'ammissione alla dimissione, al fine di facilitare il raggiungimento degli obiettivi anche di salute indicati nel PAI.

---

disabile" d'intesa con la ASL competente, proprio perché il cittadino disabile e la sua famiglia hanno come punti di riferimento il Comune e l'ASL, tenuti a garantire la programmazione, l'organizzazione e la valutazione dei servizi».

5. Pandemia e disabilità: una breve conclusione

Durante il periodo del *lockdown* e, più in generale, nel corso della pandemia da Covid-19, le persone con disabilità e le loro famiglie sono i soggetti che più di ogni altro hanno pagato (*rectius*, stanno pagando) le conseguenze della grave crisi economico-sanitaria in essere. Emerge allora con chiarezza la necessità di ripensare l'attuale sistema di tutela, a partire dalla definizione della condizione di disabilità, con l'obiettivo di garantire in modo uniforme sul territorio nazionale alcuni livelli essenziali in materia socio-sanitaria, introducendo nuovi modelli di garanzia dei diritti dei disabili adeguatamente finanziati.

A tal fine, assume un rilievo senza dubbio centrale il menzionato progetto di vita personalizzato, che deve tenere conto dei concreti bisogni e delle aspettative della persona con disabilità, nell'ottica di assicurare a quest'ultima una vita il più possibile autonoma (potenziando le abilità possedute) e indipendente (attraverso il sostegno di tutte le risorse presenti sul territorio, compreso il terzo settore e il mondo dell'associazionismo). Solo in questo modo il sistema di *welfare* italiano può finalmente diventare inclusivo e di prossimità.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

La definizione della condizione di disabilità e la riforma del sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità*

DOMENICO SABIA, ANNALISA CECCHETTI**

Sommario: 1. Il "disegno di legge" delega al Governo: contenuti. – 2. Quadro normativo vigente. – 3. I Piani biennali dell'Osservatorio nazionale delle persone con disabilità. – 4. Ipotesi di riforma. – 4.1. Unificazione in capo ad un unico soggetto delle funzioni accertativa, di liquidazione ed erogazione delle prestazioni e unificazione e semplificazione del procedimento. – 4.2. Unicità, collegialità e multidisciplinarietà dell'accertamento sanitario. – 4.3. Riforma dei sistemi e criteri di valutazione medico legale. – 4.4. Certificazione unica. – 4.5. Definizione delle categorie giuridiche in materia di disabilità. – 4.6. Soppressione del sistema di revisione straordinaria e modifica della revisione ordinaria. – 4.7. Correttivi al procedimento accertativo. – 5. Tutela giudiziaria dei diritti

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
D. SABIA, A. CECCHETTI, *La definizione della condizione di disabilità e la riforma del sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Domenico Sabia è avvocato del Foro di Avellino, e Responsabile nazionale dell'Ufficio legale e legislativo dell'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili. Indirizzo mail: sorvino-sabia@libero.it. Annalisa Cecchetti è avvocata del Foro di Pisa e vicepresidente nazionale dell'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili. Indirizzo mail: annalisacecchetti@gmail.com.

1. Il "disegno di legge" delega al Governo: contenuti

L'articolo 1 del disegno di legge recante delega al Governo per l'adozione di un Codice della disabilità, prevede l'emanazione di uno o più decreti legislativi cui è affidato il compito di armonizzare, riordinare, semplificare ed innovare le disposizioni vigenti in materia di disabilità.

A tal fine, il comma 2, individua nove settori di intervento e per quanto interessa, le lettere a) e b) fanno rispettivamente riferimento alla "definizione della condizione della disabilità" e "all'accertamento e certificazione".

Il successivo comma 3, rispettivamente alle lettere f) e g) detta i criteri direttivi cui il Governo sarà tenuto ad attenersi nell'attuazione della delega.

In tal senso è stato disposto che:

- con riguardo alla definizione della condizione di disabilità, il Governo dovrà:

1) considerare la persona con disabilità nella sua complessità ed in una prospettiva multidimensionale, caratterizzata da esigenze materiali, esistenziali, relazionali, affettive, formative e culturali, nonché relative al contesto ambientale;

2) definire la condizione di disabilità, intesa come insieme di barriere di qualsiasi natura che limitano, ostacolano o impediscono, anche temporaneamente, il pieno ed armonico sviluppo, all'interno della società, della personalità in relazione alla complessiva condizione psico-fisica e sensoriale, superando valutazioni limitate a criteri esclusivamente quantitativi, tenendo conto delle implicazioni relative a diversi livelli di non autosufficienza;

- con riguardo alle procedure per l'accertamento della condizione di disabilità:

1) semplificare le procedure e i procedimenti relativi all'accertamento della condizione di disabilità, compresi quelli richiesti per fruire di interventi assistenziali socio-sanitari, garantendo la conclusione degli stessi in tempi definiti, nel rispetto dei principi di imparzialità, efficienza, pari opportunità, non discriminazione, anche al fine di non aggravare i familiari che assistono la persona con disabilità, assicurandosi, tra l'altro, un costante aggiornamento delle ipotesi in cui l'accertamento ha carattere permanente;

2) semplificare la condizione di esercizio dei diritti delle persone con disabilità attraverso la creazione di una infrastruttura informatica contenente, nel rispetto della tutela della riservatezza dei dati personali, la certificazione, le informazioni riguardanti la condizione sociale, economica e sanitaria della persona con disabilità, nonché le istanze e l'eventuale documentazione relativa ai procedimenti volti alla fruizione dei benefici economici, previdenziali e assistenziali dei servizi ed interventi di assistenza socio-sanitaria che spettano alla stessa; la medesima infrastruttura contiene altresì le informazioni relative ai benefici eventualmente spettanti ai familiari o alle persone che hanno cura della persona con disabilità.

2. Quadro normativo vigente

Il sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità è costituito da un complesso di norme che disciplinano il procedimento amministrativo, i criteri di valutazione medico-legale e bio-psico-sociale nonché la tutela giudiziaria, finalizzati al riconoscimento di prestazioni di natura assistenziale, economiche e non.

Tale sistema, che attualmente interessa oltre tre milioni di persone, si è sempre caratterizzato per una sua irragionevole complessità che lo ha reso spesso inidoneo a tutelare adeguatamente gli interessi delle persone con disabilità e, di conseguenza, l'interesse pubblico alla stessa connesso.

In questi ultimi quarant'anni gli interventi legislativi sono stati numerosi e spesso non coerenti: le funzioni di accertamento, di erogazione e liquidazione delle prestazioni economiche sono state costantemente distribuite tra diverse soggettività pubbliche (Ministero dell'Interno, ASL, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Regioni, Comuni, INPS) con controlli degli uni sugli altri (USL – Ministero dell'Economia e delle Finanze, ASL-INPS) e la permanente presenza di un sistema di revisione straordinaria che, dagli anni 90 in poi, si è sovrapposto all'accertamento ordinario in funzione di "repressione di abusi e di risparmio di spesa"[1].

L'attuale sistema trova la sua disciplina in sparse disposizioni normative che non hanno avuto l'effetto di costruire un percorso accertativo della disabilità lineare, semplice, giusto ed efficiente.

Oggi si è in presenza di un sistema duale ASL ed INPS, con una decisa prevalenza del ruolo dell'Istituto previdenziale anche nella fase accertativa della disabilità che si è aggiunta alle funzioni di liquidazione e di erogazione delle prestazioni economiche già attribuite all'Ente dal decreto legislativo n. 112 del 1998, art. 130.

Nell'ultimo decennio, il sistema imperniato sull'accertamento medico-legale da parte delle Commissioni mediche ASL, di cui alla legge n. 295 del 15 ottobre 1990 e al D.M. n. 387/1991, è stato sensibilmente modificato dall'art. 20 della legge n. 102/2009[2].

Tale norma ha disposto che le Commissioni medico legali delle ASL, deputate in via ordinaria all'accertamento delle forme di invalidità e disabilità, fossero integrate da un medico designato dal Centro medico legale dell'INPS, quale componente effettivo.

[1] M. SCORDA, *L'invalidità civile nella vigente legislazione*, Experta, Forlì, 2009, pp. 117 ss.

[2] Circolare INPS n. 131 del 28 dicembre 2009 – art. 20 d.l. n. 78/2009 conv. legge n. 102 del 3 aprile 2009.

Inoltre, l'inciso contenuto nell'art. 20 citato, secondo cui all'Istituto compete l'accertamento in via definitiva della disabilità, è stato interpretato con la Delibera del Commissario Straordinario dell'INPS n. 159/2008, come costituzione di un sistema ulteriore di controllo sui verbali delle Commissioni ASL da parte di Commissioni mediche INPS appositamente istituite.

Il controllo che – sempre secondo la richiamata delibera – sarebbe dovuto avvenire solo sui verbali approvati a maggioranza è diventato generalizzato e, come se non bastasse, a chiusura del sistema la Commissione medica superiore dell'INPS è stata trasformata da struttura di regolamentazione dell'uniformità valutativa medico legale ad organismo di controllo finale sui verbali di accertamento, in funzione sostanzialmente repressiva, come dimostrano i risultati condotti sulle verifiche effettuate[3].

A completare il complesso sistema è, da ultimo, intervenuta la legge n. 15 luglio 2011, n. 111 che ha previsto che le Regioni, anche in deroga alla normativa vigente, possono affidare all'INPS, attraverso la stipula di specifiche convenzioni, le funzioni relative all'accertamento dei requisiti sanitari in materia di invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità.

A tale sistema di accertamento si sovrappongono quello della revisione straordinaria e della revisione ordinaria, anche se la prima - al momento - non viene più attivata per decorrenza dei limiti temporali di esercizio.

Il primo è stato affidato – da ultimo - all'INPS con l'art. 20 della legge 102/2009, al fine di procedere all'accertamento della permanenza dei requisiti sanitari che hanno dato luogo alla concessione di benefici economici agli invalidi civili, ai ciechi e ai sordi; quanto al secondo sempre l'INPS è stato investito, per effetto della legge n. 114/2014, della funzione di riesame delle posizioni di quei soggetti i cui verbali di accertamento prevedono la rivedibilità.

In sintesi, la fase dell'accertamento medico legale è stata ripartita tra ASL e INPS: l'Ente previdenziale ha assorbito le funzioni ASL in quelle Regioni in cui sono state stipulate convenzioni in tal senso mentre è presente all'interno delle Commissioni ASL dove non opera la delega e procede alla verifica dei verbali redatti da queste ultime.

Conseguentemente, sul territorio nazionale si sono create disparità di trattamento per i soggetti disabili sia in ordine alla diversità dei soggetti pubblici che gestiscono la fase accertativa sia per i diversi gradi di valutazione cui sono sottoposti nelle varie aree del Paese, sia per la diversificazione dei criteri medico-legali di accertamento che organi appartenenti a diverse amministrazioni utilizzano[4].

[3] D. SABIA, *L'Invalidità civile – novità normative anni 2009 – 2018*, ANMIC – ufficio legislativo, pp. 21 ss.

[4] *Ibidem*.

Inoltre, i riparti di competenza, così come i diversi gradi di valutazione hanno reso il procedimento accertativo lungo; allo stesso modo l'uso di tabelle valutative datate al 1992 ha reso difficile se non estremamente opinabile la valutazione medico legale del grado di invalidità, col perpetuarsi, spesso, di ingiustizie gravi; così come la valutazione per similitudine di patologie non inserite nelle tabelle ha prodotto giudizi ampiamente discrezionali e spesso non appropriati. Le linee guida, adottate dall'INPS come disposizioni interne, non hanno reso congrui e "giusti" i criteri di valutazione degli stati invalidanti, essendo state finalizzate alla riduzione, spesso indiscriminata, dei presupposti medico-legali per la fruizione dei benefici economici delle persone disabili.

Da ultimo, il legislatore in una logica apparentemente ma falsamente semplificativa, con legge n. 120/2020, art. 29 bis, ha introdotto la possibilità per le Commissioni di accertamento di valutare lo stato invalidante e l'handicap "sugli atti", "eliminando l'esame clinico diretto" che invece costituisce un elemento essenziale per una diagnosi corretta ed adeguata, sia sotto il profilo medico-legale che funzionale.

La necessità di una riforma complessiva e strutturale è di tutta evidenza.

Si tratta di un lavoro complesso attesa la pluralità dei soggetti attualmente coinvolti, nonché la molteplicità delle aree interessate dalla riforma (lavoro, scuola, sanità, assistenza sociale).

A ciò deve aggiungersi che il sistema di servizi, di benefici e provvidenze previsti dal vigente ordinamento è collegato alle due distinte posizioni giuridiche di "soggetto portatore di handicap" e di "soggetto invalido fisico, psichico e sensoriale" che presuppongono per il loro riconoscimento "distinti criteri e percorsi valutativi", anche se normalmente la valutazione della "inclusività" presuppone la diagnosi medico legale della funzionalità.

Infine, difficoltà nascono dalle previsioni normative costituzionali – articoli 38 e 117 – che attribuiscono, rispettivamente, allo Stato la competenza in materia di erogazione di prestazioni economiche ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere e alle Regioni la competenza in materia di assistenza sociale[5].

Sicché, in via tendenziale, l'accertamento della riduzione della capacità lavorativa del soggetto ai fini della concessione di prestazioni economiche rientra nelle competenze dello Stato mentre quello dell'handicap e cioè la valutazione dei limiti della capacità inclusiva delle persone e l'adozione dei mezzi necessari per realizzare una situazione di pari opportunità rientra nelle competenze delle Regioni, salvo che si verta in prestazioni essenziali che sono di competenza statale.

[5] T. DELLA MURA, *I bisogni della disabilità, le omissioni della politica e le innovazioni dell'amministrazione sussidiaria*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà: il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 60

La previsione normativa di cui alla legge 15 luglio 2011, n. 111 che aveva tentato di superare tale dicotomia attraverso il meccanismo dell'accordo tra Regioni e INPS per il trasferimento a quest'ultimo di tutte le competenze in materia di accertamento si è rivelata non risolutiva, dal momento che molte Regioni non hanno proceduto a stipulare convenzioni con l'Istituto previdenziale per il trasferimento delle funzioni accertative.

3. I Piani biennali dell'Osservatorio nazionale delle persone con disabilità

L'approvazione di una legge delega al Governo per l'adozione di un Codice della disabilità, contenente anche la riforma del sistema dell'accertamento, è stata una delle richieste formulate dall'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, l'organismo istituito ai sensi dell'art. 3 della legge 3 marzo 2009, n. 18 con funzioni consultive e di supporto tecnico-scientifico per l'elaborazione delle politiche nazionali in materia di disabilità con particolare riferimento: alla promozione dell'attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, siglata a New York il 13 dicembre 2006; alla predisposizione di un programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, in attuazione della legislazione nazionale e internazionale; alla promozione della raccolta di dati statistici e della realizzazione di studi e ricerche sul tema; alla predisposizione della relazione sullo stato di attuazione delle politiche sulla disabilità.

L'Osservatorio ha ad oggi elaborato due successivi Programmi d'azione biennali, individuando le aree prioritarie verso cui indirizzare azioni e interventi per la promozione e la tutela dei diritti delle persone con disabilità, al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi generali della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020 e della Convenzione ONU ratificata dall'Italia nel 2009.

Il primo "Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità"[6], individuava come azione prioritaria (Linea di Intervento 1) la "revisione del sistema di accesso, riconoscimento/certificazione della condizione di disabilità e modello di intervento del sistema socio sanitario".

Partendo dalla premessa che la nuova visione culturale introdotta dalla Convenzione Onu per i diritti delle persone con disabilità rende necessaria la riformulazione dei principali strumenti normativi italiani per la creazione di un nuovo modello di welfare ispirato proprio ai principi fondanti della Convenzione, il Programma evidenziava la complessità e l'inefficienza dell'attuale sistema di accertamento, indotto dalla stratificazione normativa e dalla sovrapposizione di responsabilità istituzionali e proponeva la creazione di un sistema che ponesse al

[6] Primo programma biennale di attuazione, approvato con D.P.R. 4 ottobre 2013.

centro il "funzionamento" della persona con disabilità, superando le discriminazioni, favorendo le pari opportunità e l'inclusione sociale delle persone con disabilità.

Il programma prevedeva essenzialmente un percorso istituzionale di riforma della L. 104/1992 introducendo la definizione specifica di "persona con disabilità" indicata dalla Convenzione Onu a cui associare un sistema unitario ed efficiente della disabilità.

Prevedeva, altresì, il superamento della nozione di invalidità civile così come formulata nella L. 118/1971, riportando la valutazione delle menomazioni della persona all'interno di quello della disabilità, da eseguirsi utilizzando gli strumenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (ICD10 e ICF).

Novità introdotta dal Primo programma d'azione era la previsione di un nuovo sistema valutativo orientata alla definizione di una progettazione personalizzata e all'erogazione di interventi assistenziali, finalizzati all'inclusione sociale, scolastica e lavorativa, per il quale la graduazione della disabilità doveva sostituire la graduazione dei livelli di handicap prevista con la Legge 104/1992 e le percentuali di invalidità previste dalla legge 118/1971.

Infine, il programma comprendeva il riconoscimento/valutazione della condizione di disabilità nei livelli essenziali di assistenza, da realizzarsi dagli enti del territorio in forma integrata sociosanitaria e multidisciplinare.

Il "Secondo programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità"[7], nel rifarsi agli stessi principi ispiratori del prima programma, si poneva l'obiettivo ulteriore di assicurare la cittadinanza piena ed integrale dei soggetti fragili attraverso il superamento delle discriminazioni e delle disuguaglianze sociali, anche territoriali. Le linee di indirizzo, contenute nel documento, riprendevano in parte quelle già espresse nel Primo Programma al fine di rappresentare la continuità con le attività e gli obiettivi già delineati anche perché il primo piano di azione era rimasto per lo più inattuato. Prevedeva due distinte fasi di valutazione della disabilità, individuando una fase cosiddetta di base, volta a tutti i cittadini che nell'attuale sistema richiedono i diversi accertamenti (minorazioni civili, stato di handicap, disabilità ai sensi della L. 68/1999) per avere accesso a prestazioni sanitarie e ausili o prestazioni assistenziali ed una fase di cosiddetta valutazione multidimensionale mirante al riconoscimento della condizione di disabilità utile a delineare il progetto personale della persona disabile, indicando gli strumenti, le risorse, i servizi, gli accomodamenti ragionevoli necessari a favorire la partecipazione nei diversi ambiti della vita.

È doveroso dare menzione del fatto che la proposta di Piano di azione biennale approvato dall'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità

[7] Secondo programma di azione biennale, approvato con D.P.R. 12 ottobre 2017.

non risulta essere rappresentativo delle posizioni assunte da tutte le associazioni dei disabili e per alcuni aspetti le proposte non corrispondevano alle posizioni espresse nei gruppi di lavoro. In particolare, Anmic assunse una netta posizione critica, riguardo proprio alle conclusioni raggiunte in materia di accertamento dell'invalidità civile, oltre alle problematiche sollevate in ordine al collocamento mirato, alla flessibilità del lavoro, alla natura e funzione dell'istituto dell'accomodamento ragionevole, alla non discriminazione nei luoghi di lavoro e all'elusione delle questioni aperte dalla recente normativa sul dopo di noi.

4. Ipotesi di riforma

Le rilevate criticità impongono un intervento normativo complessivo che, senza disperdere il patrimonio di esperienze e gli apporti dati dai vari soggetti coinvolti a vario titolo nella fase accertativa, in particolare dalle Associazioni di categoria, miri a costruire un procedimento ispirandosi a criteri di semplificazione, trasparenza, effettività, economicità, adeguatezza e completezza delle valutazioni nonché finalizzato all'esclusivo sostegno delle persone con disabilità nel rispetto della loro dignità.

Di seguito i punti salienti di una auspicabile riforma.

4.1 Unificazione in capo ad un unico soggetto delle funzioni accertativa, di liquidazione ed erogazione delle prestazioni e unificazione e semplificazione del procedimento

L'intervento normativo deve tendere soprattutto a sostituire tutte quelle disposizioni che consentono una attribuzione orizzontale e territoriale di uguali competenze alle ASL e all' INPS, nonché quelle che attribuiscono a quest'ultimo la posizione di validazione di accertamenti fatti dalle ASL attraverso Commissioni in cui è già presente un medico INPS. Le norme dovranno individuare un soggetto unico gestore del procedimento cui rivolgere la domanda amministrativa di riconoscimento dello stato di invalidità, di cecità, sordità, handicap e disabilità, che procede alla redazione del verbale e alla liquidazione ed erogazione di prestazioni e nel cui ambito si svolge la presupposta fase dell'accertamento medico-legale in cui devono essere coinvolte le professionalità mediche che fanno capo ai soggetti che a vario titolo e nei vari settori (sanità, scuola, lavoro, assistenza) sono preposti alla gestione di prestazioni e servizi a favore dei soggetti disabili.

4.2 Unicità, collegialità e multidisciplinarietà dell'accertamento sanitario

Fin dalla legge n. 118/71 l'accertamento dei presupposti medico-legali per l'accesso alle prestazioni assistenziali è stato affidato ad un Organo collegiale.

Tale principio è stato successivamente confermato dalle leggi n. 833/78, n. 295/90 e n. 102/2009.

Analogo criterio non è stato seguito, ab origine, per l'accertamento dei presupposti sanitari per la concessione dell'assegno ordinario di invalidità e la pensione di inabilità di cui alla legge n. 222/84, affidato ad un organo monocratico.

Lo stesso è avvenuto per la materia delle rendite INAIL.

La diversità della strutturazione dell'organismo di valutazione trovava e trova il suo fondamento proprio nell'oggetto dell'accertamento sanitario da effettuare.

Infatti, ai fini della concessione delle provvidenze economiche INPS e INAIL l'esame dei presupposti medico-legali per l'accesso alle stesse è diretto a valutare il solo ed esclusivo aspetto della sopravvenuta incapacità lavorativa specifica, totale o parziale, del soggetto oppure l'incidenza su tale capacità di un infortunio o di una malattia professionale, per cui può essere fatta da un singolo medico legale trattandosi di valutazione unica e specifica. Nell'accertamento finalizzato alla erogazione di prestazioni assistenziali il giudizio è complesso e ciò per due ordini di ragioni: innanzitutto l'accertamento dei presupposti per la valutazione della capacità lavorativa dell'invalido civile, fisico, psichico o sensoriale è diverso dall'accertamento dell'handicap e dalla individuazione dei limiti che la disabilità frappone alla piena inclusione del soggetto; in secondo luogo l'accertamento della disabilità essendo finalizzato alla concessione di prestazioni di vario genere (assistenza sociale, assistenza sanitaria, integrazione scolastica, accesso al mercato del lavoro …) presuppone valutazioni specifiche e in conseguenza professionalità specifiche e multiple.

A tutto ciò deve aggiungersi la complessità del mondo della disabilità e le specificità che afferiscono alle sue varie forme: la disabilità fisica è diversa da quella psichica così come da quella sensoriale; la non autosufficienza è concetto plurimo, anche perché collegato alle prestazioni che devono favorire l'inclusione sociale secondo i principi fissati dalla convenzione ONU sulla disabilità.

Tutte queste ragioni giustificano pienamente, anzi necessitano, una strutturazione dell'Organismo accertativo in forma collegiale e multidisciplinare che, oltre a essere conforme alla scelta fatta dal legislatore a partire dalla legge n. 118/71, costituisce una necessità ancora più evidente in un sistema che mira a tutelare i disabili in tutti i settori della vita sociale e in relazione alle specificità della loro disabilità.

In tal senso va la disciplina introdotta dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata in Italia con legge n. 18/2009 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La previsione di un modello sociale per il disabile sempre più inclusivo e diretto all'attuazione del "diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita di comunità" implica necessariamente che l'approccio valutativo deve essere ispirato al principio della multidisciplinarietà.

Centrale diventa, quindi, la presenza di medici specialistici in medicina legale ma non solo: ciò che serve è la valutazione dell'equipe di valutazione intesa come massima espressività specialistica. I medici devono essere altresì formati ai sistemi di valutazione delle tabelle (aggiornate con criteri scientifici attuali) e dell'ICF.

La collegialità e la multidisciplinarietà possono trovare forma oltre che in una strutturazione fissa dell'Organismo accertativo anche in una strutturazione modulare dello stesso, costruita in funzione della tipologia e delle finalità dell'accertamento dei presupposti medico-legali.

Proprio la struttura plurale garantisce che soggetti diversi, con competenze distinte in materia di disabilità, possano partecipare ad un unico momento valutativo, strumentale alla erogazione delle diverse prestazioni cui sono deputati dalla legge, eliminando così anche il conflitto di competenza sul momento accertativo.

Esigenze di semplificazione e anche di contenimento della spesa rendono necessaria la unicità dell'Organo accertatore, con la eliminazione di doppie valutazioni sovraordinate, semmai rapportato ad un unico Organismo centrale strutturato in funzione della elaborazione di criteri di accertamento e di valutazione uniformi su tutto il territorio nazionale.

La collegialità e multidisciplinarietà dell'Organo di accertamento portano alla necessità di rafforzare il coinvolgimento delle Associazioni di categoria oggi già legittimate a parteciparvi, in quanto portatrici di consolidate e specifiche conoscenze medico-legali e strumento di selezione delle domande di accesso alle prestazioni assistenziali e all'eventuale proposizione del contenzioso giudiziario. D' altra parte è la stessa legge ad attribuire loro la rappresentanza e tutela delle rispettive categorie, facendole rientrare tra quegli Organismi indiretti di gestione delle funzioni di cui all'articolo 38 della Costituzione[8].

4.3 Riforma dei sistemi e criteri di valutazione medico legale

Le prestazioni di beni e servizi previsti dalla legge per i soggetti disabili sono collegate o alla valutazione della loro residua capacità lavorativa o alla incidenza della disabilità sulla loro capacità di inclusione sociale.

Nel primo caso la valutazione più appropriata risulta essere quella tabellare che misura il grado di capacità del soggetto a collocarsi nel mercato del lavoro e produrre reddito; nel secondo caso la valutazione più appropriata è quella offerta

[8] D. SABIA, *L'azione delle associazioni per lo sviluppo delle politiche di inclusione sociale per le persone con disabilità*, ANMIC – ufficio legislativo, 2009; M. SCHIANCHI, *Storia della disabilità: dal castigo degli dèi alla crisi del welfare*, Carocci, Roma, pp. 220 ss.; S. CARNOVALI, *I diritti delle persone con disabilità ed il ruolo dell'associazionismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2014. Disponibile in www.forumcostituzionale.it; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 48.

dal sistema ICF, predisposto dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, anche se la stessa presuppone una valutazione della incidenza della o delle patologie sul soggetto.

Il sistema tabellare consente di individuare la incidenza della/e patologie sulla possibilità di svolgere una attività lavorativa generica, quello ICF di valutare gli ostacoli alla inclusione, tenendo conto delle patologie del soggetto, dell'ambiente sociale e fisico che lo circonda, della situazione economica e culturale propria e della famiglia e della sussistenza e della qualità di servizi adeguati predisposti dai soggetti pubblici.

Il sistema tabellare, risalente al 1992, deve essere oggetto di una revisione che tenga conto dell'evoluzione scientifica, delle conoscenze e scoperte di nuove patologie, della introduzione di nuovi ausili tecnici, delle nuove tecniche di indagine sviluppatesi negli ultimi venti anni.

Inoltre, deve essere strutturato non su una scomposizione percentuale millimetrica delle patologie, che faccia variare anche di un solo punto la valutazione in presenza di sottili differenze di sviluppo delle stesse, ma su un criterio funzionale individuando cioè la stretta connessione tra prestazioni di beni e servizi e il complesso invalidante del soggetto.

Quanto al sistema ICF, è necessario che, con atto normativo, vengano recepiti i criteri fissato dell'OMS in modo da mettere in condizione le Commissioni per l'accertamento di ancorare le valutazioni in materia di handicap e disabilità a parametri certi e definiti.

Come è noto l'attuale valutazione dell'invalidità civile si fonda sulle tabelle contenute nel D.M. 05.02.92 il cui maggior merito è stato lo sforzo di fornire le indicazioni applicative, alla stregua di un protocollo diagnostico, orientato ad obiettivi di omogeneità di valutazione fra le Commissioni e nelle varie realtà sociali del Paese, con una sia pur minima variazione della percentuale di valutazione in riferimento alle attività confacenti[9].

Alcune patologie sono suddivise in classi, per altre vengono ancora usati i concetti di lieve, medio e grave; ma il loro significato non è lasciato alla soggettività della Commissione, bensì deve contemperarsi con gli esiti di specifici accertamenti diagnostico-strumentali. Sono un segno dello sforzo "politico" posto in atto per adeguare voci tabellari alla difficile valutazione della riduzione della capacità lavorativa in attività confacenti alle attitudini dell'interessato con l'intento di unificare i diversi concetti di invalidità e inabilità al lavoro e tabelle valutative vigenti per le varie categorie e pervenire ad una norma omogenea che consideri

[9] F. ZAPPATERRA, M. MARTIN, *Invalidità civile: metodologia di valutazione delle nuove tabelle - osservazioni e proposte integrative*, maggio 2017, disponibile all'indirizzo www.snamipa.it/wp-content/uploads/2017/05/Tabelle-invalidita.pdf.

l'oggettiva condizione psico-fisica del disabile, per individuare, alla fine, tre gruppi di soggetti ipotizzati: non invalidi, collocabili e pensionabili.

Il criterio tabellare ha mostrato però negli anni i propri limiti. Intanto, è senz'altro necessario elaborare una tabella più articolata e gestibile di quella attuale, non solo completando le voci mancanti e riducendo il ricorso al criterio analogico, ma prevedendo la definizione del riferimento alle attività confacenti che devono essere identificate con criteri scientifici e adottando dei protocolli valutativi per tutte le patologie tabellate, analogamente ad altri *barémes* internazionali.

Il concetto di attività confacenti infatti, (a differenza del c.d. danno biologico per il quale è adeguato utilizzare un criterio tabellare, perché il danno biologico è un danno in quanto tale, un danno evento, indipendente dai riflessi economici e che soprattutto ha il medesimo valore per tutti i soggetti richiamati) porta a differenziare lo stesso danno in relazione alla persona tanto da vanificare qualsivoglia sistema tabellare. Eppure il legislatore è riuscito a concretizzare il più eclatante degli equivoci: occupazioni confacenti da valutare con criterio tabellare ed una oscillazione (sic!) di 5 punti.

D'altro canto a partire dal 2001 è stata elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) la Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute, in inglese *International Classification of Functioning, Disability and Health* (in sigla, ICF), un sistema di classificazione della disabilità che elabora un profilo di funzionamento, calcola indicatori di funzionamento e disabilità, calcola un punteggio di disabilità secondo lo strumento OSM WHODAS 2.0. Permette di distinguere otto classi di situazioni: da quelle eccellenti a quelle gravemente compromessi: chiarendo il profilo di funzionamento descrive sempre′ persona e fattori ambientali e la loro efficacia[10]. L'aspetto del funzionamento è evidentemente cosa ben diversa dalla menomazione, ed è necessario delineare gli ambiti di interferenza e integrazione tra i due sistemi di valutazione.

Infine, il legislatore è chiamato a tener conto delle criticità che si incontrano nella valutazione medico-legale delle difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie dell' età di cui all' art. 6 del Decreto Legislativo n. 509/1988 e delle ampie criticità che esistono, ancor oggi, nel definire i criteri che legittimano il riconoscimento dell' indennità di accompagnamento, nonostante i chiarimenti forniti dal Ministero della Sanità con alcune circolari interpretative che, come dicevamo, le hanno alternativamente individuate nelle "azioni elementari che espleta quotidianamente un soggetto di corrispondente età" ed anche in "quelle

[10] M. CINGOLANI, *La Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF)*, in F. CEMBRANI (a cura di), *Disabilità e libertà dal bisogno*, Erickson, Trento, 2005.

relativamente più complesse … tese al soddisfacimento di quel minimo di esigenze medie di vita"[11].

Tali criticità appaiono il frutto di una svogliatezza legislativa che mina la credibilità del sistema sostenendo la libera interpretazione delle norme, la sfiducia dei cittadini che non sono garantiti nell' equo accesso alle prestazioni assistenziali e l'ampio contenzioso giudiziario che oggi esiste, nel nostro Paese, in punto di invalidità civile.

La soluzione ai problemi evidenziati non ci sembra possibile se non attraverso un profondo ripensamento dell' attuale sistema di sicurezza sociale con una riforma che non deve soltanto "semplificare" la materia e/o modificare il solo aspetto tabellare (ormai del tutto anacronistico nel suo riferimento all' impairment lavorativo generico) ma che deve essere di tipo strutturale e riportata nell' alveo della responsabilità propria del soggetto chiamato istituzionalmente a farsi garante ed a promuovere i principi informatori (di uguaglianza, di dignità, di libertà e di assistenza) della nostra Carta costituzionale e ribaditi della Convenzione Onu.

4.4 Certificazione unica

L'accesso a prestazioni economiche, ad esenzioni fiscali, a servizi spesso presuppone, accanto alla valutazione generale del grado di invalidità e della situazione di handicap, la evidenziazione di specifici requisiti sanitari.

Al fine di garantire il massimo della semplificazione e della certezza dei rapporti è necessario dare seguito alla previsione di cui alla legge n. 44/2012, che ha introdotto il criterio dell'unicità del verbale di accertamento con la previsione espressa della sussistenza o meno dei requisiti sanitari per l'accesso ad agevolazioni fiscali, al contrassegno, all'esenzione del bollo, dell'imposta di trascrizione al PRA ecc. e l'indicazione della norma o degli estremi della legge di riferimento.

In sostanza si tratta di introdurre un "titolo unico" per l'accesso a tutte le prestazioni di cui il soggetto fa richiesta all'atto della presentazione della domanda e di cui ha diritto sussistendone i presupposti previsti dalla legge.

4.5 Definizione delle categorie giuridiche in materia di disabilità

Se dubbi interpretativi non sono mai sorti in materia di individuazione delle categorie degli invalidi civili, ciechi, sordi ai fini della concessione di prestazioni economiche, problemi emergono laddove la legislazione parla di handicap, di

[11] F. CEMBRANI, S. DEL VECCHIO, S. BAVARESCO, E. BALDANTONI, *Le "difficoltà persistenti" a svolgere i compiti e le funzioni proprie dell'età e l' "indennità di accompagnamento": vecchi e nuovi problemi nella valutazione medico-legale dell'invalidità civile*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 6, 2007.

disabilità, di non autosufficienza, di disabilità grave, di disabilità gravissima, di autonomia personale, di disabilità fisio -psichica.

Infatti, tali categorie, normativamente non definite in modo preciso, spesso vengono usate indifferentemente, quasi come sinonimi, ingenerando oltre che confusione una disparità di trattamento tra soggetti.

La precisa individuazione delle condizioni che distinguano la disabilità grave da quella gravissima, la non autosufficienza dall'handicap grave e così via, consente di formulare un giudizio corretto in fase di accertamento medico-legale e di individuare le prestazioni di beni e servizi più appropriate a garantire il massimo possibile l'inclusione sociale del soggetto disabile.

Non secondario è il problema di rapportare alle categorie astratte della disabilità figure vecchie e nuove che fanno riferimento alla patologia specifica genericamente considerata ai fini della tutela (down, autismo, fibrosi cistica…).

4.6 Soppressione del sistema di revisione straordinaria e modifica della revisione ordinaria

L'introduzione, da ultimo con l'art. 20 della legge n. 102/2009, di un sistema di verifica della permanenza dei requisiti sanitari che hanno dato luogo alla concessione di benefici economici agli invalidi civili, ciechi, sordi, in funzione "punitiva" e di mero ipotetico risparmio di spesa, ha prodotto risultati negativi.

La scarsa significatività delle conseguenze ottenute con la caccia ai "falsi invalidi" (nella stragrande maggioranza dei casi si è trattato di semplice riduzioni percentuali senza perdita di beneficio economico o di ripristino di prestazioni attraverso la tutela giudiziaria), la chiamata indiscriminata a visita anche di soggetti esclusi dal DM 2 agosto 2007, la sovrapposizione con le revisioni ordinarie o con procedimenti giudiziari in corso, il grande dispendio di risorse impiegate e, non per ultimo, la scarsa considerazione della dignità umana dei soggetti disabili, hanno determinato il fallimento di questo sistema che ha creato solo un turbamento sociale e lo sviluppo a tutti i livelli di una cultura di criminalizzazione dei disabili.

Quanto alle revisioni ordinarie l'esperienza degli ultimi anni ha dimostrato l'insufficienza delle previsioni di cui al DM 2 agosto 2007 ai fini della corretta individuazione dei soggetti esclusi in quanto portatori di menomazioni o patologie stabilizzate o ingravescenti.

Al di fuori di tale problematica risulta altresì necessario individuare limiti all'esercizio della discrezionalità tecnica attribuito alle Commissioni di accertamento, in modo da garantire un corretto, oggettivo e uniforme esercizio della funzione di revisione, avendo riguardo sia alla previsione dell'evoluzione migliorativa delle patologie riscontrate che ai tempi evolutivi delle stesse.

Come previsto per altre prestazioni INPS fondate su accertamento sanitario, risulta opportuno fissare un termine - semmai biennale - prima del quale è impedita

ogni forma di revisione. Tale temine dovrà decorrere o dalla visita effettuata in sede amministrativa o dal deposito della sentenza in Cancelleria.

4.7 Premessa: disabilità e riassetto della normativa

La disciplina del procedimento di accertamento dei presupposti medico legali, dettata dalla Determina commissariale INPS n. 189/2009 e dalla connessa Circolare n. 131/2009, a parte l'innegabile positività della informatizzazione del sistema (ancora da perfezionare), ha mostrato criticità che è opportuno considerare ai fini di una loro correzione in modo da renderlo più snello, più veloce, più certo nei tempi e nelle forme di svolgimento:

- inutilità della fase dell'inoltro del certificato medico autonomamente e prima della fase di presentazione della domanda amministrativa. Si ritiene opportuno ritornare al sistema di avvio del procedimento accertativo con domanda e allegata certificazione medica da parte delle Associazioni di categoria e degli altri soggetti legittimati. D'altra parte l'avvio del procedimento con la presentazione del solo certificato medico risulta inammissibile perché la domanda amministrativa è atto che può essere legittimamente presentato solo dall'avente titolo o dal suo rappresentante. Inoltre, la mancata presentazione della domanda costituisce motivo di improponibilità di un eventuale azione giudiziaria, secondo l'orientamento dei Giudici di legittimità;
- estensione del monitoraggio dell'iter amministrativo concessorio a tutti i soggetti attualmente legittimati all'inoltro delle domande amministrative;
- riaffermazione del principio di parità dei componenti delle Commissioni di accertamento, sotto il profilo della uguaglianza e pari dignità delle funzioni mediche esercitate e della identica funzione pubblica dagli stessi volta per conto del soggetto titolare dell'accertamento che deve sostenerne gli oneri economici uguali per tutti;
- riorganizzazione territoriale delle Commissioni di accertamento, che riduca i disagi dei disabili negli spostamenti e nelle attese;
- disciplina del funzionamento delle Commissioni, della collegialità delle decisioni da assumere anche a maggioranza e con indicazione delle motivazioni di dissenso dei singoli componenti nonché dello svolgimento delle visite domiciliari.

5. Tutela giudiziaria dei diritti

La legge 15 luglio 2011, n. 98, ha profondamente e irragionevolmente modificato le norme processuali in materia di prestazioni a favore degli invalidi civili, ciechi e sordi, estendendo le nuove disposizioni anche alle prestazioni previdenziali di cui alla legge n. 222/84.

Le nuove disposizioni sono contenute nell'art. 445*bis* introdotto nel codice di procedura civile.

Il processo, prima svolgentesi sulla base delle norme ordinarie del lavoro, con doppio grado di giurisdizione, ha assunto oggi una conformazione complessa di difficile gestione.

Si è distinta una fase di accertamento tecnico preventivo obbligatoria, in cui un CTU designato dal Giudice accerta la sussistenza o meno dei soli presupposti sanitari per l'accesso alla prestazione richiesta, che si conclude con una perizia che, se accettata, chiude il giudizio mentre, se contestata, apre il processo vero e proprio sempre e solo limitatamente alla verifica dei presupposti medico legali. È esclusa la possibilità di un processo di appello.

Chiusa la fase accertativa medico legale sia essa nell'ambito della ATP o nel successivo processo, si passa all'ulteriore fase accertativa della verifica della sussistenza degli altri presupposti di legge che, in caso di contestazione, porta all'apertura di un nuovo processo che si svolge secondo tre gradi di giudizio.

Conseguentemente la riforma ha introdotto modifiche che portano i passaggi giudiziari da tre - come in precedenza - a cinque - come attualmente; elimina la possibilità di accedere al grado di appello, derogando ad un principio generale dell'Ordinamento interno; predispone in conseguenza una tutela giudiziaria ridotta rispetto a diritti costituzionalmente protetti; determina la possibilità che la fase ATP e l'eventuale processo successivo in materia di accertamento dei presupposti medico legali possano essere messi nel nulla quando successivamente si scopre che, nonostante che la percentuale ottenuta sia idonea a conseguire la prestazione, mancano gli altri presupposti di legge verificabili già in sede di avvio del procedimento e la cui mancanza ne avrebbero resa inammissibile la prosecuzione.

La soluzione più semplice potrebbe essere quella del ripristino del sistema precedente con la verifica unitaria e contestuale dei requisiti, sanitari e non, necessari per ottenere la prestazione richiesta, con il doppio grado di giudizio, evitando anche presupposti ricorsi amministrativi che, soprattutto se previsti a condizione di procedibilità, incidono sulla rapida ed effettiva tutela dei disabili.

Quanto al doppio grado di giudizio, deve considerarsi che è vero che la Corte Costituzionale ha respinto la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 445bis cpc, ma sulla base della motivazione che in materia il legislatore ha valutazione discrezionale[12].

Se questo è vero, è anche vero che la motivazione posta a base dell'introduzione di tale norma nel 2011 poggiava sulla necessità di semplificazione e snellimento dei giudizi pendenti presso le Corti di appello.

[12] Corte Costituzionale, Sentenza n. 243/2014.

Ora la scelta di sopprimere il secondo grado di giudizio per sfoltire le innanzi alle Corti, sacrificando la tutela di diritti costituzionalmente protetti, risulta irragionevole e violativa degli art. 3 e 38 della Costituzione, in quanto nel comparare due interessi il legislatore ha compresso quello che la Carta fondamentale ritiene primario.

Non solo, ma viola l'art. 111 della Costituzione nella parte in cui richiama l'obbligatorietà del giusto processo che nel nostro Ordinamento è quello del doppio grado di giurisdizione generalizzato che non può non trovare applicazione in ordine alla tutela di diritti fondamentali della persona, tra i quali rientra il diritto ad avere assicurati i mezzi necessari a garantire la propria esistenza e dignità.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il disegno di legge delega in materia di disabilità: osservazioni sulla "disciplina dei benefici"*

MARIA BEZZE, ELENA INNOCENTI**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La disciplina dei benefici (art.1, comma 2, punto c del disegno di legge delega). – 2.1. Le prestazioni per l'invalidità. – 2.2. Le prestazioni in natura. – 3. I criteri e principi direttivi di cui all'art.1, comma 3, lett. h. 3.1. "Assicurare l'integrazione dell'offerta, individuando a tal fine i livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione". – 3.2. "Riordinare, armonizzare e semplificare le disposizioni normative, nonché i relativi procedimenti amministrativi, in materia di criteri e requisiti per l'accesso, l'erogazione e la determinazione dei benefici, degli interventi e dei servizi rivolti alla persona con disabilità […]". – 3.3. "Riordinare, anche accorpandoli, i diversi fondi destinati alla tutela, al sostegno e alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, di sostegno e di assistenza della famiglia". – 3.3.1. Il Fondo per il diritto al lavoro delle persone con disabilità. – 3.3.2. Il Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare. – 3.3.3. Il Fondo "vita indipendente". – 3.3.4. Fondo per le non autosufficienze. – 3.3.5. Fondo per il caregiver familiare. – 3.3.6. Fondo per la disabilità e la non autosufficienza. – 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
M. BEZZE, E. INNOCENTI, *Il disegno di legge delega in materia di disabilità: osservazioni sulla "disciplina dei benefici"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Maria Bezze è ricercatrice senior nella Fondazione "Emanuela Zancan" Onlus – Centro studi e ricerca sociale di Padova. Indirizzo mail: mariabezze@fondazionezancan.it. Elena Innocenti è dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Ferrara e ricercatrice senior nella Fondazione "Emanuela Zancan" Onlus – Centro studi e ricerca sociale di Padova. Indirizzo mail: elena.innocenti@santannapisa.it.

1. Introduzione

Il Consiglio dei Ministri n. 48 del 28 febbraio 2019 ha approvato dieci disegni di legge di delega per le semplificazioni, i riassetti normativi e le codificazioni di settore. Tra questi è compreso anche il disegno di legge recante Delega al governo di semplificazione e codificazione in tema di disabilità. L'obiettivo della legge delega è quello di "armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione del Codice per la persona con disabilità".

Il corposo intervento del governo esemplifica e consolida una tendenza già nota in tema di utilizzo delle fonti del diritto e delle dinamiche di produzione normativa[1]: la delega legislativa trova un crescente utilizzo non solo per operazioni ad alta complessità tecnica, come il coordinamento normativo, ma anche per affrontare temi ad alto significato politico, come le riforme di interi settori. Il disegno di legge delega in esame si colloca all'interno di questo filone, proponendosi appunto di procedere ad un intervento di codificazione delle fonti esistenti e contestualmente di innovazione della disciplina vigente.

Il contributo approfondisce i contenuti del disegno di legge delega con riferimento a due disposizioni specifiche:

- l'art.1, comma 2, punto c, relativo al settore di intervento denominato "disciplina dei benefici";
- l'art.1, comma 3, lett. h, relativo ai criteri e principi direttivi cui il legislatore delegato deve conformarsi nella "disciplina dei benefici".

Quest'ultima disposizione prevede in particolare che il legislatore delegato intervenga secondo i seguenti criteri e principi direttivi:

"1) assicurare l'integrazione dell'offerta, individuando a tal fine i livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione;

2) riordinare, armonizzare e semplificare le disposizioni normative, nonché i relativi procedimenti amministrativi, in materia di criteri e requisiti per l'accesso, l'erogazione e la determinazione dei benefici, degli interventi e dei servizi rivolti alla persona con disabilità, tenendo conto dell'effettivo e specifico grado di bisogno socio-economico, anche attraverso l'istituzione di appositi strumenti di coordinamento e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa;

[1] G. MOBILIO, *I più recenti tentativi di "sistemazione" tramite delega legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it.

3) riordinare, anche accorpandoli, i diversi fondi destinati alla tutela, al sostegno e alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, di sostegno e di assistenza della famiglia".

Si tratta di disposizioni dal contenuto estremamente corposo e complesso, in merito alle quali si propongono alcune riflessioni corredate da dati utili a focalizzare l'oggetto dell'intervento normativo e a tratteggiarne i profili di maggiore rilevanza.

Una questione su cui occorre brevemente soffermarsi in via preliminare riguarda il rapporto tra disabilità e invalidità: in termini generali, si tratta di due qualificazioni che rilevano in conseguenza di malattie o menomazioni, che limitano le capacità e le autonomie della persona interessata.

L'invalidità è un concetto giuridico più risalente, strettamente collegato alle capacità funzionali della persona: l'invalidità civile viene valutata e quantificata in termini quantitativi (percentuali), in ragione della riduzione accertata delle capacità della persona interessata. La legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili) nel definire gli aventi diritto alle prestazioni specifica che si considerano mutilati ed invalidi civili coloro che sono affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore a un terzo o, se minori di anni 18, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età. Sono compresi tra le minorazioni anche gli esiti permanenti delle infermità fisiche e/o psichiche e sensoriali che comportano un danno funzionale permanente (come specificato all'art. 1 del decreto Legislativo 23 novembre 1988, n. 509).

Lo stato di handicap invece assume ad obiettivo della valutazione una dimensione qualitativa, ovvero la condizione di svantaggio sociale che deriva dalla patologia o menomazione riscontrata, come disposto dalla legge quadro n. 104 del 1992: ai sensi dell'art. 3, comma 1 della legge quadro infatti la persona con handicap "presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione".

Il diverso fondamento delle due qualificazioni si riverbera sugli interventi di assistenza rivolti a questi target di destinatari: le prestazioni rivolte agli invalidi, soprattutto le più risalenti nel tempo, sono prevalentemente erogazioni economiche, e hanno come finalità principali quelle di integrare la capacità economica delle persone interessate, di garantire interventi per il recupero funzionale, la riqualificazione professionale, l'abbattimento di barriere architettoniche e l'erogazione di ausili e altri sussidi per facilitare l'accessibilità e la mobilità delle persone invalide e la loro eventuale ricollocazione lavorativa.

Gli interventi e i servizi previsti dalla legge quadro sulla disabilità e dai successivi interventi legislativi in tema di disabilità, come la legge n. 68/1999 o la legge n. 112 del 2016 sul c.d. Dopo di Noi, perseguono finalità sociali più ampie, declinate in termini di:

- promozione della piena integrazione nei diversi contesti di vita;
- rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione sociale;
- recupero funzionale e sociale della persona; di superamento degli stati di emarginazione e di esclusione sociale.

Il passaggio da un modello "medico" ad un modello "sociale" di disabilità[2], salda l'attuazione dell'art. 3, comma 2 della Cost. (principio di eguaglianza sostanziale) con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. Da "una concezione risarcitoria dell'intervento assistenziale, che considera le prestazioni economiche e l'intervento specializzato per categorie il modo più idoneo per occuparsi dei «soggetti deboli»" (cit., p. 4), si passa alla promozione di politiche e interventi che introducono nei diversi ambiti di vita "accorgimenti, accomodamenti ragionevoli (per mutuare un'espressione utilizzata in riferimento alle politiche concernenti l'inserimento lavorativo) per consentire alla persona con disabilità di interagire in situazione di eguaglianza con gli altri, all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua esistenza" (cit., p. 9).

A fronte di queste diverse matrici e fonti di disciplina, lo status, se così si può dire, di soggetto con disabilità e di invalido spesso coesistono nella stessa persona (ma non necessariamente coincidono), dando accesso a una pluralità di interventi, originati dall'una e dall'altra filiera normativa. Intervenire sui benefici destinati alle persone con disabilità può quindi avere un ben diverso ambito di intervento a seconda che si assuma una prospettiva formalistica, limitandosi cioè ad includere quei benefici che nominalmente e formalmente sono destinati alle persone con disabilità ex legge 104, oppure una prospettiva sostanziale, che guarda cioè alla congerie di benefici a cui una persona con disabilità può accedere in ragione dei diversi e sovrapponibili status che le sono attribuiti in applicazione della normativa vigente.

Con il diffondersi di questa impostazione e, dal punto di vista più prettamente normativo, con il recepimento della Convenzione dei diritti delle persone con disabilità, l'integrazione e la valorizzazione delle capacità e delle autonomie hanno avuto ancora maggiore riconoscimento e impulso, tanto da portare, in ambito nazionale, alla realizzazione di interventi legislativi mirati all'attuazione dei principi

[2] E. VIVALDI, *Disabilità, autonomia, diritti. Alcune riflessioni a tre anni dall'approvazione della legge n. 112/2016*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 1/2019.

della convenzione[3], fino ad arrivare alla formulazione della proposta di legge delega oggi in commento.

Ecco che, si può anticipare, un primo esito auspicabile della proposta di legge delega potrebbe essere quello di ridefinire, in una cornice di principi unitari, le tutele e gli interventi da garantire alle persone con deficit e limitazioni funzionali e sociali, superando la «sovrapposizione e confusione tra i concetti di disabilità, non autosufficienza, handicap e invalidità»[4] e armonizzando le diverse definizioni e qualificazioni vigenti con il più avanzato quadro di valori e principi affermatosi negli ultimi anni.

2. La disciplina dei benefici (art. 1, comma 2, punto c del disegno di legge delega)

Nella disposizione della legge delega citata non si esplicita quali benefici siano inclusi nell'intervento di riforma, mentre nella disposizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. h l'inciso "sia in termini di prestazioni economiche e previdenziali, sia in termini di erogazione di servizi" apre ad una pluralità di potenziali interventi da considerare, soprattutto se si opta, come auspicabile, per un criterio sostanziale di inclusione delle misure oggetto della delega.

Proprio il riferimento alle prestazioni economiche e previdenziali richiede di esaminare in prima battuta i benefici di cui le persone con disabilità fruiscono in ragione del loro essere *anche* persone con invalidità, per le quali il sistema di protezione sociale italiano prevede diversi interventi nei settori assistenziale e previdenziale.

2.1 Le prestazioni per l'invalidità[5]

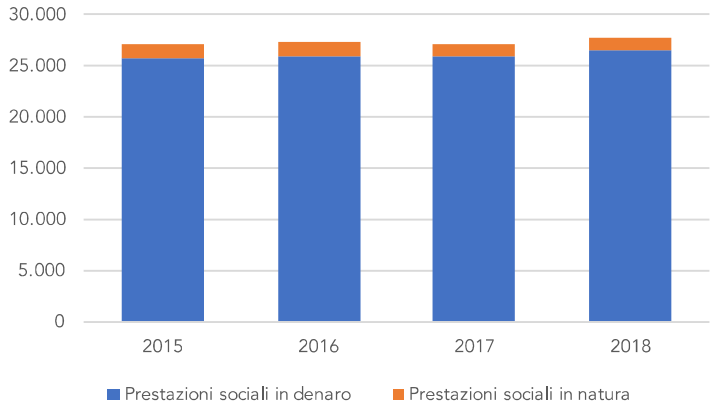
Nel 2018 la spesa complessiva destinata all'invalidità è stata di quasi 28 miliardi di euro (2018), il 5,6% della spesa complessiva per prestazioni sociali, contro una media europea che negli ultimi anni si è aggirata attorno al 7,3-7,4%. La spesa è erogata prevalentemente (96%) sotto forma di prestazioni in denaro (pensioni e assegni, indennità), e in misura molto minore sotto forma di servizi (assistenza e integrazione sociale e strutture residenziali).

[3] A. BLASINI, E. VIVALDI (a cura di), *Il futuro delle persone con disabilità oltre la famiglia. A tre anni dalla legge n. 112/2016*, Pisa University Press, Pisa, 2019.

[4] A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

[5] M. BEZZE, T. VECCHIATO, *Con noi e dopo di noi: bisogni e risposte per la disabilità oggi e domani nelle province di Padova e Rovigo*, in *Studi Zancan*, n. 4-5/2020, pp. 9-134

Fig. 1 – Prestazioni della protezione sociale per l'invalidità per natura, Italia, 2015-2018, valori in milioni di euro



Fonte: Elaborazione Fondazione Zancan su dati Istat (Conti della protezione sociale).

L'invalidità viene sostenuta prevalentemente (74%) da prestazioni assistenziali (20,4 miliardi di euro nel 2018) e in parte (26%) da prestazioni previdenziali (7,3 miliardi di euro). Tra le prime una voce importante riguarda le prestazioni agli invalidi civili, che ammontano a 16,4 milioni di euro, un valore cresciuto di oltre il 5% nel periodo 2015-2018.

Tab. 1 – Prestazioni assistenziali e previdenziali per l'invalidità, Italia, 2015-2018, valori in milioni di euro

	2015	**2016**	**2017**	**2018**
Assistenza				
Prestazioni sociali in denaro	18.231	18.517	18.665	19.246
- pensioni di guerra	130	116	105	95
- prestazioni a invalidi civili	15.587	15.773	15.917	16.376
- prestazioni ai non vedenti	1.132	1.139	1.136	1.151
- prestazioni ai non udenti	191	193	194	198
- altri assegni e sussidi	1.191	1.296	1.313	1.426
Prestazioni sociali in natura	1.324	1.328	1.216	1.198
Totale prestazioni assistenziali	*19.555*	*19.845*	*19.881*	*20.444*
Previdenza				
Prestazioni sociali in denaro	7.482	7.461	7.280	7.323
- pensioni e rendite	7.190	7.170	7.041	7.133
- altri sussidi e assegni	292	291	239	190
Totale prestazioni previdenziali	*7.482*	*7.461*	*7.280*	*7.323*

Fonte: Elaborazione Fondazione Zancan su dati Istat (Conti della protezione sociale).

Le prestazioni *economiche* che afferiscono al settore assistenza sono una molteplicità di interventi che variano a seconda della condizione di invalidità e dell'età del destinatario (tab. 2); vengono attivati solo su richiesta dell'interessato e, tranne per l'indennità di accompagnamento e quella per ciechi e sordi, sono subordinati a determinati limiti di reddito, che variano di anno in anno. Ogni intervento ha una disciplina legislativa specifica, anche molto risalente nel tempo, integrata in alcuni casi con interventi successivi e periodicamente aggiornata con decreti ministeriali e circolari limitatamente a soglie di reddito e importi dei benefici. I benefici sono tutti erogati e gestiti a livello centrale dall'INPS, su finanziamento statale.

In Italia l'importo complessivo delle prestazioni economiche *assistenziali* destinate alle persone invalide (invalidità civile) con età compresa tra 0 e 64 anni è di poco superiore a 6,8 miliardi di euro. Si tratta in totale di oltre 1,5 milioni di prestazioni (previste nel 2019), che sono soprattutto (84%) indennità di accompagnamento, pensioni di inabilità e assegni di assistenza.

Tab. 2 – Benefici economici assistenziali riconosciuti alle persone con invalidità, cieche e sordomute per condizione e reddito (vigenti per il 2020), fonte legislativa istitutiva.

Condizione di invalidità	**Situazione reddituale**	**Beneficio economico**	**Fonte di riferimento**
Minori di 18 anni con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie dell'età *Minori ipoacusici* che presentino una perdita uditiva superiore ai 60 decibel nell'orecchio migliore nelle frequenze di 500, 1.000, 2.000 hertz	Reddito personale annuo pari o inferiore a 4.926,35 euro	*Indennità di frequenza* (di 286,81 euro al mese, fino ad un massimo di 12 mensilità) se il minore frequenta in maniera continua o periodica centri ambulatoriali, centri diurni, scuole di ogni ordine e grado a partire dagli asili nido, centri di formazione o addestramento professionale.	*Legge 11 ottobre 1990, n. 289*
Invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa *tra il 74% e il 99% con età 18-67 anni*	Reddito annuo personale inferiore a 4.926,35 euro (dal 1992)	*Assegno mensile di assistenza* di 286,81 euro al mese (13 mensilità)	*Legge 30 marzo 1971, n. 118 Decreto Legislativo 23 novembre 1988, n. 509*

Condizione di invalidità	**Situazione reddituale**	**Beneficio economico**	**Fonte di riferimento**
Invalido con totale e permanente inabilità lavorativa 100%, con età 18-67 anni	Reddito annuo personale inferiore 16.982,49 euro	*Pensione di inabilità per invalidi civili* di 286,81 euro al mese (13 mensilità)	*Legge 30 marzo 1971, n. 118*
Cieco con residuo visivo non superiore ad un ventesimo in entrambi gli occhi con eventuale correzione	Reddito annuo personale inferiore a 16.982,49 euro	*Pensione per ciechi parziali* di 286,81 euro al mese (13 mensilità)	*Legge 10 febbraio 1962, n. 66*
	Nessuno	*Indennità speciale per ciechi parziali* di 212,43 euro al mese (12 mensilità)	*Legge 21 novembre 1988, n. 508*
Cieco assoluto maggiorenne	Reddito annuo personale inferiore a 16.982,49 euro	*Pensione per ciechi assoluti* di 310,17 euro al mese o di 268,81 euro al mese se ricoverati (13 mensilità)	*Legge 10 febbraio 1962, n. 66*
	Nessuno	*Indennità di accompagnamento per ciechi assoluti* di 930,99 euro al mese (12 mensilità)	*Legge 28 marzo 1968, n. 406*
Sordomuto con età 18-67 anni	Reddito annuo personale inferiore a 16.982,49 euro	*Pensione non reversibile per sordomuti* di 286,81 euro al mese (13 mensilità)	*Legge 26 maggio 1970, n. 381*
	Nessuno	*Indennità di comunicazione* di 258,00 euro al mese (12 mensilità)	*Legge 21 novembre 1988, n. 508*
Persona invalida al 100% e con impossibilità a deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore	Nessuno	*Indennità di accompagnamento* di 520,29 euro al mese (12 mensilità)	*Legge 11 febbraio 1980, n. 18*

Fonte: elaborazione Fondazione Zancan su informazioni tratte da: www.inps.it e www.handylex.org.

I benefici economici di origine *previdenziale* sono rivolti ai lavoratori che divengono parzialmente invalidi o non sono più in grado di svolgere proficuamente

l'attività lavorativa. Richiedono di aver maturato un monte minimo di contribuzione previdenziale ed assicurativa e sono disciplinati dalla legge n. 222 del 1984: **l'assegno ordinario di invalidità**, erogato ai lavoratori la cui capacità lavorativa sia ridotta a meno di un terzo a causa di infermità fisica o mentale, è compatibile con lo svolgimento di attività lavorativa; **la pensione ordinaria di inabilità** è erogata a favore dei lavoratori per i quali viene accertata l'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa a causa di infermità o difetto fisico o mentale.

2.2 Le prestazioni in natura

La ricostruzione delle prestazioni in natura è estremamente complessa, poiché tali interventi fanno capo a regioni, enti locali (singoli o associati) e aziende sanitarie, secondo un quadro normativo articolato su una pluralità di fonti statali e regionali che interessano diverse materie.

Ricostruire un quadro complessivo delle possibili prestazioni in natura erogate a favore delle persone con disabilità richiede così di considerare interventi normativi dedicati a questa area di destinatari e le fonti che disciplinano interi comparti di servizi, in particolare il sistema sanitario, sociosanitario, sociale.

La legge quadro n. 104 del 1992 può essere considerata una sorta di *roadmap* per orientarsi nella ricognizione degli ambiti di intervento da considerare prestazioni in natura possono infatti riguardare:

- l'area sanitaria, con riferimento alla prevenzione e alla diagnosi precoce (art.6), alla cura e riabilitazione (art. 7),
- l'area sociale per l'inserimento e l'integrazione (art. 8),
- l'istruzione e l'educazione (art. 12 ss.),
- la formazione professionale (art.17),
- l'inserimento lavorativo e l'accesso al lavoro (art. 18 e ss.),
- la mobilità (art. 24 e ss.).

A differenza delle provvidenze economiche sopra richiamate, dei benefici in natura rivolti alle persone con disabilità, solo alcuni sono disciplinati in sede nazionale, altri sono oggetto di intervento legislativo regionale, in ragione del riparto di competenze definito dall'art. 117 Cost.

Rileggendo l'elenco ricavato dalla legge quadro è agevole notare come la maggioranza dei settori di intervento richiamati dal legislatore del 1992 corrisponde oggi a materie ascrivibili alla competenza concorrente tra stato e regioni (sanità, tutela e sicurezza del lavoro, istruzione) e alla competenza residuale delle regioni (assistenza sociale, formazione professionale, trasporto locale). Ai sensi dell'art. 117 Cost., nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principî fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato; mentre negli ambiti di

competenza residuale, la potestà legislativa statale, formalmente esclusa al testo costituzionale, viene limitata e "giustificata" dall'esercizio di interventi riconducibili a materie di spettanza statale, quali la definizione dei livelli essenziali, il coordinamento della finanza pubblica, e altre via via specificate dalla giurisprudenza costituzionale intervenuta a definire le rispettive sfere di competenza.

L'intervento del legislatore delegato con riferimento alle prestazioni in natura rivolte alle persone con disabilità ha quindi due possibili sviluppi. Una prima opzione richiede di censire quali sono le prestazioni in natura che rientrano nella sfera di competenza statale e limitare l'azione del legislatore delegato a quelle. Sarebbero così incluse le prestazioni sanitarie che rientrano nei livelli essenziali di assistenza, le prestazioni in natura legate alla frequenza scolastica e forse, le prestazioni in natura legate al collocamento mirato e al trasporto non locale. Una seconda opzione, suggerita anche dai criteri e principi direttivi previsti alla lettera h, estende l'intervento del legislatore statale grazie alla clausola che prevede la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni per le persone con disabilità, aprendo potenzialmente a tutte le prestazioni in natura incluse nei settori sopra richiamati che siano definite o definibili come livelli.

Se in ambito sanitario il processo di definizione dei livelli essenziali di assistenza è già strutturato per prestazioni, così non è in altri settori che possono essere oggetto dell'intervento legislativo, dove le prestazioni in natura sono dettagliate non tanto in sede nazionale quanto a livello regionale e locale, con forti differenziazioni in termini di tipologia di interventi, risorse disponibili, diffusione territoriale.

L'ambito sociale è forse il più significativo per la rilevanza che gli interventi in natura hanno per le persone con disabilità e per la differenziazione esistente: già nella legge quadro l'inserimento e l'integrazione si realizzano in buona parte attraverso misure riconducibili a questo comparto, nel quale spetta alle regioni l'azione legislativa e agli enti locali e pro quota alle aziende sanitarie la realizzazione.

Per avere un quadro complessivo delle prestazioni sociali rivolte alle persone con disabilità, è utile fare riferimento dall'Indagine censuaria sugli interventi e i servizi sociali dei Comuni singoli e associati realizzata dall'Istat. In base a tale rilevazione, nel 2016 in Italia la spesa complessiva per gli interventi sociali dei Comuni è stata di poco superiore a 9 miliardi di euro (149,72 euro pro capite), di cui 2,2 miliardi (24% della spesa totale, 35,75 euro pro capite) per interventi destinati alle persone con disabilità, che è sostenuta dai Comuni per l'83%, dal Servizio sanitario nazionale (Ssn) per il 13% e dagli utenti stessi in minima parte (4%).

Tab. 3 – Spesa per interventi e servizi sociali per la disabilità e complessiva per soggetto che sostiene la spesa, Italia, 2016, valori in euro.

Valori assoluti in euro	**Spesa dei Comuni**	**Compartecipazione degli utenti**	**Compartecipazione del Ssn**	**Spesa complessiva**
Spesa per disabili	1.796.217.456	83.021.478	288.232.633	2.167.471.567
Spesa totale	7.055.176.685	902.428.472	1.119.474.790	9.077.079.947
Valori percentuali	**Spesa dei Comuni**	**Compartecipazione degli utenti**	**Compartecipazione del Ssn**	**Spesa complessiva**
Spesa per disabili	82,9	3,8	13,3	**100,0**
Spesa totale	77,7	9,9	12,3	**100,0**
Valori pro capite in euro	**Spesa dei Comuni**	**Compartecipazione degli utenti**	**Compartecipazione del Ssn**	**Spesa complessiva**
Spesa per disabili	29,63	1,37	4,75	35,75
Spesa totale	116,37	14,88	18,46	149,72

Fonte: elaborazioni Fondazione Zancan su dati Istat (Interventi e servizi sociali dei comuni).

La successiva tabella dettaglia le voci incluse nell'indagine Istat: si tratta di un insieme di prestazioni in natura e contributi economici che possono essere aggregati per macrolivello di risposta di tipo domiciliare, intermedio, residenziale, in modo coerente con l'art. 22, comma 2 della L. n. 328/2000. Come si vede, si tengono insieme risposte che hanno livelli di complessità organizzativa, intensità assistenziale e di specializzazione molto eterogenei, senza che vi sia una vera e propria classificazione degli interventi erogati (tab 4).

Tab. 4 – Interventi sociali considerati dall'Indagine Istat, prestazioni in natura ed economiche

Macro livello	**Voce Indagine Istat – prestazioni in natura**	**Voce Indagine Istat – prestazioni economiche**
Accesso	Servizio sociale professionale	
Domiciliare	Assistenza domiciliare socio-assistenziale	Contributi per servizi alla persona

	Assistenza domiciliare integrata con servizi sanitari	Contributi erogati a titolo di prestito (prestiti d'onore)
	Voucher, assegno di cura, buono sociosanitario	Contributi per alloggio
	Distribuzione pasti e/o lavanderia a domicilio	Contributi a integrazione del reddito familiare
	Telesoccorso e teleassistenza	
	Servizi di prossimità (buon vicinato)	
	Altri interventi di assistenza domiciliare	
	Buoni spesa o buoni pasto	
Intermedio	Interventi per l'integrazione sociale dei soggetti deboli o a rischio	Contributi per cure o prestazioni sanitarie
	Attività ricreative, sociali, culturali	Contributi per servizio trasporto
	Altre attività di integrazione sociale	Contributi per l'inserimento lavorativo
	Sostegno socio-educativo scolastico	Contributi e integrazioni a retta per centri diurni
	Sostegno socio-educativo territoriale o domiciliare	Contributi e integrazioni a retta per altre prestazioni semi-residenziali
	Sostegno all'inserimento lavorativo	
	Altre attività socio-educative e di inserimento lavorativo	
	Mensa	
	Trasporto sociale	
	Centri diurni	
	Centri diurni estivi	
	Altri centri e strutture a ciclo diurno	
	Centri estivi o invernali (con pernottamento)	
Residenziale	Strutture residenziali	Contributi e integrazioni a retta per strutture residenziali
	Altri centri e strutture residenziali	

Si tratta inoltre di uno strumento di ricognizione dell'offerta e della spesa *esistente* in un dato periodo, in assenza di un quadro normativo che disciplini l'offerta e la spesa *dovute,* o per meglio dire, di una definizione adeguata di livelli essenziali di risposta. Si censisce ciò che esiste, cioè il sistema di offerta presente, il livello di spesa sostenuto, il numero di utenti raggiunti: sono informazioni preziose, che permettono confronti tra situazioni territoriali, e che possono fornire un

quadro conoscitivo utile ad evidenziare le differenze esistenti nel Paese con riferimento a queste tre dimensioni e a individuare delle soglie di finanziamento e di risposta a partire dalle quali impostare un percorso di definizione di livelli essenziali coerente con le indicazioni costituzionali[6] (Canali, Vecchiato, 2009).

3. I criteri e principi direttivi di cui all'art.1, comma 3, lett. h.

3.1 "Assicurare l'integrazione dell'offerta, individuando a tal fine i livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione"

L'attuazione della delega in coerenza con il riparto delle competenze definito in sede costituzionale richiede un esercizio accorto dell'intervento legislativo, soprattutto con riferimento ai possibili elementi innovativi, al fine di non incorrere in censure di costituzionalità. In questo senso, una riduzione di tale rischio è introdotta nella legge delega attraverso il primo criterio e principio direttivo, ovvero "assicurare l'integrazione dell'offerta, individuando a tal fine i livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità". La legittimazione dell'intervento legislativo delegato viene fatta derivare dall'esercizio della competenza esclusiva statale in tema di livelli essenziali: si tratta di una clausola più volte utilizzata dallo stato per "mettere in sicurezza" l'azione statale in ambiti di competenza concorrente o residuale.

Testualmente l'individuazione dei livelli essenziali viene preordinata all'integrazione dell'offerta, fine ulteriore e diverso rispetto a quello costituzionalmente attribuito ai livelli essenziali. La definizione dei livelli essenziali sembra subire una nuova eterogenesi dei fini: se si assume il concetto di integrazione dell'offerta con riferimento al comparto sociosanitario, la disposizione sembrerebbe richiedere al legislatore di metter mano, almeno con riferimento all'area della disabilità, alla definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale, in modo da garantire un'integrazione tra offerta di servizi sanitari e sanitari a rilevanza sociale, per i quali esiste già una articolazione in livelli, e offerta di servizi sociali e sociali a rilevanza sanitaria, ad oggi privi di una analoga strutturazione. Questa correlazione tra definizione dei livelli essenziali e sistema di offerta colloca i primi più nell'ambito dell'organizzazione dei sistemi di welfare che nell'ambito della garanzia dei diritti sociali e civili. Si ripropone una lettura dell'istituto già riscontrata in altri provvedimenti in materia.

[6] C. CANALI, T. VECCHIATO, *Livelli essenziali di assistenza, bisogni e diritti delle fasce deboli della popolazione*, Fondazione Zancan, Padova, 2009; disponibile in download https://shop.fondazionezancan.it/product/livelli-essenziali-di-assistenza-bisogni-e-diritti-delle-fasce-deboli-della-popolazione/

La legge n.112 del 2016, ad esempio, dedica una disposizione alla "Definizione delle prestazioni assistenziali da garantire in tutto il territorio nazionale" (art. 2), che lambisce i livelli essenziali, più che definirli[7]. La disposizione prevede infatti che "le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano garantiscono, nell'ambito territoriale di competenza, i macrolivelli di assistenza ospedaliera, di assistenza territoriale e di prevenzione. Nell'ambito del procedimento di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e degli obiettivi di servizio di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, sono definiti i livelli essenziali delle prestazioni nel campo sociale da garantire ai soggetti di cui all'articolo 1, comma 2" (le persone con disabilità grave prive del sostegno familiare).

Questa disposizione esemplifica la "scommessa incompiuta" dell'integrazione sociosanitaria[8] nella misura in cui a fronte di una determinazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria che vanno a consolidarsi in termini di risposte e processi, resta ancora estremamente diversificata e diseguale la componente sociale.

Esistono infatti in ambito sociosanitario delle disposizioni vincolanti, in termini di livello essenziale, che prendono in considerazione le "prestazioni" incluse nei livelli come servizio e intervento specifico, ma ed alcuni istituti che qualificano il procedimento di presa in carico di tutte le persone con bisogni sociosanitari complessi (anziani, persone con disabilità, persone con problemi di dipendenza o salute mentale, ecc.), quali il percorso assistenziale personalizzato e la valutazione multidimensionale dei bisogni. La revisione dei livelli essenziali di assistenza, avvenuta con il Dpcm del 12 gennaio 2017 ha infatti qualificato i LEA di assistenza sociosanitaria in termini di risposte e di percorsi e strumenti di presa in carico.

Le persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità (art. 22), sono destinatarie di interventi che favoriscono la permanenza delle persone assistite al proprio domicilio, attraverso l'attivazione di tutte le risorse disponibili, sanitarie e sociali, formali e informali. L'art. 27 del decreto prevede che siano garantiti alle persone con disabilità complessa la presa in carico multidisciplinare e lo svolgimento di un programma terapeutico e riabilitativo individualizzato differenziato per intensità, complessità e durata, che includa le prestazioni, anche domiciliari, mediche specialistiche, diagnostiche e terapeutiche, psicologiche e psicoterapeutiche, e riabilitative, necessarie e appropriate. Disposizioni specifiche sono previste poi per l'assistenza sociosanitaria semiresidenziale e residenziale alle

[7] E. INNOCENTI, *L'integrazione tra le prestazioni sociali e sanitarie: la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e degli obiettivi di servizio (art.2),* in *Non Profit*, n. 2-3/2016, pp. 77-92.

[8] E. ROSSI, *Il "sociosanitario": una scommessa incompiuta?* in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

persone non autosufficienti (art.30) e alle persone con disabilità (art.34), all'interno delle quali sono specificate non solo le caratteristiche dei servizi normati, ma anche la quota a carico del servizio sanitario nazionale per la copertura del loro costo, e la restante quota, la cui copertura viene regolata in sede locale e regionale nell'ambito della legislazione di settore e della disciplina della compartecipazione al costo delle prestazioni.

La componente sociale dei livelli essenziali sociosanitari sconta invece ancora una mancata definizione delle risposte da garantire su tutto il territorio nazionale: l'individuazione dei macro obiettivi di servizio in ambito sociale, avviata con il decreto di riparto del Fondo nazionale per le Politiche Sociali del 2014 (DM Lavoro e politiche sociali del 21.02.2014) e riproposta anche nel decreto di riparto per il 2018 (Decreto interministeriale del 26 novembre 2018, registrato alla Corte dei Conti il 14 dicembre 2018 - n. 3492) e 2019 Decreto interministeriale del 4 settembre 2019 (registrato alla Corte dei Conti il 1° ottobre 2019 - n. 3048) è progressivamente diventato uno strumento di rendicontazione della spesa sostenuta a livello locale con i fondi statali. Si è quindi lontani dall'integrare i contenuti propri della formula "livello essenziale di prestazioni", nella sua accezione costituzionale di garanzia uniforme dei diritti sociali e civili, così come nella formulazione giurisprudenziale che vede in tale istituto "la determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni" nonché "le procedure strumentali indispensabili" ad assicurare l'erogazione delle stesse (C. Cost., n. 231/2017).

Con riferimento all'area della disabilità e non autosufficienza, i servizi individuati come obiettivi di servizio dai provvedimenti richiamati sono i servizi per l'accesso e la presa in carico, i servizi di assistenza domiciliare e di prossimità, i servizi territoriali comunitari (centri diurni e altri), i servizi territoriali a carattere residenziale e le misure di inclusione sociale e di sostegno al reddito. Si tratta di indicazioni estremamente generiche, che non offrono un livello di dettaglio paragonabile a quanto previsto in ambito sanitario, e soprattutto ancora lontane dal dare una effettiva definizione di quello che deve essere reso disponibile a livello territoriale. Come è stato esemplificato con riferimento ai dati sugli interventi sociali finanziati dai Comuni, esiste un limite sostanziale alla realizzazione di questo tipo di processo definitorio, insito nella estrema diversità dei servizi e interventi effettivamente presenti in ambito sociale in tutte le aree di bisogno, inclusa la disabilità. In una sorta di "gioco dell'oca" normativo, si torna al "via", ovvero alla necessità di una definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale, senza trovare una strategia attuativa che superi una stagione ormai ventennale di disposizioni in materia che si sono susseguite senza mai trovare una adeguata attuazione. Il tema continua ad essere centrale ma pare inattuabile con le modalità sinora individuate. Difficile infatti procedere per il comparto sociale con una definizione dei livelli "calata dall'alto", secondo il modello sanitario: grande è l'eterogeneità sostanziale

dei sistemi territoriali, così come sul piano normativo la legislazione regionale in ambito sociale ha prodotto una differenziazione di modelli e sistemi all'interno dei quali vanno collocati e attuati i livelli essenziali che non può non essere considerata. Sarebbe quindi interessante e auspicabile un esercizio della delega in questo ambito che uscisse dalle prassi consolidate per assumere una modalità di definizione condivisa dei livelli essenziali in ambito sociale, attraverso un coinvolgimento effettivo di regioni e enti locali. È imprescindibile, se si vuole raggiungere l'obiettivo previsto dalla delega e superare l'impasse attuale, assumere i parametri sostanziali dell'offerta esistente per le persone con disabilità nei diversi territori e, in un'ottica di collaborazione circolare, concordare standard condivisi da raggiungere nel medio periodo, con un percorso di allineamento condiviso che impegni congiuntamente stato, regioni e enti locali. Il sistema di definizione progressiva dei livelli essenziali per macro obiettivi di servizio, introdotto dal decreto 68 del 2011, configura un processo verticale di definizione dei livelli che impegna le regioni in una fase discendente, attuativa di standard e obiettivi definiti dallo stato. In ambito sociale questa impostazione non può portare a risultato, perché il sistema dei servizi si fonda, come evidenziato anche dai dati già presentati, su risorse e fonti regolative prevalentemente non statali, sviluppatesi secondo un processo di bottom up, in cui l'intervento dello stato, in termini di finanziamento è estremamente ridotto, in termini di erogazione di prestazioni in natura sostanzialmente nullo. Ecco che l'esercizio della delega per la definizione dei livelli essenziali di assistenza rivolti alle persone con disabilità può essere occasione per introdurre forme di collaborazione inter istituzionali estese all'intero percorso di definizione, attuazione e garanzia dei livelli essenziali. Resta critico il progressivo "scivolamento" di questo istituto dalla dimensione della tutela dei diritti a quella della regolazione dell'offerta e di contenimento della spesa, già da tempo all'attenzione dei costituzionalisti[9].

3.2 "Riordinare, armonizzare e semplificare le disposizioni normative, nonché i relativi procedimenti amministrativi, in materia di criteri e requisiti per l'accesso, l'erogazione e la determinazione dei benefici, degli interventi e dei servizi rivolti alla persona con disabilità […]"

Questo inciso della disposizione è estremamente complesso e articolato, soprattutto nell'individuare l'oggetto dell'intervento di riordino, armonizzazione e semplificazione: in primo luogo di prevede che tali azioni non riguardino solo le disposizioni normative ma anche i procedimenti amministrativi che ne costituiscono attuazione. Non solo un riordino delle fonti, già di per sé

[9] L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2012.

impegnativo, ma un criterio che conforma anche l'insieme dei procedimenti che sono al tempo stesso contenuto e strumento attuativo delle norme. Le materie cui le fonti e i procedimenti si riferiscono riguardano elementi costitutivi del percorso di presa in carico. Se il primo criterio considerato ha ad oggetto le risposte, l'offerta di servizi e interventi rivolta alle persone con disabilità, l'infrastruttura "statica" dei benefici, questo secondo criterio considera la dimensione "dinamica" dell'offerta, la fruizione: si citano infatti i criteri e requisiti di accesso, la erogazione e determinazione dei benefici rivolti al singolo, l'attenzione al "grado di bisogno socio-economico".

Il primo e terzo elemento, l'accesso e la considerazione del bisogno socioeconomico, sono fortemente collegati: è già stata descritta nel primo paragrafo la pluralità di requisiti e soglie economiche che regolano l'accesso ai benefici per le persone con disabilità. Solo riordinare e semplificare la congerie dei requisiti di accesso ai benefici economici e di procedimenti collegati sarebbe un risultato auspicabile dell'esercizio della delega, soprattutto in considerazione delle duplicazioni di accertamenti e procedimenti amministrativi tuttora esistenti. In questo senso già la legge quadro n. 328 del 2000 disponeva all'art. 24 il riordino degli emolumenti derivanti da invalidità civile, cecità e sordomutismo. Tra i criteri indicati venivano inseriti anche la revisione e lo snellimento delle procedure relative all'accertamento dell'invalidità civile e alla concessione delle prestazioni, secondo il principio della unificazione delle competenze. A distanza di venti anni da quella disposizione il legislatore delegato è chiamato ad intervenire sulla pluralità di benefici economici istituiti a livello statale, ma anche sui servizi, che come abbiamo già evidenziato, non sono esclusivamente di pertinenza di soggetti erogatori statali.

Da questo punto di vista, questo criterio si collega potenzialmente al precedente, perché intervenire in modo unitario sui criteri e requisiti di accesso ai servizi significa individuare livelli essenziali "di processo", quali quelli già inseriti nel dpcm sui LEA sanitari già richiamato. Il decreto del 2017 dispone la realizzazione di valutazioni multidimensionali e la definizione di progetti di assistenza personalizzati come elementi essenziali del percorso di cura. In particolare all'art. 21 si prevede che su tutto il territorio nazionale siano garantiti "l'accesso unitario ai servizi sanitari e sociali, la presa in carico della persona e la valutazione multidimensionale dei bisogni, sotto il profilo clinico, funzionale e sociale", imputando alle regioni il compito di organizzare tali attività garantendo uniformità sul proprio territorio nelle modalità, nelle procedure e negli strumenti di valutazione multidimensionale. Si tratta di disposizioni che hanno già grandi potenziali di riordino e armonizzazione dell'accesso ai servizi sanitari e sociosanitari a livello territoriale. Un elemento ulteriore, sostanziale seppure estraneo sinora all'attenzione e al linguaggio normativo, riguarda l'effettiva accessibilità e fruibilità dei servizi sociosanitari da parte delle persone con

disabilità: in merito sono ancora valide le evidenze di ricerche realizzate tra il 2010 e il 2011, tra le quali lo studio preparatorio per la definizione di Linee guida per l'assistenza integrata delle persone con disabilità (Fondazione Zancan, 2011a), le raccomandazioni organizzative e professionali per garantire i diritti delle persone con disabilità complessa nell'accesso ai servizi sanitari (Fondazione Zancan, 2011b). In questi studi viene posto l'accento sugli elementi che rendono effettivamente fruibile un servizio o un intervento da parte della persona con disabilità, integrando azioni di promozione di pari opportunità e di ridefinizione dei protocolli organizzativi e professionali delle strutture deputate alla cura e all'assistenza.

Manca poi nel testo della legge delega, ed è forse ricavabile in forma implicita dalla disposizione del decreto sui LEA appena citata, un riferimento alla dimensione progettuale della presa in carico, in cui confluiscono tutte le azioni specifiche e specialistiche realizzate dai diversi servizi dediti alla cura, alla riabilitazione e all'integrazione della persona con disabilità. Uno strumento di questo tipo, definito in termini di "progetto quadro" è valorizzato e richiesto, in tutta la letteratura in materia di disabilità successiva alla legge quadro, come elemento imprescindibile per il superamento della frammentazione e della settorialità dei processi (e procedimenti) che interessano la persona per evitare duplicazioni, sovrapposizioni, contraddizioni e cesure nei diversi momenti del percorso di vita delle persone interessate[10] (G. Gioga, C. Hanau 2006, Fondazione Zancan 2015).

Un tema su cui è opportuno richiamare brevemente l'attenzione riguarda il riferimento all'*effettivo* e *specifico* grado di bisogno socioeconomico della persona con disabilità, che immediatamente suggerisce un collegamento con il tema della valutazione della situazione economica dei richiedenti interventi e servizi, e che rileva ai fini dell'accesso e della compartecipazione alla spesa.

L'introduzione della riforma dell'ISEE ad opera del dpcm n. 159 del 2013 avrebbe dovuto nelle intenzioni del legislatore porre fine alle differenziazioni e alle conflittualità conseguenti, esistenti a livello statale, regionale e locale nella valutazione e quantificazione della situazione economica dei richiedenti prestazioni sociali e sociosanitarie agevolate.

[10] Sul punto si veda R. CALDIN, F. SERRA (a cura di), *Famiglie e bambini/e con disabilità complessa. Comunicazione della diagnosi, forme di sostegno, sistema integrato dei servizi*, Fondazione Zancan, Padova, 2011; FONDAZIONE ZANCAN (a cura di), *Approfondimenti monografici: Personalizzare e Valutare*, in *Studi Zancan*, n. 5/2016, pp. 27-74; G. GIOGA, C. HANAU, *Famiglie con minori con gravi disabilità intellettive*, in CARITAS ITALIANA, FONDAZIONE ZANCAN (a cura di), *Vite fragili. Rapporto 2006 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006.

La definizione dell'ISEE come livello essenziale di assistenza, se da un lato ha introdotto uno strumento unitario per la valutazione della situazione economica, dall'altro non ha fatto venir meno la complessità e l'eterogeneità delle modalità di applicazione concreta della misura e della definizione di soglie di accesso delle e modalità di compartecipazione alla spesa in ambito sociosanitario[11].

Se infatti la disposizione di cui all'art. 6 del decreto ha introdotto il c.d. Isee sociosanitario, che considera la persona adulta con disabilità come facente parte di un nucleo a sé stante, permettendo la valorizzazione dei soli redditi di quest'ultimo per la valutazione della situazione economica, la concreta applicazione di questo strumento nei diversi contesti locali non è ancora omogena, con conseguenti differenziazioni in ordine all'accesso e alla compartecipazione alla spesa per i servizi per la disabilità.

Le numerose pronunce giurisdizionali che sanciscono l'illegittimità di regolamenti comunali e aziendali che non applicano correttamente le disposizioni nazionali in materia di ISEE sociosanitario sono il segno ancora tangibile di quanto sia complesso orientare l'azione delle tante amministrazioni coinvolte nell'erogazione dei servizi alla persona alle disposizioni legislative introdotte, e di come su questo versante un ulteriore intervento legislativo potrebbe non portare ad esiti significativi.

Un ultimo accenno al tema della valutazione della situazione economica riguarda il tema, che emerge anche dalla lettera della disposizione di delega, della valutazione della situazione economica come elemento da ponderare nella quantificazione delle misure da erogare/del livello di compartecipazione da richiedere e come criterio di accesso alle misure stesse. Come si è visto, a livello nazionale esistono infatti misure economiche il cui accesso è limitato da soglie di reddito (e non di ISEE) e misure economiche che prescindono dalla valutazione economica dei richiedenti. La stessa eterogeneità si riscontra a livello comunale e regionale, dove sia in generale che con riferimento ai servizi e interventi per la disabilità, la situazione economica può essere discriminante nell'accesso a misure, oltre che valutata ai fini della compartecipazione.

Si tratta evidentemente di una scelta di merito, che ha comunque pesanti ripercussioni sulla effettiva accessibilità e fruizione dei servizi, e che andrebbe realizzata tenendo conto di quanto la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato in tema di determinazione di requisiti di accesso: l'introduzione di requisiti di accesso selettivi deve essere conforme a ragionevolezza, soprattutto in termini di

[11] B. VIMERCATI, *Compartecipazione dell'utente alla spesa sociosanitaria e nuovo ISEE: quali prospettive?* in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 157-178.

"ragionevole correlabilità" tra il requisito introdotto ai fini dell'accesso e la ratio della misura a cui si riferisce.

3.3 "Riordinare, anche accorpandoli, i diversi fondi destinati alla tutela, al sostegno e alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, di sostegno e di assistenza della famiglia"

L'ultimo dei criteri e principi direttivi da considerare riguarda il riordino e l'accorpamento dei fondi attualmente esistenti: dopo aver considerato i profili dell'offerta e della fruizione degli interventi, la legge delega "chiude il cerchio" dedicando una disposizione al tema del finanziamento dei benefici dedicati alle persone con disabilità. L'azione di riordino e di accorpamento ha ad oggetto un insieme eterogeneo di fondi, per entità e finalità, che negli anni sono stati istituiti dal legislatore statale e di cui si riporta una breve presentazione, non esaustiva, così da offrire una misura di quale potrebbe essere l'oggetto dell'intervento legislativo delegato.

Come si evince dalla disanima dei principali fondi attualmente esistenti, emerge in modo molto netto un tratto caratteristico del sistema di welfare italiano: la presenza di numerosi rivoli di finanziamento, e quindi la frammentazione delle risorse[12]. C'è la cattiva abitudine dell'approccio "un problema, una risposta, un fondo". Anche quando il legislatore aveva l'intenzione di costituire un fondo unitario, negli anni successivi non si è realizzato. Questo è quanto è successo ad esempio con il fondo nazionale per le politiche sociali (istituito con la legge finanziaria n. 449/1997 e poi confermato a distanza di qualche anno nella legge quadro sull'assistenza) pensato come una fonte unitaria di finanziamento degli interventi di assistenza sociale, in analogia con il fondo sanitario. La logica complessiva prevedeva che a fronte di un sistema di programmazione territoriale unitario e coerente (che vedeva coinvolti tutti i livelli istituzionali: stato, regioni, ambiti sociali), ci fosse una fonte unitaria di risorse sufficienti a cui attingere, da destinare alla realizzazione del sistema integrato dei servizi sociali. Il fondo è stato progressivamente svuotato di alcune sue componenti originarie e allo stesso tempo altri fondi paralleli sono stati creati ad hoc.

Il riordino dei "fondi destinati alla tutela, al sostegno e alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, di sostegno e di assistenza della famiglia" è necessario per evitare l'errore tecnico e strategico che si continua a perpetuare: aggiungere risorse senza portare a unità quanto già esiste, cioè senza riunire in un unico contenitore tutte le risorse disponibili.

[12] M. BEZZE, *Spesa non governata*, in FONDAZIONE ZANCAN, *Rigenerare capacità e risorse. La lotta alla povertà. Rapporto 2013*, Il Mulino, Bologna, pp. 39-65.

3.3.1 Il Fondo per il diritto al lavoro delle persone con disabilità

La L. n. 68/1999 (art. 13, c. 4) ha istituito il Fondo per il diritto al lavoro delle persone con disabilità per finanziare gli incentivi destinati ai datori di lavoro che assumono persone con disabilità. Fino al 2015 le risorse venivano ripartite fra le Regioni e le Province Autonome; il Jobs Act modificando l'art. 13 della Legge n. 68/99 ha stabilito che, annualmente, con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali viene definito l'ammontare delle risorse del Fondo che, a decorrere dal 2016, sono trasferite all'Inps. Nello stesso decreto viene definito l'ammontare delle risorse attribuite al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per progetti sperimentali di inclusione lavorativa delle persone con disabilità (finanziati nei limiti del 5% delle risorse complessive). L'incentivo all'assunzione è concesso ai datori di lavoro privati e agli enti pubblici economici, per un periodo di 36 mesi nella misura del:

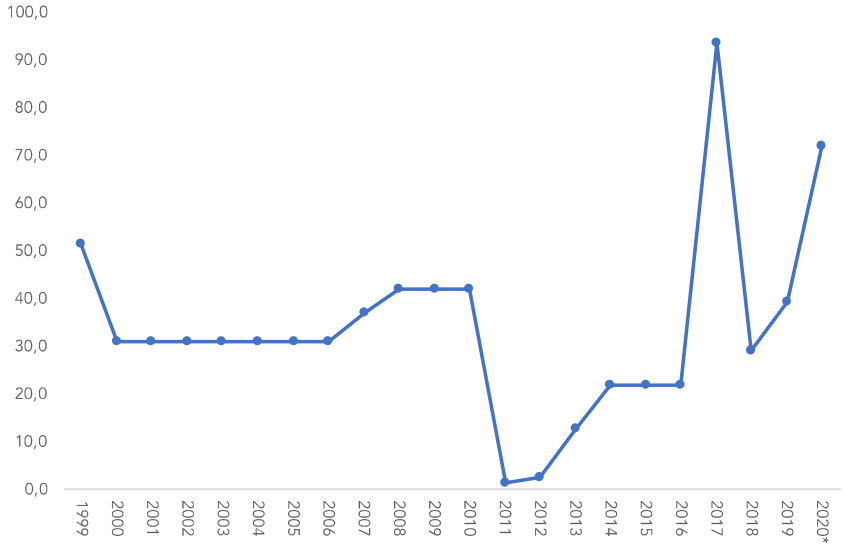
- 70% della retribuzione mensile lorda imponibile ai fini previdenziali per le assunzioni a tempo indeterminato delle persone con riduzione della capacità lavorativa superiore al 79%, o con minorazioni ascritte dalla prima alla terza categoria, di cui alle tabelle annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra;
- 35% della retribuzione mensile lorda imponibile ai fini previdenziali per le assunzioni a tempo indeterminato delle persone con riduzione della capacità lavorativa compresa tra il 67% e il 79%, o minorazioni ascritte dalla quarta alla sesta categoria, di cui alle tabelle annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra;
- 70% della retribuzione mensile lorda imponibile ai fini previdenziali per l'assunzione di lavoratori con disabilità intellettiva e psichica che comporti una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, per un periodo di 60 mesi nel caso di assunzione a tempo indeterminato o per tutta la durata del contratto nel caso di assunzione a tempo determinato non inferiore a 12 mesi.

L'incentivo è esteso anche ai datori di lavoro privati e agli enti pubblici economici che, pur non essendo soggetti agli obblighi della L. n. 68/99, procedono all'assunzione di lavoratori disabili.

Il Fondo dall'anno della sua costituzione ha avuto un andamento altalenante, variando nell'importo annuo in vent'anni tra 1,2 milioni di euro del 2011 e i quasi 94 milioni di euro del 2017. Dopo una dotazione inziale di 51,6 milioni (1999), per 7 anni (2001-2006) il fondo è stato stabile a 31 milioni di euro, così come lo è stato tra il 2008 e il 2010 con 42 milioni. Con la crisi economica, nel 2011 e nel 2012 viene ridotto al minimo storico (rispettivamente 1,2 milioni e 2,4 milioni di euro), per poi risalire a 12,6 milioni nel 2013, a quasi 22 milioni nel triennio 2014-2016,

toccando il punto più alto nel 2017. Nel 2018 viene ridotto a un terzo (29 milioni) e nel 2019 riprende a risalire (fig.2).

Fig. 2 – Fondo per il diritto al lavoro delle persone con disabilità, 1999-2020, valori in milioni di euro



* il valore relativo al 2020 si riferisce alla dotazione prevista (ex. tab. 4 Decreto MEF 30 dicembre 2019).
Fonte: M. BEZZE, T. VECCHIATO, *Con noi e dopo di noi*, cit.

3.3.2 Il Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare

Con la Legge n. 112/2016 è stato istituito (art. 3) presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive attualmente o nel prossimo futuro del sostegno familiare (quindi attivando iniziative già "durante noi"), per assenza dei genitori o per loro impossibilità a fornire un adeguato sostegno. Il Fondo è finalizzato a (art. 4):

a) attivare e potenziare programmi di intervento volti a favorire percorsi di deistituzionalizzazione e di supporto alla domiciliarità in abitazioni o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare e che tengano conto anche delle migliori opportunità offerte dalle nuove tecnologie, al fine di impedire l'isolamento delle persone con disabilità grave;
b) realizzare, ove necessario e, comunque, in via residuale, nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, interventi per la permanenza temporanea in una soluzione abitativa extrafamiliare per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza, nel rispetto della volontà delle persone

con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi;

c) realizzare interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave, volti alla creazione di soluzioni alloggiative di tipo familiare e di co-housing, che possono comprendere il pagamento degli oneri di acquisto, di locazione, di ristrutturazione e di messa in opera degli impianti e delle attrezzature necessari per il funzionamento degli alloggi medesimi, anche sostenendo forme di mutuo aiuto tra persone con disabilità;

d) sviluppare, ai fini di cui alle lettere a) e c), programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità grave.

La Legge ha previsto una dotazione di: 90 milioni per l'anno 2016, 38,3 milioni per l'anno 2017 e 56,1 milioni di euro annui a decorrere dal 2018. Nel 2018 la dotazione effettiva è stata di 51 milioni e nel 2019 di 56,1. Per il 2020 sono stati allocati 58,1 milioni di euro (tabella 4 Decreto MEF 30 dicembre 2019).

Tab. 5 – Riparto del Fondo del Dopo di Noi, per regioni, 2016-2019

Regione	**2016***	**2017****	**2018*****	**2019******
Abruzzo	1.980.000	842.600	1.124.200	1.239.810
Basilicata	900.000	383.000	511.000	544.170
Calabria	3.060.000	1.302.200	1.737.400	1.873.740
Campania	9.090.000	3.868.300	5.161.100	5.688.540
Emilia-Romagna	6.570.000	2.795.900	3.730.300	4.162.620
Friuli-Venezia G.	1.800.000	766.000	1.022.000	1.110.780
Lazio	9.090.000	3.868.300	5.161.100	5.660.490
Liguria	2.250.000	957.500	1.277.500	1.391.280
Lombardia	15.030.000	6.396.100	8.584.800	9.492.120
Marche	2.340.000	995.800	1.277.500	1.413.720
Molise	450.000	191.500	255.500	291.720
Piemonte	6.480.000	2.757.600	3.679.200	4.005.540
Puglia	6.210.000	2.642.700	3.525.900	3.848.460
Sardegna	2.610.000	1.110.700	1.481.900	1.587.630
Sicilia	7.740.000	3.293.800	4.394.600	4.790.940
Toscana	5.490.000	2.336.300	3.117.100	3.438.930
Umbria	1.350.000	574.500	766.500	807.840
Valle d'Aosta	180.000	76.600	102.200	117.810
Veneto	7.380.000	3.140.000	4.190.200	4.633.860
Totale	**90.000.000**	**38.300.00**	**51.100.000**	**56.100.000**

* D. MLPS del 23.11.2016; ** D. MLPS del 21.06.2017; *** D. MLPS del 15.11.2018; **** D. PCM del 21.11.2019. Il riparto avviene sulla base della popolazione 18-64 anni residente.

Fonte: M. BEZZE, T. VECCHIATO, *Con noi e dopo di noi*, cit.

3.3.3 Il Fondo "vita indipendente"

In Italia, il diritto ad una vita indipendente viene affermato con la Legge n. 162 del 1998: all'art. 39, c. 2, della Legge 5 febbraio 1992, n. 104, viene introdotto il punto l-ter, in cui si prevede tra i compiti delle regioni quello di "disciplinare, allo scopo di garantire il diritto ad una vita indipendente alle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale nello svolgimento di una o più funzioni essenziali della vita, non superabili mediante ausili tecnici, le modalità di realizzazione di programmi di aiuto alla persona, gestiti in forma indiretta, anche mediante piani personalizzati per i soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia". Le regioni, sulla base di queste indicazioni hanno sperimentato progettualità specifiche e differenziate, finalizzate all'assistenza indiretta, al sostegno della domiciliarità e dei percorsi di autonomia personale.

Con l'approvazione del primo Programma d'azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, adottato con Dpr del 4 ottobre 2013, il tema della vita indipendente diventa oggetto di una linea di azione nazionale finalizzata a definire un modello di intervento unitario, superando le criticità rilevate nelle diverse esperienze regionali. Tra queste si rilevano la prevalenza di criteri sanitari nella valutazione degli aventi diritto rispetto ad elementi di valutazione del rischio di esclusione sociale, la mancata unificazione e concertazione degli interventi (sociali, educativi, sanitari e sociosanitari), la limitata rilevanza di interventi finalizzati all'acquisizione di autonomie in favore delle persone con disabilità intellettiva.

Dall'anno 2013, in base alle linee guida nazionali annualmente adottate vengono finanziati progetti sperimentali riguardanti misure per la vita indipendente rivolte a persone adulte (età 18-64 anni) con disabilità grave. Il sistema prevede la distribuzione delle risorse a livello di ambito sociale per il tramite delle regioni. Per ogni progetto di ambito sociale è previsto uno stanziamento di 80.000 euro.

I contenuti progettuali sono individuati annualmente nelle linee guida con riferimento alle linee di azione introdotte dai due Programmi di Azione biennale adottati rispettivamente nel 2013 e nel 2017 (con Dpr 12 ottobre 2017). Anche nel secondo Programma la vita indipendente è infatti oggetto di una linea di azione dedicata, che considera congiuntamente i risultati del primo periodo di sperimentazione progettuale e le novità introdotte dalla legge sul Dopo di Noi, per definire insieme ai contenuti progettuali anche le infrastrutture di processo qualificanti i progetti di Vita indipendente. In particolare si introducono: la valutazione multidimensionale, effettuata da équipe multi professionali in cui siano presenti almeno le componenti clinica e sociale; la partecipazione della persona con disabilità alla definizione del progetto personalizzato, al suo monitoraggio e

valutazione; la definizione di budget di progetto integrati; il coinvolgimento delle associazioni e degli enti del terzo settore localmente presenti. Nelle linee guida per il 2018 si prescrive poi che in ogni regione vi sia almeno un intervento indirizzato verso forme propedeutiche all'abitare in autonomia che, eventualmente, prevedano budget di spesa modulabili in relazione al crescere delle competenze e abilità delle persone coinvolte.

Tab. 6 – Finanziamenti ministeriali per progetti di Vita indipendente, Italia, 2013-2019

Annualità Linee guida	Risorse stanziate (euro)	Ambiti sociali finanziabili
2013	3.200.000	40
2014	10.000.000	125
2015	10.000.000	125
2016	15.000.000	187
2017	15.000.000	187
2018	15.000.000	187

Fonte: M. BEZZE, T. VECCHIATO, *Con noi e dopo di noi*, cit.

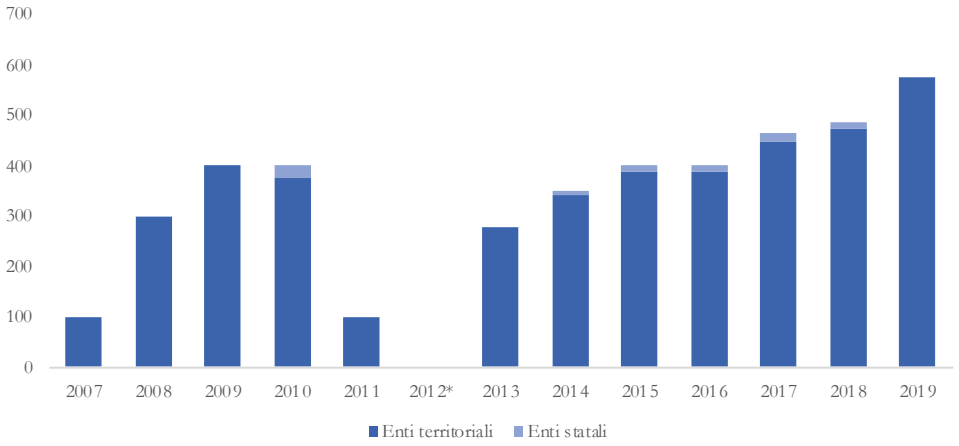
3.3.4 Fondo per le non autosufficienze

Per dare copertura ai costi di rilevanza sociale dell'assistenza sociosanitaria rivolta al sostegno di persone con gravissima disabilità e ad anziani non autosufficienti, e favorirne la permanenza presso il proprio domicilio evitando il rischio di istituzionalizzazione, nel 2006 è stato istituito il Fondo per le non autosufficienze (FNA) (art. 1, comma 1264, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 - legge finanziaria 2007). Le risorse sono aggiuntive rispetto a quelle destinate alle prestazioni e ai servizi in favore delle persone non autosufficienti da parte delle Regioni e delle autonomie locali.

Il suo ammontare ha subito negli anni, come per altri fondi, delle variazioni anche significative. Dai 100 milioni iniziale del 2007, si è passati a 400 milioni nel 2009 e nel 2010, per poi tornare a 100 e sparire nel 2012. Negli ultimi 7 anni la sua dotazione è mediamente superiore ai 300 milioni. Nel 2019 ha toccato il massimo storico di 573 milioni di euro. Come evidenziato nel Piano per la non autosufficienza 2019-2021 (DPCM del 21 novembre 2019), il "Fondo, sin dalla nascita, non presentava le caratteristiche necessarie alla definizione di livelli essenziali delle prestazioni, per cui era stato istituito. All'origine, infatti, si è trattato di risorse modeste nell'ammontare … ma soprattutto dall'orizzonte temporale al più triennale, e quindi tecnicamente inadeguate a finanziare livelli essenziali: questi, infatti, anche se limitati dalle risorse del Fondo, costituiscono diritti soggettivi, che per loro natura sono duraturi nel tempo e necessitano quindi di coperture strutturali".

La sezione II della legge di bilancio 2020 (legge 160/2019) ha previsto una dotazione del Fondo per il 2020 pari a 571 milioni di euro. Nel corso dell'esame referente, nel corpo della Sezione I della legge di bilancio, è stato inserito il comma 331 che ha disposto un incremento di 50 milioni di euro a favore del Fondo per le non autosufficienze, le cui risorse sono pertanto pari, per il 2020, a 621 milioni di euro.

Fig. 3 – Fondo per le non autosufficienze, per tipologia ente destinatario, Italia, 2017-2019, valori in milioni di euro



Fonte: Elaborazioni Fondazione Zancan su dati Min. Pol. Soc., vari anni.

Nel Piano nazionale per la non autosufficienza 2019-2021 si individuano le caratteristiche essenziali degli interventi da garantire su tutto il territorio nazionale nell'ottica di una progressiva definizione dei livelli essenziali delle prestazioni. Sia il Piano sia il riparto delle risorse acquistano una durata triennale, con eventuali aggiornamenti annuali.

3.3.5 Fondo per il caregiver familiare

La legge di bilancio 2018 ha istituito un Fondo per il *caregiver* familiare con una dotazione di 20 milioni di euro per ogni anno del triennio 2018-2020[13]. Il Fondo è destinato alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare. Il "*caregiver* familiare" è definito come la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero (nei soli casi indicati dalla Legge n. 104/1992, art.

[13] La legge di bilancio 2019 ha incrementato il fondo di 5 milioni all'anno del triennio 2019-2021.

33, c. 3) di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata, o sia titolare di indennità di accompagnamento.

La legge di bilancio 2021 (legge n. 178 del 2020, art. 1 comma 334) conferma l'istituzione del fondo per il triennio 2021-2023, con una dotazione di 30 milioni di euro per anno. Analogamente alla disposizione istitutiva contenuta nella legge di bilancio 2018 (legge n. 205 del 2017, art. 1, comma 255), anche nel nuovo provvedimento il finanziamento è vincolato alla "copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale svolta dal *caregiver* familiare", ad oggi non adottati. Ne consegue il perdurante mancato utilizzo delle risorse stanziate nel primo biennio di istituzione del fondo.

3.3.6 Fondo per la disabilità e la non autosufficienza

Accanto al Fondo per la Non Autosufficienza, la legge di bilancio 2020 (art. 1, comma 330, della legge 160/2019) ha istituito, nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un fondo denominato "Fondo per la disabilità e la non autosufficienza", con una dotazione pari a 29 milioni di euro per il 2020, a 200 milioni di euro per il 2021, a 300 milioni di euro annui a decorrere dal 2022. Il Fondo è indirizzato a realizzare interventi per la disabilità finalizzati al riordino e alla sistematizzazione delle politiche di sostegno in materia. Tali interventi, ai sensi della norma istitutiva, dovranno essere attuati con appositi provvedimenti normativi, nei limiti di spesa previsti. Si tratta di interventi a favore della disabilità, finalizzati al riordino e alla sistematizzazione delle politiche ad essa rivolte.

La Nota di aggiornamento al Def ha preannunciato, a completamento della manovra di bilancio 2020-2022, quale collegato, il disegno di legge in materia di disabilità che qui si commenta, al quale sembrano destinate le risorse accantonate nel fondo (Codice in materia di disabilità).

4. Conclusioni

L'intervento in tema di benefici e interventi rivolti a persone con disabilità può essere una (ulteriore) occasione per riordinare e ricalibrare il sistema attuale. Gli spazi di intervento attribuiti dalla legge delega sono estremamente ampi, potendo includere pressoché tutte le misure sociali e sociosanitarie esistenti. Conferire all'esecutivo questo compito è sicuramente in linea con la prassi consolidata di fare un uso estremamente "largo" dello strumento della delega legislativa, con tutti i dubbi che questo tipo di attribuzione comporta, soprattutto in termini di adeguata ponderazione e bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

È auspicabile che siano comunque garantiti spazi di ascolto e di consultazione adeguati anche in sede delegata, per un intervento orientato a recepire e dare attuazione nei diversi comparti del *welfare* italiano ai principi e alle acquisizioni più avanzate in tema di integrazione delle persone con disabilità.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Stranieri e disabilità: i requisiti di accesso a benefici, interventi e servizi per il Codice in materia di disabilità*

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE**

Sommario: 1. Premessa. – 2. La legislazione nazionale sui criteri di accesso degli stranieri alle prestazioni in tema di disabilità. – 3. Il contributo della Corte costituzionale alla definizione dei criteri di accesso alle prestazioni. – 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Rilievi conclusivi.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
F. BIONDI DAL MONTE, *Stranieri e disabilità: i requisiti di accesso a benefici, interventi e servizi per il Codice in materia di disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: francesca.biondi@santannapisa.it.

1. Premessa

Il disegno di legge recante delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità, approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 febbraio 2019, si propone di "promuovere, tutelare e garantire il pieno ed eguale godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte della persona con disabilità". A tal fine il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi volti ad armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione di un "Codice per la persona con disabilità". Numerosi sono i settori toccati dalla delega: dalla definizione della condizione di disabilità all'accertamento e certificazione; dalla disciplina dei benefici ai sistemi di monitoraggio, verifica e controllo; dalla promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale all'istruzione e formazione, ecc.[1].

In questo contesto, con riguardo alla disciplina dei benefici, sia in termini di prestazioni economiche e previdenziali, sia in termini di erogazione di servizi, vengono individuati una serie di principi e i criteri direttivi, tra cui quello di "*riordinare, armonizzare e semplificare le disposizioni normative, nonché i relativi procedimenti amministrativi, in materia di criteri e requisiti per l'accesso, l'erogazione e la determinazione dei benefici, degli interventi e dei servizi rivolti alla persona con disabilità, tenendo conto dell'effettivo e specifico grado di bisogno socio-economico, anche attraverso l'istituzione di appositi strumenti di coordinamento e nel rispetto dei principi di economicità*"[2].

Il riferimento ai "criteri" e ai "requisiti per l'accesso" è, dunque, direttamente connesso alla necessità di tenere conto dell'effettivo e specifico "grado di bisogno socio-economico" della persona con disabilità. Viene dunque da chiedersi se tale richiamo escluda la possibilità di considerare altri elementi nella definizione dei criteri e dei requisiti di accesso alle prestazioni e dunque possa valere a superare, nella legislazione nazionale, il requisito del possesso di un determinato permesso di soggiorno ai fini del godimento da parte degli stranieri delle prestazioni in tema di disabilità. Il quesito risulta di grande rilevanza in considerazione delle numerose pronunce di illegittimità costituzionale che hanno caratterizzato la normativa di settore proprio per aver escluso talune categorie di stranieri dall'accesso alle prestazioni connesse a determinate condizioni di disabilità.

[1] Per un approfondimento dei temi su quali incide il disegno di legge delega nel quadro più generale della tutela delle persone con disabilità si vedano G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano 2020; A. BLASINI, E. VIVALDI (a cura di), *Il futuro delle persone con disabilità oltre la famiglia. A tre anni dalla legge 22 giugno 2016, n. 112*, Pisa University Press, Pisa, 2019; E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012.

[2] Cfr. art. 1, comma 3, lett. h), punto 2, del disegno di legge delega.

Nel presente contributo, partendo dall'analisi della legislazione nazionale di riferimento, saranno indagati i criteri di accesso degli stranieri alle prestazioni in questione per come affermati e "corretti" dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, quale riferimento imprescindibile per l'esercizio della delega in tema di disabilità: occasione attesa per un generale riordino e semplificazione della normativa di settore.

2. La legislazione nazionale sui criteri di accesso degli stranieri alle prestazioni in tema di disabilità

La legge n. 104/1992, in tema di assistenza delle persone in condizione di disabilità, equipara ai cittadini gli stranieri e gli apolidi residenti, domiciliati o aventi stabile dimora nel territorio nazionale. Si prevede altresì che le relative prestazioni siano corrisposte nei limiti ed alle condizioni previste dalla vigente legislazione o da accordi internazionali[3].

A fronte di tale principio, è poi la legislazione in tema di immigrazione a dettare ulteriori condizioni. Seppure a fronte di un ampio riconoscimento dei diritti fondamentali dello straniero, comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato, l'art. 2 del d.lgs. 286/1998, T.U. Immigrazione, prevede che (solo) lo straniero regolarmente soggiornante sul territorio ha diritto di godere dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia o il testo unico dispongano diversamente. Con particolare riferimento all'assistenza sociale, l'art. 41 del T.U. Immigrazione prevede espressamente che gli stranieri titolari della carta di soggiorno (poi sostituta dal permesso UE per soggiornanti di lungo periodo) o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, siano equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste "*per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti*".

Di poco successiva è la legge n. 328/2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, la quale ha ribadito il medesimo principio, prevedendo che gli stranieri, individuati ai sensi del citato art. 41, hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali, "*nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali*"[4].

[3] Cfr. art. 3, comma 4, legge n. 104/1992.

[4] Cfr. art. 2 legge n. 328/2000. Per un approfondimento, cfr. R. FINOCCHI GHERSI, *I servizi sociali e l'assistenza*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 56 ss. In generale sul punto si veda E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Giappichelli, Torino, 2008.

La previsione di cui all'art. 41 del T.U. Immigrazione è stata tuttavia oggetto di un intervento legislativo «mediato», giustificato da ragioni di contenimento della spesa pubblica, tanto che – non a caso – è stato adottato nell'ambito di una legge finanziaria[5]. In particolare, l'art. 80 della legge finanziaria per il 2001, l. n. 388/2000, ha circoscritto l'ambito di applicazione del citato art. 41, subordinando il riconoscimento dell'assegno sociale e delle altre provvidenze economiche al possesso della carta di soggiorno[6]. Tale previsione aveva l'evidente fine di restringere la platea dei possibili beneficiari delle prestazioni sociali, dal momento che i titolari di tale permesso di soggiorno costituiscono un numero inferiore rispetto alla totalità degli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, però, il legislatore della legge finanziaria del 2001, «ha così finito per introdurre nei confronti degli stranieri, pur legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, una variegata gamma di presupposti limitativi», contrassegnati dai diversi requisiti cui altra normativa (per di più iscritta in un panorama di adattamento alle previsioni della direttiva 2003/109/CE[7]) ha subordinato il rilascio del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo[8]. E ciò proprio in tema di prestazioni che, in base alla legge, sono configurate come «diritti soggettivi» di persone particolarmente bisognevoli di specifiche misure di assistenza, il che ha generato un'indubbia disparità di trattamento fra stranieri e cittadini, particolarmente grave non solo per il diretto coinvolgimento di diritti fondamentali della persona, ma anche perché «destinata a riverberarsi automaticamente nei confronti degli stessi nuclei familiari in cui i potenziali beneficiari delle provvidenze – non di rado anche minori – si trovano inseriti»[9]. Ed è proprio l'ambito dell'accesso degli stranieri a prestazioni di

[5] In senso opposto si poneva il d.d.l. delega al Governo per la modifica della disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero, presentato al Parlamento durante la XV legislatura con il numero C-2976, il quale prevedeva l'equiparazione ai cittadini italiani degli stranieri regolarmente soggiornanti da almeno due anni (e dei minori iscritti nel loro permesso di soggiorno) in materia di accesso alle provvidenze sociali, ad eccezione dell'assegno sociale laddove non derivante dalla conversione del trattamento di invalidità in godimento (art. 1, lett. *l*). Nella relazione di accompagnamento si quantificava l'onere finanziario di tale modifica legislativa in 91 milioni di euro nel 2008, 144 nel 2009, 200 nel 2010, 203 nel 2011 e 207 nel 2012.

[6] Come sopra anticipato, oggi la carta di soggiorno è stata sostituita dal permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

[7] Si ricorda infatti che il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo è stato introdotto dalla direttiva 2003/109/CE ed ha sostituito la precedente carta di soggiorno.

[8] Sul punto cfr. Corte cost. sent. n. 40/2013, § 5 *Cons. in dir.* Per un commento F. GIRELLI, *Corte costituzionale e provvidenze economiche per stranieri disabili*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 aprile 2013.

[9] Cfr. Corte cost. sent. 40/2013, cit.

assistenza sociale, incluse quelle connesse a condizioni di disabilità, uno dei settori nel quale assai ampio è stato l'intervento della Corte costituzionale italiana, i cui ripetuti interventi sono venuti ad assumere "incidenza generale e immanente nel sistema di attribuzione delle relative provvidenze"[10].

3. Il contributo della Corte costituzionale alla definizione dei criteri di accesso alle prestazioni

In più occasioni la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dei criteri di accesso degli stranieri a prestazioni di natura sociale, con particolare riferimento a quelle connesse a condizioni di disabilità, non solo a livello statale ma anche regionale[11].

Il percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale trova una prima significativa tappa proprio in una pronuncia riguardante una legge regionale, allorquando la Corte ha avuto modo di precisare che al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una «causa normativa» non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria[12]. In questo contesto, ad esempio,

[10] Cfr. Corte cost. sent. n. 61/2011. Per un approfondimento delle discriminazioni dello straniero fondate sulla disabilità, cfr. W. CHIAROMONTE, A. GUARISO, *Discriminazioni e* welfare, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 395. In via generale, sull'ammissibilità di differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, cfr. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale AIC (Cagliari, 16-17 ottobre 2009)*, Jovene, Napoli, 2010, p. 213, la quale distingue tra la "catena della cittadinanza", nella quale colleghiamo quelle norme che sono strettamente associate alla cittadinanza, e la "catena del personalismo", in cui si connettono le norme che costruiscono il catalogo dei diritti inviolabili della persona umana. Sul punto si veda altresì E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2013, pp. 87 ss.

[11] Sul tema, in via generale, sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 104 ss.

[12] Cfr. Corte cost. sent. n. 432/2005. Al riguardo M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2/2006, p. 517, evidenzia come, nell'ambio in questione, «il controllo sull'eguaglianza e quello sulla ragionevolezza sembrerebbero avere la stessa estensione e le stesse caratteristiche». Come noto, il giudizio sul rispetto del principio di uguaglianza attiene a una verifica del trattamento diseguale di situazioni uguali, mentre quello sulla ragionevolezza a un più approfondito riscontro sulla corrispondenza di taluni aspetti della disciplina introdotta rispetto alla *ratio* complessiva della normativa. Sul tema

il requisito della cittadinanza non può assumersi quale «criterio preliminare di accesso» al beneficio senza che lo stesso sia stato «pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti», anche in relazione a prestazioni di natura sociale eccedenti l'essenziale (nella specie si trattava del trasporto pubblico gratuito per le persone in condizione di disabilità nella Regione Lombardia).

Ai fini della nostra indagine risultano particolarmente indicative le pronunce che hanno avuto ad oggetto la limitazione introdotta con il citato art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, censurata con riferimento a differenti prestazioni di natura sociale. Oggetto di censura è stata in particolare la richiesta del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, il quale presuppone, per il suo rilascio, una residenza sul territorio da almeno 5 anni, il possesso di un determinato livello di reddito, la disponibilità di un alloggio, la conoscenza della lingua italiana[13]. Condizionando le prestazioni di natura economica in tema di disabilità a tale permesso è stato, dunque, conseguentemente, subordinato il godimento delle stesse alle condizioni (reddituali, di residenza, ecc.) necessarie ai fini del rilascio del permesso: condizioni del tutto inconferenti con la natura delle prestazioni in questione, in violazione di numerosi parametri costituzionali, tra cui gli artt. 2, 3, 10, 32 e 38 Cost. Nello specifico, la Corte ha avuto modo di occuparsi ripetutamente della legittimità della richiesta di tale permesso di soggiorno, ora denunciata nella parte in cui escludeva dalle provvidenze gli stranieri non in possesso dei prescritti requisiti di reddito (sent. nn. 306/2008 e 11/2009), in altre occasioni per il legame che in tal modo è stato creato tra prestazioni sociali e residenza protratta sul territorio nazionale (sent. nn. 187/2010, 329/2011, 40/2013).

A tal proposito, la Corte ha dichiarato irragionevole subordinare l'attribuzione di prestazioni assistenziali (che presuppongono una condizione di disabilità) al possesso di un titolo di soggiorno che richiede, per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un determinato reddito. Come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 306/2008, in relazione al riconoscimento dell'indennità di accompagnamento, l'irragionevolezza della disciplina che prevede il riconoscimento della prestazione ai soli titolari del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, e quindi ai

anche M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 4681 ss. Per un approfondimento, cfr. G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 3 ss. (part. ivi pp. 16 ss.), per il quale il principio di uguaglianza e quello di razionalità sono le due facce della stessa medaglia, se come affermato dalla stessa Corte si fa riferimento alla «razionalità pratica, matrice dell'equità» (sent. n. 74/1992).

[13] Per un approfondimento dei requisiti ai quali è subordinato il rilascio del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, cfr. art 9 T.U. Immigrazione.

titolari del reddito richiesto per potere ottenere tale titolo di soggiorno, «incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza». Ne consegue il contrasto della disposizione in questione non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona – con l'art. 2 della Costituzione. La Corte precisa, altresì, che al legislatore è consentito 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; «una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»[14].

L'utilizzo dell'autonomo scrutinio di ragionevolezza risulta, invece, centrale nella sentenza n. 11/2009, avente stavolta ad oggetto la pensione di inabilità, la cui fruizione è condizionata al mancato superamento di un livello di reddito annuo. La disciplina nazionale viene ritenuta non conforme a Costituzione per aver introdotto una sorta di «corto circuito normativo»: si chiede allo straniero di possedere un titolo di soggiorno che presuppone un reddito esattamente pari a quello che non deve essere superato per poter richiedere la prestazione sociale in questione.

Sotto altro profilo, il citato art. 80, comma 19, è stato scrutinato con riferimento alla residenza quinquennale sul territorio nelle sentenze n. 187/2010 (riguardante l'assegno mensile di invalidità), n. 329/2011 (concernente l'indennità di frequenza per i minori in condizione di disabilità) e n. 40/2013 (concernente l'indennità di accompagnamento e la pensione di inabilità).

In tutte le occasioni, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa denunciata, la Corte ha rilevato che, ove si tratti di «provvidenze destinate al sostentamento della persona nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile si trova inserito», qualsiasi discrimine fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato,

[14] Cfr. sent. n. 306/2008. Per un approfondimento sul diritto alla salute inteso anche come "diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza", si veda F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, p. 10. Sui titoli che legittimano lo straniero al godimento dei diritti sociali al pari del cittadino, cfr. C. CORSI, *Da stranieri a cittadini. Linee di un percorso italiano*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze University Press, Firenze, 2017, p. 46.

fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con la Costituzione. In particolare, ciò che assume valore dirimente ai fini della valutazione circa la legittimità delle condizioni di accesso a una prestazione risulta «il concreto atteggiarsi» della medesima, così da verificarne «la relativa "essenzialità" agli effetti della tutela dei valori coinvolti». Se cioè la prestazione «integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei "bisogni primari" inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto» [15].

In applicazione di tale principio la Corte ha quindi ritenuto non conforme a Costituzione la distinzione tra cittadini e stranieri nel riconoscimento dell'assegno di invalidità, trattandosi di una «erogazione destinata non già a integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di "sostentamento", atto ad assicurarne la sopravvivenza»[16]. Ad analoghe conclusioni la Corte giunge con riferimento all'indennità di frequenza, da ricondurre a un contesto «composito e costellato di finalità sociali che coinvolgono beni e valori, tutti, di primario risalto nel quadro dei diritti fondamentali della persona» [17]. Ci si riferisce, a tal proposito, alla tutela della infanzia e della salute, alle garanzie che devono essere assicurate, in situazioni di parità, alle persone con disabilità, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il minore con disabilità si trova inserito, coinvolgendo al tempo stesso l'esigenza di agevolare il futuro ingresso del minore nel mondo del lavoro e la partecipazione attiva alla vita sociale. Pertanto, qualsiasi condizionamento che viene imposto ai fini del riconoscimento del beneficio in questione per i minori stranieri, pur regolarmente presenti nel territorio dello Stato, è incompatibile non soltanto con le esigenze di «effettività» e di soddisfacimento che i diritti fondamentali naturalmente presuppongono, ma anche con la stessa specifica funzione della prestazione. Identico ordine di rilievi viene svolto dalla Corte anche in riferimento all'indennità di accompagnamento e alla pensione di inabilità[18], il cui riconoscimento richiama «una serie di valori di essenziale risalto – quali, in

[15] Cfr. Corte cost. sent. n. 187/2010, § 2 *Cons. in dir*. Sulla necessità di riconoscere l'accesso al welfare sulla base del criterio della priorità del bisogno piuttosto che alla qualità del suo potenziale fruitore, cfr. G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2012, p. 286.

[16] Cfr. Corte cost. sent. n. 187/2010 cit. In tale decisione merita di essere evidenziato il riferimento espresso e diffuso nelle argomentazioni della Corte costituzionale alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

[17] Cfr. Corte cost. sent. n. 329/2011.

[18] Cfr. Corte cost. sent. n. 40/2013.

particolare, la salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto a condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza per le famiglie –, tutti di rilievo costituzionale in riferimento ai parametri evocati, tra cui spicca l'art. 2 della Costituzione – al lume, anche, delle diverse convenzioni internazionali che parimenti li presidiano»[19].

La Corte costituzionale è tornata sull'illegittimità della richiesta del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo anche con riferimento all'attribuzione dell'indennità di accompagnamento riconosciuta al c.d. "cieco civile ventesimista"[20], atteso che i rilievi sopra evidenziati non possono non essere, a fortiori, riaffermati in riferimento allo stato delle persone non vedenti. La specificità, infatti, dei connotati invalidanti renderebbe ancora più arduo, a parere della Corte, «*giustificare, nella dimensione costituzionale della convivenza solidale, una condizione ostativa – inevitabilmente discriminatoria – che subordini al possesso della carta di soggiorno la fruizione di benefici intrinsecamente raccordati alla necessità di assicurare a ciascuna persona, nella più ampia e compatibile misura, condizioni minime di vita e di salute*».

Analoga pronuncia di incostituzionalità ha riguardato la richiesta di tale permesso di soggiorno ai fini della concessione agli stranieri della "pensione di invalidità civile per sordi e dell'indennità di comunicazione"[21]. Si tratta, infatti, anche in questo caso, di prestazioni economiche peculiari che, a parere della Corte, «*si fondano sull'esigenza di assicurare – in una dimensione costituzionale orientata verso la solidarietà come dovere inderogabile (art. 2 Cost.), verso la tutela del diritto alla salute anche nel senso dell'accessibilità ai mezzi più appropriati per garantirla (art. 32 Cost.), nonché verso la protezione sociale più ampia e sostenibile (art. 38 Cost.) – un ausilio in favore di persone svantaggiate, in quanto affette da patologie o menomazioni fortemente invalidanti per l'ordinaria vita di relazione e, di conseguenza, per le capacità di lavoro e di sostentamento; beneficii erogabili, quanto alla pensione, in presenza di condizioni reddituali limitate, tali, perciò, da configurare*

[19] A seguito di tali interventi della Corte costituzionale, l'INPS ha chiarato con il messaggio n. 13983 del 4.9.2013 che l'indennità di accompagnamento, la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità e l'indennità mensile di frequenza - ferme restando le verifiche degli ulteriori requisiti di legge (condizioni sanitarie, residenza in Italia ecc.) - dovranno essere concesse «*a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, anche se privi di permesso di soggiorno CE di lungo periodo, alla sola condizione che siano titolari del requisito del permesso di soggiorno di almeno un anno di cui all'art. 41 TU immigrazione*».

[20] Cfr. Corte cost. sent. n. 22/2015. Per un commento cfr. A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015.

[21] Cfr. Corte cost. sent. n. 230/2015.

la medesima come misura di sostegno per le indispensabili necessità di una vita dignitosa».

Tale ultima pronuncia risulta particolarmente significativa per l'auspicio formulato al legislatore, affinché, tenendo conto dell'elevato numero di pronunce caducatorie adottate dalla Corte costituzionale a proposito del più volte richiamato art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, «*provveda ad una organica ricognizione e revisione della disciplina, ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale*»[22].

4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel percorso giurisprudenziale soprarichiamato, la Corte costituzionale non ha mancato di richiamare anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di non discriminazione e accesso alle prestazioni sociali. Alcune delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Corte hanno, infatti, richiamato espressamente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale – si ricorda – prescrive che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali.

Come noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione che faccia espresso riferimento alla sicurezza sociale, tuttavia – grazie alla giurisprudenza della sua Corte – la tutela delle prestazioni di natura sociale, comprese quelle di tipo non contributivo, è stata ricondotta all'ambito del *diritto al rispetto dei propri beni*, di cui all'art. 1 del Protocollo 1 alla Convenzione medesima[23], applicando conseguentemente anche a tale diritto il principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione. L'art. 14 CEDU dispone

[22] Cfr. Corte cost. sent. n. 230/2015, cit., § 2.2. *Cons. in dir.*

[23] A titolo esemplificativo, la Corte di Strasburgo fa rientrare nell'art. 1, Prot. n. 1, CEDU il cosiddetto *parental leave allowance* - assegno per congedo parentale (sent. 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*); la pensione di vecchiaia in favore delle donne coniugate (sent. 4 settembre 2001, *Wessels-Bergevoet c.* paesi *Bassi*); l'assegno alle madri vedove (sent. 11 settembre 2002, *Willis c. Regno Unito*); la pensione di anzianità e altre prestazioni previdenziali (sent. 20 giugno 2002, *Azinas c. Cipro*; sent. 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia*); le indennità a seguito di infortunio sul lavoro (sent. 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito*); le pensioni di invalidità (sent. 12 ottobre 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*). Sulla nozione di bene ai sensi dell'art. 1, Prot. n. 1, cfr. M.L. PADELLETTI, *Commento all'art. 1, Prot. n. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 792 ss.

infatti che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione deve essere assicurato «*senza alcuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione*». Tale elenco è meramente esemplificativo [24]; la Corte ha ricondotto all'ambito dell'art. 14 CEDU anche le differenze di trattamento basate sulla cittadinanza[25], sul luogo di residenza o il domicilio estero [26].

In questa direzione, ai fini della nostra indagine si segnala la sentenza *Koua Poirrez c. Francia* [27], nella quale la Corte europea ha riconosciuto il diritto ad un assegno di assistenza a un cittadino ivoriano in condizione di disabilità dall'età di sette anni, dichiarando conseguentemente discriminatoria la disciplina francese che riconosceva tale prestazione unicamente ai titolari di cittadinanza o ai cittadini di paesi con i quali la Francia aveva concluso accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale. Con riferimento ai motivi posti alla base di un differente trattamento, la Corte riconosce agli Stati un certo margine di apprezzamento, anche se soltanto ragioni di particolare importanza possono giustificare un trattamento differenziato esclusivamente basato sulla nazionalità [28]. Non sono state pertanto accolte le argomentazioni avanzate del governo francese nel caso *Koua*, fondate sulla necessità di equilibrare le spese di welfare con le risorse disponibili, restringendo conseguentemente la platea dei destinatari in ragione della cittadinanza, né l'assenza di accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale è stata ritenuta idonea a fondare un trattamento deteriore dello straniero rispetto ai propri cittadini, dal momento che la Corte ha più volte precisato che, ratificando la Convenzione, lo Stato aderente si obbliga ad assicurare a ciascuna persona

[24] Sul punto Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 72

[25] Cfr. Corte EDU, sent. 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* avente ad oggetto una prestazione sociale connessa allo stato di disoccupazione. In tale occasione la Corte EDU afferma chiaramente che ricadono nella previsione di cui all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU anche tutte quelle prestazioni non necessariamente connesse con il pagamento di tasse o contributi (si veda in part. § 41).

[26] Cfr. Corte EDU, sent. 16 marzo 2010, *Carson e altri c. Regno Unito*, § 66-70; sent. 8 gennaio 2013, *Efe c. Austria*, § 48.

[27] Si veda Corte EDU, sent. 30 settembre 2003.

[28] Cfr. sent. 30 settembre 2003, cit., § 46, Sul punto si veda G.P. DOLSO, *Commento all'art. 14*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 543. Per un parallelo tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana, si veda A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2010, pp. 551 ss.

all'interno della propria giurisdizione i diritti e le libertà definite nella stessa Convenzione[29].

La Corte costituzionale ha richiamato diffusa la giurisprudenza della Corte di Strasbrugo sul caso *Koua* come in generale sull'accesso alle prestazioni di natura sociale nelle già citate sentenze n. 187/2010 e n. 329/2011, ove il principio di non discriminazione ha costituito la chiave di un "dialogo" tra le due Corti verso la tutela dei diritti della persona in condizione di disabilità. Senza contare ovviamente che attraverso la norma interposta di cui all'art. 117 anche altre convenzioni internazionali possono costituire parametro di legittimità costituzionale, tra cui deve necessariamente richiamarsi la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità[30], la quale afferma – in tema di uguaglianza e non discriminazione – che gli Stati Parti debbano riconoscere che «tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge»[31].

5. Rilievi conclusivi

L'accesso degli stranieri alle prestazioni economiche in tema di disabilità sollecita un ripensamento complessivo dei requisiti e criteri soggetti di accesso alle prestazioni che sia davvero incentrato, come evidenziato nel disegno di legge delega, *sull'effettivo e specifico grado di bisogno socio-economico*. Sebbene il tema della non discriminazione nell'accesso alle prestazioni non sia testualmente indicato nel disegno di legge delega tra i criteri e i requisiti di accesso[32], nondimeno esso risulta un principio chiave per la tutela della persona con disabilità in coerenza con gli artt. 2 e 3 Cost. e gli obblighi internazionali di riferimento, così come indicato all'art. 1, comma 1, del disegno di legge. Ed il riferimento al "bisogno socio-economico" non che può che leggersi come teso ad evitare che altri elementi inconferenti con tale bisogno possano influire sui criteri di accesso ai benefici, agli interventi e ai servizi.

[29] Sul punto cfr. sent. 30 settembre 2003, cit., § 49, e sent. 16 settembre 1996, cit., § 51.

[30] La convenzione è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009. Un espresso richiamo a tale convenzione è contenuto anche in apertura al disegno di legge delega per la codificazione in tema di disabilità (art. 1, comma 1).

[31] Cfr. art. 5, comma 1, della Convenzione ONU sulla disabilità.

[32] Un espresso riferimento alla non discriminazione è presente in altre disposizioni del disegno di legge, con riguardo alle procedure per l'accertamento e la certificazione della condizione di disabilità (art. 1, comma 3, lett. *g*, punto 1, del disegno di legge delega) e con riguardo alle politiche, alle azioni e agli interventi volti alla promozione della vita indipendente e al contrasto dell'esclusione sociale della persona con disabilità (art. 1, comma 3, lett. *l*, punto 5, del disegno di legge delega).

Del resto, come chiarito in più occasioni dalla Corte costituzionale, è quanto mai urgente una organica ricognizione e revisione della disciplina, in conformità proprio ai numerosi parametri costituzionali violati dalla disciplina nazionale che ha subordinato l'accesso degli stranieri alle prestazioni in tema di disabilità a condizioni inconferenti con tale bisogno e attinenti, come abbiamo visto al possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo (per il cui rilascio è richiesto, tra un determinato livello di reddito, la residenza prolungata sul territorio, l'abitazione, la conoscenza della lingua italiana). Gli interventi fino ad oggetto succedutisi hanno, infatti, riguardato solo le prestazioni di volta in volta oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale: pensione di inabilità civile e indennità di accompagnamento (sent. nn. 306/2008, 11/2019, 40/2013), assegno mensile di invalidità (sent. n. 187/2010), indennità di frequenza per minori (sent. n. 329/2011); indennità di accompagnamento per cieco ventisemista (sent. n. 22/2015); pensione di invalidità civile per sordi e indennità di comunicazione (sent. 230/2015). La disposizione che richiede il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo come condizione generale di accesso alle prestazioni resta tuttavia in vigore, in assenza di un generale riordino della normativa di riferimento.

Di qui la necessità che l'elaborazione del Codice in materia di disabilità costituisca l'occasione per intervenire anche sulla non discriminatorietà dei requisiti di accesso alle prestazioni, con particolare riferimento alla condizione giuridica dello straniero. Si tratta di un'occasione che deve essere colta senza ritardo, considerando che l'adozione di una disciplina organica in materia di disabilità figura anche tra le aree prioritarie di intervento del "Programma nazionale di riforma 2020", ove viene affermato l'impegno del Governo in tema di politiche sociali, sostegno alle famiglie e lotta alla povertà. Proprio l'adozione del Codice è chiaramente posta in relazione alla finalità di «*ridisegnare il sistema di tutela e di inclusione sociale, lavorativa ed educativa delle persone con disabilità, nonché a prevedere un efficientamento dei processi di erogazione dei benefici*»[33].

In questa direzione, i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale costituiscono un imprescindibile riferimento per il legislatore delegato nell'assicurare l'effettiva tutela e inclusione sociale delle persone con disabilità in coerenza con il principio di uguaglianza e non discriminazione, distinguendo se del caso anche tra prestazioni di natura economica e servizi, verso la più ampia tutela dei diritti degli stranieri con disabilità, a prescindere dal possesso di un determinato permesso di soggiorno.

[33] Cfr. DEF 2020, Sez. III – Programma nazionale di riforma, area prioritaria n. 3.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'"Amministrazione per la disabilità"*

ANDREA BLASINI**

Sommario: 1. Per una definizione di "amministrazione per la disabilità". – 2. L' "amministrazione per la disabilità" in senso stretto. – 3. Le attività delle pubbliche amministrazioni e la disabilità.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
A. BLASINI, *L'"Amministrazione per la disabilità"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: andrea.blasini@santannapisa.it.

1. Per una definizione di "amministrazione per la disabilità"

La delega legislativa alla lettera i) del comma 3 dell'art. 1 prevede una serie di azioni, molto differenti tra loro, volte all'implementazione dei sistemi di monitoraggio, verifica e controllo dell'attuazione della normativa in materia di disabilità. È un punto, in verità, molto importante e delicato che investe il rapporto tra persone con disabilità e pubbliche amministrazioni sotto più angoli visuali che così definiscono, globalmente, «l'amministrazione per la disabilità».

Tracciare un profilo completo di questa «amministrazione per la disabilità» non è compito semplice. Essa deve tenere insieme due aspetti: vi deve essere un'amministrazione, per così dire, di cornice che si occupa *solamente* e *specificamente* di disabilità. È questo- possiamo dire- è il profilo in senso stretto. In secondo luogo, tutte le amministrazioni, di qualsiasi livello, nazionale, regionale e locale, devono orientare la propria azione in modo tale da tenere in debita considerazione le specifiche esigenze delle persone con disabilità e così tutelarne i diritti, come diretta conseguenza del principio di non discriminazione.

Questi due aspetti sono ambedue presenti nei principi e criteri direttivi che la delega riserva al tema, seppur, possiamo dire, con differente, peso.

2. L' "amministrazione per la disabilità" in senso stretto

Quando andiamo a guardare all' «amministrazione per la disabilità» in senso stretto tocchiamo evidentemente il tema dell'organizzazione amministrativa e su questo punto è inevitabile impostare il ragionamento in termini di rapporto tra organizzazione e diritti.

Questo rapporto si configura complesso e non facilmente identificabile con immediatezza perché segna una relazione intrecciata ed osmotica: "i diritti discendono dall'organizzazione (che li garantisce ed a ben vedere li definisce), ma l'organizzazione discende dai diritti (è costruita e si giustifica in vista della loro tutela), che ne sono il *prius* logico"[1].

Se si tiene ben presente questa premessa, si comprende come la riflessione sugli apparati organizzativi pubblici non possa condursi separatamente dalla riflessione sui diritti: i diritti alimentano l'organizzazione e l'organizzazione alimenta i diritti, poiché "la soluzione organizzativa è, insieme, la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive"[2].

[1] E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi*, in *Persona e Amministrazione*, I, 2020, p. 52.

[2] G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 111.

L'altra grande regola aurea, cui dobbiamo necessariamente fare riferimento, impone che "in principio sono le funzioni"[3]. Questo significa che il fulcro centrale rimane la funzione e rispetto ad essa va conformata l'organizzazione. Prima dobbiamo capire che cosa vogliamo fare e realizzare. Poi procediamo alla strutturazione dell'organizzazione.

Solo seguendo queste due linee guida riusciamo a tratteggiare meglio i contorni del disegno istituzionale impostato dal legislatore delegante.

L'architettura di cornice dell'«amministrazione per la disabilità» trova, nel disegno di legge delega, due principi/criteri direttivi fondamentali: da una parte (punto 2), si prevede di istituire un'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità, con compiti di verifica, controllo e consultazione sull'attuazione (*sic*) dei diritti delle persone con disabilità e dei loro familiari, nonché sul rispetto degli *standard* di qualità dei servizi ad essi erogati. Si tende dunque a costruire una c.d. "amministrazione specializzata". Dall'altra parte (punto 4), si prescrive di riordinare gli organismi pubblici di consultazione in materia di persone con disabilità, secondo criteri di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa.

Questa parte del disegno di legge riveste, senza dubbio, un ruolo prospettico rilevante perché potrebbe ridisegnare in profondità i rapporti tra pubblica amministrazione e persone con disabilità.

Per questa ragione, l'attuazione di questo punto della delega legislativa rappresenta una questione molto delicata perché non si può far cadere in un misero surrogato, privo di consistenza, un'aspettativa così elevata. La delineazione di questo disegno tanto ambizioso, che sembra preludere a un rafforzamento della tutela (amministrativa) dei diritti delle persone con disabilità nella vita sociale in soluzione di continuità con il passato, deve rispondere necessariamente ai principi di effettività ed efficienza.

Innanzitutto è bene che il legislatore delegato, prima di ogni ipotesi organizzativa su questa nuova Autorità, abbia bene a mente quali compiti, specifici e pregnanti, in stretta correlazione alla tutela dei diritti delle persone con disabilità, essa deve venire a svolgere.

L'istituzione di un'Autorità amministrativa di nuovo conio non può essere disgiunta dalla necessità di affidarle dei compiti rilevanti e significativi. Diversamente si appesantirebbe il perimetro pubblico dell'ennesimo ente che non risponde a peculiari e reali esigenze degli amministrati. Dunque bisogna andare oltre la mera previsione di un'autorità di consultazione e controllo, perché la nuova Autorità deve essere investita di una missione ben precisa e provvista di adeguati poteri.

[3] M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, I, 1957, pp. 11 ss.

Innanzitutto rimane cruciale strutturare questa nuova amministrazione come un'autorità amministrativa indipendente[4], quindi con una sua posizione di garanzia all'interno dell'ordinamento, e dovrebbe essere funzionalizzata alla tutela delle persone con disabilità avverso le discriminazioni ed alla garanzia dell'effettività dei diritti espressamente riconosciuti.

[4] La letteratura in punto di autorità amministrative indipendenti è amplissima; donde si indicano i riferimenti più significativi: A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1994; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; S. CASSESE , C. FRANCHINI, *L'amministrazione pubblica italiana*, cit.; M. D'ALBERTI, (voce) *Autorità indipendenti* (dir. amm.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1995; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit.; S. CASSESE, *Le Autorità Amministrative Indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali: Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002; G. SANTANIELLO, *Il riordino delle autorità amministrative indipendenti (Problemi e prospettive)*, in *InterLex Diritto Tecnologia Informazione*, 7 febbraio 2002, disponibile all'indirizzo www.interlex.it; G. SANTANIELLO, *Le autorità amministrative indipendenti quali fattori di evoluzione dell'ordinamento*, in *InterLex Diritto Tecnologia Informazione*, 19 giugno 2003, disponibile all'indirizzo www.interlex.it; S. CASSESE, *L'attuale situazione delle autorità indipendenti. Relazione al convegno organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni su "Funzionamento e organizzazione delle authorities: esperienze a confronto", Forum p.a., 2004, Roma, 10 maggio 2004,* disponibile all'indirizzo www.archive.forumpa.it; V. CERULLI IRELLI, *Autorità indipendenti: c'è bisogno di una riforma?*, in *ISEA*, 2001; M. CLARICH, *Autorità indipendenti bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; A. CLARIZIA, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, in *Giustizia Amministrativa,* 9, 2006, disponibile all'indirizzo www.giustamm.it; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 588 ss.; R. ROLLI, *Pubblica Amministrazione e Autorità amministrative indipendenti nella "mancata" riforma costituzionale*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZI (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Il Mulino, Bologna, 2009; B.G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente: un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli, Firenze, 2013; M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, CEDAM, Padova, 2015.

Quindi accanto alla tutela giurisdizionale prevista dalla legge 67/2006, si appresterebbe una tutela amministrativa di fronte all'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità dotandola di poteri effettivi ed efficaci per far cessare la discriminazione, eventualmente ripristinare lo *status quo ante* e sanzionare il comportamento lesivo posto in essere. Articolare in questo modo un efficace sistema amministrativo di tutela antidiscriminatoria per le persone con disabilità potrebbe costituire un valido strumento alternativo a quello giurisdizionale, ma mai sostitutivo, ed anche un forte deterrente di portata generale se il sistema risultasse efficace ed efficiente.

Certamente la previsione di un Garante dei diritti della persona con disabilità, nei termini prospettati, costituirebbe un'amministrazione rilevante anche sotto il profilo delle risorse necessarie e della sua articolazione territoriale per poter rispondere, in modo facile e tempestivo, alle istanze dei ricorrenti.

Costituire un'autorità amministrativa indipendente, escludendo questa funzione di tutela forte dei diritti, non sarebbe affatto utile e si creerebbe l'ennesimo ente pubblico autoreferenziale e privo di reale utilità per i cittadini.

L'altra funzione principe prospettata per questa Autorità da parte della legge delega è data dalla verifica e controllo sul rispetto degli standard di qualità dei servizi erogati alle persone con disabilità. Questo è un compito molto importante e complesso perché presuppone due condizioni fondamentali. *In primis*, l'Autorità Garante deve essere in grado di svolgere un'ampia e puntuale attività di valutazione di tutti i servizi a favore della disabilità: ciò significa volgere lo sguardo ad ampi settori della vita pubblica, individuare degli indicatori e metodi di valutazione attendibili, svolgere una costante attività di estrazione dei dati e sistematizzare il materiale raccolto e trarne delle valutazioni. Questo lavoro deve abbracciare tutti i settori che intersecano le necessità e i bisogni della persona con disabilità.

Poi, questa imponente attività di valutazione delle prestazioni rese a favore della disabilità non può rimanere meramente un "dato sulla carta", ma deve rappresentare l'attività conoscitiva di base per migliorare la qualità dei servizi e correggere l'azione delle pubbliche amministrazioni nelle ipotesi di cattiva amministrazione. Sotto questo punto di vista, bisogna dotare di poteri efficaci per ottenere concretamente questi risultati.

Poi certamente l'Autorità dovrebbe svolgere anche altre funzioni: di consultazione e di supporto per le pubbliche amministrazioni, di vigilanza sull'attuazione della normativa sulla disabilità, di promozione di una cultura e di un ambiente favorevole per le persone con disabilità, di relazione al Parlamento sulle condizioni e sulla tutela delle persone con disabilità e di *advocacy* in tema di politiche pubbliche per la disabilità.

Dunque nei termini complessivamente esposti si pone la missione pubblica più appropriata da affidare, in modo rigoroso, all'Autorità Garante.

L'altro aspetto, previsto dalla delega, mira a un riordino generale degli organismi pubblici di consultazione e questo criterio direttivo non può che combaciare con quello volto all'istituzione dell'Autorità Garante. Sotto questo punto di vista, l'idea più importante è quella di concentrare tutte le funzioni amministrative di controllo, consultazione, vigilanza e tutela presso un unico soggetto al fine di conseguire una rilevante razionalizzazione ed una forte specializzazione preordinate all'elevamento dell'effettività, dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa. Del resto, è noto che la parcellizzazione e la miniaturizzazione delle funzioni sono la causa di un sistema di tutela che non ha un riscontro nella realtà, ma che rimane solo sulla carta.

Quest'opera di razionalizzazione incontra però dei limiti, per così dire, naturali, cioè alcuni organismi devono rimanere distinti in ragione della loro specificità.

A livello nazionale, gli organismi che si occupano di disabilità sono due: la Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità e l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità"

La "Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità" è incardinata presso il Dipartimento della funzione pubblica e, a mente dell'art. 39- bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è stata istituita per implementare l'integrazione nell'ambiente di lavoro delle persone con disabilità attribuendogli specifiche funzioni quali:

1) elaborare piani per ottemperare agli obblighi derivanti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68;

2) prevedere interventi straordinari per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro previsti dall'articolo 3, comma 3-bis, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216;

3) monitorare e controllare l'obbligo di trasmissione annuale da parte delle pubbliche amministrazioni alla Consulta, al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché al centro per l'impiego territorialmente competente della comunicazione relativa ai posti riservati ai lavoratori disabili non coperti e di un programma relativo a tempi e modalità di copertura della quota di riserva prevista dalla normativa vigente, nel rispetto dei vincoli normativi in materia di assunzioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

È difficile pensare che le funzioni attribuite a questo organismo possano essere svolte al di fuori del Dipartimento della funzione pubblica, perché è preposto alla definizione degli interventi a favore dell'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nelle pubbliche amministrazioni e questo è un compito che effettivamente deve essere svolto in stretto legame con gli uffici di amministrazione attiva.

Diverso sarebbe il ragionamento in relazione all'attribuzione all'Autorità Garante di una funzione generale di vigilanza del rispetto della normativa sul

collocamento mirato, nel lavoro pubblico e privato, delle persone con disabilità. Anche in questo caso, oltre ad una previsione sui canali informativi da parte di Regioni, Centri per l'impiego e Dipartimento della funzione pubblica dovrebbero essere riconosciuti poteri significativi, ivi compresi quelli sanzionatori.

Più complesso è il discorso che ruota intorno all' "Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità", il quale è un organo consultivo e di supporto tecnico-scientifico per l'elaborazione delle politiche nazionali in materia di disabilità istituito dalla legge 3 marzo 2009, n. 18 per adempiere, ex art. 3 comma 5 della stessa legge, ai seguenti compiti:

a) promuovere l'attuazione della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità ed elaborare il rapporto dettagliato sulle misure adottate ex art. 35 della stessa Convenzione, in raccordo con il Comitato interministeriale dei diritti umani;

b) predisporre un programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, in attuazione della legislazione nazionale e internazionale;

c) promuovere la raccolta di dati statistici che illustrino la condizione delle persone con disabilità, anche con riferimento alle diverse situazioni territoriali;

d) predisporre la relazione sullo stato di attuazione delle politiche sulla disabilità, di cui all'articolo 41, comma 8, della legge 5 febbraio 1992, n. 104;

e) promuovere la realizzazione di studi e ricerche che possano contribuire ad individuare aree prioritarie verso cui indirizzare azioni ed interventi per la promozione dei diritti delle persone con disabilità.

Le funzioni attribuite all'Osservatorio servono fondamentalmente per orientare e predisporre le politiche pubbliche a favore della disabilità e, da ultimo[5], esso è incardinato presso la Presidenza del Consiglio nell'ambito dell' "Ufficio di coordinamento delle azioni del Governo per le persone con disabilità e le loro famiglie", che costituisce l'articolazione interna della Presidenza del Consiglio deputata alla promozione ed al coordinamento dell'azione del Governo in materia di disabilità.

L'incardinamento dell'Osservatorio presso l'Ufficio di coordinamento costituisce indubbiamente un fatto positivo perché consente un rapporto ravvicinato tra il titolare dell'indirizzo politico in materia ed il mondo dei portatori d'interesse. D'altra parte, però, non si può nascondere che molte attribuzioni dell'Osservatorio incrocerebbero i compiti propri dell'Autorità Garante almeno nei termini in cui è stata prospettata.

Un organismo, come quello dell'Osservatorio, che viene partecipato da un numero cospicuo di soggetti della società organizzata che si occupano di disabilità, è senz'altro utile per la definizione delle politiche pubbliche nazionali, ma allo

[5] A seguito del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 97.

stesso tempo, soprattutto per la sua natura di soggetto di raccordo tra istituzioni e società civile, assolverebbe a un ruolo importante anche presso l'Autorità Garante.

Pertanto si potrebbe immaginare di prevedere una forma stretta di raccordo dell'Osservatorio con il Garante in merito alle attività più tecniche in modo tale che anche l'Autorità Garante possa avere un canale diretto di trasmissione con la società organizzata.

Quindi su questo versante dell'attuazione della delega legislativa i margini di manovra sembrano essere molto ristretti e più che prevedere una razionalizzazione degli organismi, che abbiamo visto avere una loro specifica ragion d'essere, si potrebbe pensare a una compiuta razionalizzazione delle singole funzioni amministrative in modo tale da creare centri di competenze ben calibrati ed evitare inutili frammentazioni e sovrapposizioni.

3. Le attività delle pubbliche amministrazioni e la disabilità

L'altro caposaldo della delega legislativa si preoccupa di due aspetti centrali che coinvolgono l'attività delle pubbliche amministrazioni.

Al punto 1) si prescrive di "rivedere i contenuti e le modalità di monitoraggio, controllo e verifica cui sono tenute le amministrazioni centrali a vario titolo coinvolte nell'attuazione della normativa in materia di disabilità". Questo tema, che impegna un lavoro minuzioso sulle singole normative di settore, dovrebbe tendere a costruire dei processi efficaci, semplici e fortemente digitalizzati. In stretta correlazione con questa previsione si pone evidentemente il punto 2) della lettera g) dell'art. 1 comma 2, laddove si prevede di semplificare le condizioni di esercizio dei diritti delle persone con disabilità attraverso la creazione di un'infrastruttura informatica contenente la certificazione, le informazioni riguardanti la condizione sociale, economica e sanitaria della persona con disabilità nonché le istanze e la eventuale documentazione relativa ai procedimenti volti alla fruizione dei benefici economici, previdenziali e assistenziali e dei servizi ed interventi di assistenza socio- sanitaria.

Questa disposizione, importantissima, mira a realizzare un salto di qualità enorme in merito all'attività conoscitiva e prestazionale della disabilità sia per le pubbliche amministrazioni che per i cittadini- utenti. Realizzando il "*fascicolo della persona con disabilità*" in modalità digitale ed interconnessa con tutti i plessi interessati si otterrebbe, con grande facilità e risparmio di mezzi, un quadro completo e sempre aggiornato sull'assistito. Il fascicolo dunque dovrebbe raccogliere una pluralità di informazioni e contenuti funzionali all'erogazione delle prestazioni da parte di tutte le pubbliche amministrazioni, di qualsiasi livello di governo. Così si semplificherebbe l'attività delle amministrazioni che erogano servizi e prestazioni, si avrebbe un quadro unitario per poter effettuare i controlli da parte delle amministrazioni preposte, si evidenzierebbero le maggiori

problematiche afferenti alla presa in carico della persona e si faciliterebbe l'attività di costruzione del budget di progetto.

Il fascicolo potrebbe essere istituto presso l'INPS, in quanto ente che eroga il maggior numero di prestazioni economiche per la disabilità, ma dovrebbe essere aperto a tutte le autorità pubbliche che si occupano della persona con disabilità: ufficio del giudice tutelare, Comune, Asl, Zona distretto sociale, Ministero dell'istruzione, Ministero dell'Università e Ricerca, Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Tutti i soggetti coinvolti dovrebbero implementare il patrimonio informativo del fascicolo, che avrebbe un valore biunivoco: portare i dati dal centro alla periferia e dalla periferia al centro. In questo modo si potrebbe veramente realizzare l'attività di monitoraggio delle prestazioni pubbliche a favore della persona ed il sistema dei controlli verrebbe reso più semplice ed efficace. Rimarrebbe cruciale, naturalmente, adottare un disegno specifico a tutela dei dati personali e sensibili contenuti nel fascicolo.

Esso poi servirebbe anche per la persona- utente, perché potrebbe ottenere in formato elettronico tutte le certificazioni, gli attestati e i dati utili in modo immediato e tra l'altro si renderebbe effettivo e più semplice da rispettare il divieto di richiedere al cittadino atti e documenti già in possesso di una pubblica amministrazione (art. 40 commi 01 e 02 DPR 28 dicembre 2000, n. 445).

Il punto 3) del medesimo comma si occupa, invece, di prevedere "misure di tutela del consumatore- utente con disabilità anche attraverso la previsione dell'obbligo per tutte le amministrazioni, nonché per i soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici, di indicare in modo specifico nelle carte dei servizi i diritti, anche di natura risarcitoria, che spettano alle persone con disabilità".

In vero, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 indica, tra i principi fondamentali sull'erogazione dei servizi pubblici, quello di uguaglianza e tra le sue differenti declinazioni specifica che esso debba essere inteso come divieto di ogni ingiustificata discriminazione. In dettaglio, poi, stabilisce che i soggetti erogatori dei servizi sono tenuti ad adottare le iniziative necessarie per adeguare le modalità di prestazione del servizio alle esigenze degli utenti portatori di handicap. Il quadro normativo esistente delinea già una cornice di tutela ad ampio spettro che tiene in debita considerazione, proprio in virtù del principio di uguaglianza, delle condizioni dell'utente- persona con disabilità. Ma questo avviene in termini generali.

La norma formulata per principio non sembra aver prodotto, nell'erogazione dei servizi pubblici, un livello adeguato di tutela per i diritti delle persone con disabilità. In questo senso, il testo della legge delega si dirige verso un orizzonte di tutela rafforzata, attraverso un approccio più preciso: chiede che vengano elencati in maniera puntuale i diritti che le persone con disabilità possono vantare in relazione alle attività delle pubbliche amministrazioni e dei gestori dei servizi pubblici.

Innanzitutto la previsione abbraccia tutte le prestazioni *lato sensu* amministrative: se la direttiva del 1994 riguarda solo i servizi pubblici, la norma *de qua* riguarda anche le funzioni pubbliche.

Il problema, che si pone di fronte a una siffatta previsione, non attiene tanto alla formulazione della disposizione legislativa in sé, quanto piuttosto alla sua portata precettiva. A livello legislativo il disposto normativo può sicuramente porre l'obbligo generale di prevedere dei diritti (puntuali) per gli utenti-persone con disabilità, ma per ovvi limiti intrinseci non potrebbe contenere l'elenco degli stessi. Si potrebbe anche pensare di indirizzare l'enucleazione di questi verso più specifiche macro-aree di rilevante interesse, ma anche questa previsione potrebbe rivelarsi poco significativa.

Pertanto il quadro legislativo deve porre sicuramente la cornice di riferimento e rimandare necessariamente alle carte dei servizi[6] delle singole amministrazioni o dei singoli gestori dei servizi.

Piuttosto, al fine di garantire l'effettività della previsione, sarebbe utile procedimentalizzare in modo rigoroso l'implementazione delle carte dei servizi nella direzione dello scopo dettato dalla legge. L'adeguamento delle carte dei servizi alla nuova disciplina dovrebbe essere un procedimento guidato dall'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità attraverso la formulazione di alcune linee guida per macro-settori (attività amministrativa generale, istruzione, trasporti, etc.), rispetto alle quali i soggetti interessati sarebbero tenuti ad implementare le rispettive carte dei servizi. Nel caso di inadempienza dei medesimi, si dovrebbe prevedere un potere sanzionatorio del Garante o addirittura un potere sostitutivo.

Un'operazione del genere manifesta apertamente la logica sottostante che la percorre: implicitamente si verrebbe a dettare una parte importante dei livelli essenziali di prestazione inerenti i diritti civili e sociali (art. 117 2°, lett. m) Cost.) delle persone con disabilità. A questo punto, in sede di approvazione del disegno di legge delega, sarebbe opportuno indicare espressamente la stretta inerenza della previsione normativa in questione con l'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni in modo tale da assumere compiutamente il *corpus* dei livelli essenziali delle prestazioni per la disabilità in consonanza con quanto previsto all'art. 1 comma 3 lett. h) del medesimo disegno di legge delega.

[6] In materia si vedano A.M. BENEDETTI, *Liberalizzazioni, carte dei servizi e diritti degli utenti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 517 ss.; M. CIRCI, *L'attuazione delle carte dei servizi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 1998, pp. 790 ss.; P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la citizen's Charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1998, pp. 197 ss.; G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1998, pp. 173 ss.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*

PAOLO ADDIS**

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La vita indipendente, fra istanze politiche e diritti. – 2.1. La vita indipendente come diritto. – 3. Armonizzazione, riordino e semplificazione. – 4. Il riconoscimento del *caregiving* e il ruolo della famiglia: verso un diritto alla cura? – 5. La genitorialità delle persone con disabilità. – 6. Promozione della rimozione di ogni possibile forma di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità. – 7. La realizzazione di reti interistituzionali e interterritoriali per l'autonomia delle persone con disabilità. – 8. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
P. ADDIS, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Assegnista di Ricerca in Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: paolo.addis@santannapisa.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Considerazioni preliminari

Il disegno di legge delega analizzato in questo scritto dedica ampio spazio alla vita indipendente e al contrasto all'esclusione sociale, individuando dei criteri direttivi che – implicitamente – definiscono anche gli ambiti di intervento su cui dovrebbe andare a incidere il legislatore delegato.

Quest'ultimo dovrebbe occuparsi:

- dell'armonizzazione, del riordino e della semplificazione delle disposizioni legislative in materia di diritti, di integrazione sociale, di assistenza, di comunicazione e supporto alla persona con disabilità ed ai suoi familiari, in conformità ai principi e agli obblighi internazionali ed europei, e nel rispetto delle attribuzioni delle regioni e degli enti locali;
- del riconoscimento e della valorizzazione del ruolo di cura e assistenza della persona con disabilità svolto dai componenti della sua famiglia, prevedendo adeguate misure di sostegno, anche potenziando, quale strumento privilegiato di supporto alla persona con disabilità, l'assistenza sociale e sanitaria domiciliare;
- del rafforzamento di percorsi non discriminatori per l'accesso e l'esercizio della genitorialità da parte delle persone con disabilità, e, in particolare, di supporto alla maternità della donna con disabilità (anche riordinando la disciplina dell'adozione da parte della persona con disabilità);
- dell'agevolazione della diffusione di ogni strumento funzionale allo svolgimento di una vita autonoma della persona con disabilità, in relazione alla sua concreta e specifica condizione;
- della promozione della rimozione (sic) di ogni possibile forma di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità che limiti, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e di ogni libertà fondamentale, in attuazione dei principi sanciti della legge 3 marzo 2009, n. 18, anche con riferimento alla semplificazione delle modalità di espressione della volontà ovvero di sottoscrizione di atti relativi a procedimenti e procedure amministrative da parte di persone con disabilità impossibilitate alla autonoma comunicazione verbale o scritta, anche prevedendo a tal fine, senza maggiori oneri a carico dei soggetti interessati, l'utilizzo di strumenti telematici e il coinvolgimento, nel rispetto della legge 16 febbraio 1913, n. 89, dei notai;
- della creazione di condizioni di favore per la realizzazione di una rete interistituzionale e interterritoriale di sostegno alla persona con disabilità e alla sua famiglia, anche attraverso la costruzione di percorsi condivisi e

integrati di presa in carico, in accordo con i diversi soggetti che sono impegnati nella materia della disabilità.

Questo contributo si propone di leggere criticamente i punti appena elencati, tentando di formulare alcune indicazioni per quelle che potrebbero essere le misure adottate dal legislatore delegato. E uno dei rilievi critici – lo si può anticipare – sarà relativo alla locuzione ("Vita indipendente e contrasto all'esclusione sociale") utilizzata all'interno dello schema di d.d.l. qui commentato e da cui il titolo di questo contributo si discosta intenzionalmente.

Prima di procedere ad una disamina puntuale dei criteri e dei principi in questione, tuttavia, pare opportuno ricostruire il contenuto del diritto alla vita indipendente, anche in riferimento al quadro normativo complesso e multilivello evocato nelle prime righe dello schema d.d.l. preso in considerazione. Avendo ben presenti le origini e l'evoluzione e la portata attuale del concetto di vita indipendente, infatti, sarà più facile analizzare linearmente e criticamente il dettato della proposta qui esaminata.

2. La vita indipendente, fra istanze politiche e diritti

Che cosa si intende per "vita indipendente"?

È una domanda che esige una risposta piuttosto articolata, che dia conto del fatto che si tratta di una formula germogliata e radicata in un contesto politico e giuridico diverso da quello italiano.

Di "vita indipendente" per le persone con disabilità, infatti, si inizia a parlare negli Stati Uniti, negli anni Sessanta, quando nelle università d'oltreoceano gli studenti con disabilità iniziano a chiedere di poter vivere nei campus assieme ai loro coetanei e di poter seguire gli stessi corsi: nel 1962, presso l'Università dell'Illinois, a Champaign-Urbana, ad esempio, quattro studenti ottengono di essere trasferiti da una residenza isolata e distante dall'ateneo a una casa adattata alle loro esigenze, molto più vicina al campus[1].

Nello stesso anno, centinaia di miglia più a ovest, presso l'Università di Berkeley, inizia il suo percorso di studi una matricola, Edward Roberts. Questi, cresciuto in California, a San Francisco, ha contratto la poliomielite nel 1953 e, a causa delle lesioni che il virus ha causato ai suoi muscoli respiratori, deve trascorrere molto tempo collegato ad un polmone d'acciaio. Quando non è collegato al macchinario che gli rende possibile respirare, Roberts si muove su una sedia a rotelle, che viene spinta dai suoi familiari. Al momento di iscriversi all'università, dopo aver trascorso due anni presso il San Mateo Community College, inizialmente Roberts vorrebbe iscriversi all'Università della California di

[1] Cfr. G. DE JONG, *Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm*, in *Archives of Physical Medicine and Rehabilitation*, Vol. 60, Oct. 1979, pp. 435-446.

Los Angeles (UCLA), contando sul fatto che quest'ultima ha avviato un buon programma di studi per le persone con disabilità, dedicato ai veterani di guerra. Poi però, su consiglio della sua *tutor* al San Mateo, anziché individuare il suo percorso universitario sulla base dell'esistenza di strade già tracciate per gli studenti con disabilità, Roberts sceglie di iscriversi all'ateneo che ha l'offerta formativa migliore per quelli che sono i suoi interessi: volendo studiare scienze politiche, il posto più indicato per farlo, sulla costa occidentale degli Stati Uniti. è l'Università di Berkeley. Nonostante in un primo momento il *Department for Rehabilitation* della California non intenda farsi carico delle sue spese universitarie, sul presupposto che a una persona con disabilità grave non serva un'istruzione universitaria (o che, in ogni caso, quest'ultima sia fuori dalla sua portata), Ed Roberts riesce a farsi ammettere proprio a Berkeley.

Ma si trova a fronteggiare – come tutti gli altri studenti americani con disabilità gravi dell'epoca – spazi e strutture pensati esclusivamente per le persone non disabili: i dormitori sono inaccessibili, così come le aule, le sale mensa e locali ricreativi. Però Ed non si arrende e assieme ad altri studenti con disabilità grave (presto noti come le *Rolling Quads*) lotta per ottenere accorgimenti e misure che gli consentano di studiare e vivere in maniera quanto più possibile uguale ai suoi coetanei. Le idee di Roberts e dei suoi compagni d'avventura per garantire il diritto all'istruzione universitaria sono innovative e vengono condensate, a partire dall'autunno del 1970, nel *Phisically Disabled Students' Program* (PDSP), anche grazie alla disponibilità di fondi federali; ma si tratta di un'iniziativa che resta circoscritta all'ambito accademico. Per allargare il proprio raggio d'azione e uscire dal campus di Berkeley, a dieci anni di distanza dal momento in cui Roberts vi aveva fatto il suo ingresso come matricola, le *Rolling Quads* inaugurano il primo *Center for independent living*: si tratta di una struttura in cui le persone con disabilità possono condividere le proprie esperienze e scambiarsi consigli e indicazioni, su un piano di parità. I risultati sono rinfrancanti e l'esperienza di Berkeley viene ben presto emulata, in California e in altri stati dell'Unione[2].

[2] Devo l'esposizione dell'appassionante storia della lotta di Ed Roberts per la sua istruzione universitaria e per la sua autonomia – qui sintetizzata – alla ben più ampia ricostruzione presente in J.P. SHAPIRO, *No Pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Three Rivers Press, New York, 1994. Il tema della mobilitazione sociale e quella che Von Jhering definiva come la lotta per i diritti è molto ampio ed è stato affrontato da una pluralità di punti di vista; cfr., fra i tanti contributi presenti in letteratura, L. ISRAEL, *Qu'est-ce qu'avoir le droit? Des mobilisations du droit en perspective sociologique*, in e – per quanto riguarda gli Stati Uniti - K.R. GREENE, *The Disability Rights Movement (United States)*, in AA. VV., *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Social & Political Movements*, Blackwell Publishing, Hoboken, 2013 e W.V. BRYAN, *The Disability Rights Movement*, in M. ADAMS (a cura di), *Readings for Diversity and Social Justice*, Routledge,

Fra gli anni Sessanta e Settanta, in un momento in cui negli Stati Uniti si approda a un riconoscimento generalizzato dei diritti civili per minoranze oggetto di esclusione e discriminazioni (il *Civil Rights Act* viene approvato nel 1964), le idee di Roberts e dei suoi compagni d'avventure trovano terreno fertile e danno vita a un vero e proprio movimento: l'*Independent living movement*, appunto.

Esso – ancora oggi vitale - è fondato sui principi che avevano spinto le *Rolling Quads* ad aprire il loro primo *Center for independent living*: innanzitutto, sull'idea che le persone con disabilità debbano poter decidere per se stesse, auto-aiutarsi e mobilitarsi in prima persona, perché sono esse – e non i medici o i professionisti della cura – a sapere che cosa significhi vivere in una condizione di disabilità e quali siano i mezzi necessari per essere inclusi nella comunità in cui si vive.

Da ciò discende che siano le persone con disabilità, anche in forma associata, a dover valutare quali siano i servizi di assistenza migliori per loro e non i soggetti, pubblici o privati, che li erogano[3].

Inoltre, perché questi assunti siano accettati, è indispensabile che la disabilità acquisisca una dimensione sociale: i diritti delle persone con disabilità vanno posti al centro di una mobilitazione collettiva, rivendicandoli e contribuendo ad affermare l'idea che la disabilità non sia una questione di prestazioni assistenziali, ma di giustizia negata[4].

Non è possibile ripercorrere, in questa sede, la storia dell'*Independent living movement* negli Stati Uniti e in Europa (in particolare, la sua traiettoria nel Regno Unito, a partire dagli anni Settanta) e l'impatto che esso ha avuto sullo sviluppo della legislazione relativa alla condizione delle persone con disabilità, ma si tenga presente che le radici della locuzione "vita indipendente" sono quelle appena richiamate: il legislatore italiano, nell'utilizzarla, accetta implicitamente il fatto che delle vite, dei diritti e dei doveri delle persone con disabilità non possa decidersi senza tener conto della loro posizione, dei loro desideri, della loro volontà.

London, 2013, pp. 324-329. Sulle vicende relative al *Center for Independent Living* di Berkeley si veda anche la pagina *web* www.thecil.org/history.

Sulla costa atlantica, un *Center for independent living* apre i battenti a Boston già nel 1972.

[3] Così E. FILLION, J.F. RAVAUD, *Le handicap au prisme du droit: le rôle moteur des mobilisations collectives contemporaines*, in *Revue Suisse de pédagogie spécialisée*, 3, 2014, pp. 6-12.

[4] V. ancora E. FILLION, J.F. RAVAUD, *Le handicap au prisme du droit…*, cit., p. 7; il punto è debitamente sottolineato anche da D. PFEIFFER, *Overview of the Disability Movement: History, Legislative Record, and Political Implications*, in *Policy Studies Journal*, Vol. 21, 4, 1993, pp. 724-734 (ma v. particolarmente p. 727).

2.1 La vita indipendente come diritto

L'idea di vita indipendente, però, ha trovato anche delle sue cristallizzazioni giuridiche.

In proposito, vale la pena sottolineare che fra i principi ispiratori dell'azione legislativa perseguiti dal disegno di legge delega qui analizzato, figurano, oltre a quelli costituzionali[5], anche quelli discendenti dal diritto dell'Unione europea, dalle raccomandazioni del Consiglio d'Europa e dalla Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità (d'ora in avanti, per richiamare la Convenzione, si ricorrerà spesso anche all'acronimo inglese CRPD).

Se si volge lo sguardo all'ultima delle fonti evocate, si deve rilevare che non solo, all'art. 3, si afferma che fra i principi della CRPD debba essere ricompreso "il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone", ma anche che essa contiene una disposizione – l'art. 19 – rubricata proprio "Vita indipendente ed inclusione nella società".

Vi si legge che:

"Gli Stati Parti alla presente Convenzione riconoscono il diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone, e adottano misure efficaci ed adeguate al fine di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità di tale diritto e la loro piena integrazione e partecipazione nella società, anche assicurando che:

(a) le persone con disabilità abbiano la possibilità di scegliere, su base di uguaglianza con gli altri, il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere e non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione;

(b) le persone con disabilità abbiano accesso ad una serie di servizi a domicilio o residenziali e ad altri servizi sociali di sostegno, compresa l'assistenza personale necessaria per consentire loro di vivere nella società e di inserirvisi e impedire che siano isolate o vittime di segregazione;

(c) i servizi e le strutture sociali destinate a tutta la popolazione siano messe a disposizione, su base di uguaglianza con gli altri, delle persone con disabilità e siano adattate ai loro bisogni."

La declinazione del concetto di vita indipendente quale diritto, nei termini di cui all'art. 19 della CRPD, ha un significato particolare.

In primo luogo, la formulazione adottata costituisce un modo nuovo di concepire, in termini generali, il ruolo delle persone con disabilità nella società: essa rappresenta la "principale espressione del nuovo approccio che a livello internazionale caratterizza l'azione a tutela dei diritti delle persone disabili, vale a

[5] Per la cui analisi si rinvia al contributo di E. ROSSI.

dire una strategia non più basata sull'assistenzialismo e sull'idea che i disabili siano un "peso" e un "costo" per la società"[6].

In secondo luogo, se pure si accetta l'idea che la CRPD non delinei dei "nuovi diritti', ma declini, con specifico riferimento alle persone con disabilità, diritti già esistenti e pacificamente garantiti in capo agli altri consociati, quanto tracciato nella disposizione appena sopra riportata ha comunque dei tratti di forte innovatività.

Di per sé, riaffermare il fatto che persone con disabilità hanno il diritto "a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone", essendo pienamente integrate e partecipi, può apparire il naturale portato di quanto previsto in altre disposizioni della Convenzione (si pensi, ad esempio, a quanto affermato dall'art. 5, dedicato all'uguaglianza e alla lotta alle discriminazioni, o all'art. 9, dedicato all'accessibilità), così come possono apparire delle esemplificazioni le previsioni di cui alle lettere a), b) e c).

Il senso dell'art. 19, però, può essere pienamente apprezzato solo se lo si guarda da una prospettiva concreta e se lo si contestualizza (anche) da un punto di vista storico: nel vissuto quotidiano delle persone con disabilità la marginalizzazione, l'esclusione e la limitazione nel godimento dei diritti sono state e sono ancora esperienze di drammatica quotidianità e che hanno segnato profondamente, per secoli la vita di milioni di persone[7]. Quanto previsto dalla lett. a) – il poter scegliere dove e con chi vivere – è scontato per chi non è disabile ed è implicitamente garantito, in termini costituzionali, da quanto previsto dagli artt. 13 e 14 della Costituzione (il primo afferma che "I. La libertà personale è inviolabile. II. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge […]", mentre il secondo statuisce che "il domicilio è inviolabile […]"), ma per le persone con disabilità, storicamente, è stato considerato normale essere costrette a vivere in sistemazioni particolari e venire spogliate della libertà. Si pensi, a tal riguardo, agli

[6] In questi termini, V. ZAMBRANO, *Art. 19*, in R. CERA, V. DELLA FINA, S. MARCHISIO (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, Aracne, Roma, 2010, pp. 239-252 (il passo qui citato è a pp. 239-240); si vedano altresì G. PALMISANO, *Article 19*, in V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (a cura di), *The United Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer, Cham, 2017, pp. 354-355 e J. FIALA-BUTORA, A. RIMMERMAN, A. GUR, *Article 19. Living Independently and Being Included in the Community*, in I. BANTEKAS, M.A. STEIN, D. ANASTASIOU (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 530-558.

[7] Cfr. J.F. RAVAUD, H.J. STIKER, *Inclusion/Exclusion: An Analysis of Historical and Cultural Meaning,* in G.L. ALBRECHT, K.D. SEELMAN, M. Bury (a cura di), *Handbook of Disability Studies*, Sage, London, 2001, pp. 490-512.

ospizi medievali e alle strutture sei-settecentesche per gli invalidi di guerra (per tutte, l'Hôtel national des Invalides parigino) o, per le persone con problemi di salute mentale, ai luoghi che hanno fatto da palcoscenico per il "grande confinamento" cui ha dedicato pagine assai note il filosofo francese Michel Foucault[8].

Il destino degli "anormali" o dei marginali era quello della separazione dal resto del corpo sociale, in luoghi anche fisicamente discosti e solitamente impenetrabili a sguardi esterni, in cui le esistenze erano regolate minuziosamente dall'istituzione che le conteneva e le plasmava. Non è qui possibile, ovviamente, richiamare in termini esaustivi il dibattito scaturito dalle riflessioni di Erving Goffman a proposito delle "istituzioni totali'[9], ma l'istituzionalizzazione e la lotta contro di essa (si pensi, per quanto riguarda l'Italia, all'approvazione della c.d. legge Basaglia e al lento tramonto delle istituzioni manicomiali)[10] e a favore dell'inclusione delle persone con disabilità nella società, sono il fulcro di quanto previsto dall'art. 19 CRPD: quanto in esso previsto, quindi, può essere visto anche come la logica reazione a perduranti dinamiche di esclusione e di violazione dei diritti[11].

A ben vedere, anche quanto previsto dalle lett. b) e c) è immediatamente funzionale al perseguimento di tali obiettivi. Il diritto a scegliere liberamente dove e con chi vivere, per una persona con disabilità grave, diventa privo di sostanza e di effettività se non si prevedono, a suo corredo, delle misure e dei servizi che sostengano la scelta, liberamente compiuta, della persona con disabilità. Se alcuni servizi, essenziali per mantenere una buona condizione di salute e per garantire la dignità della persona con disabilità, non sono disponibili o lo sono in misura esigua o in maniera diseguale (ad esempio, con delle disparità fra le aree urbane e quelle extraurbane) è ovvio che la conseguenza sarà un'inevitabile, più o meno rapida, transizione verso la scelta di soluzioni di carattere residenziale o semiresidenziale, più o meno istituzionalizzanti, con un sostanziale svuotamento del senso del primo comma dell'art. 19.

---

[8] Cfr. M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Rizzoli, Milano, 1963, *passim*.

[9] Cfr. E. GOFFMAN, Asylums. *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 2010.

[10] Per un inquadramento della legge Basaglia da un punto di vista costituzionalistico, si rimanda a D. PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2010.

[11] "The right to independent living and being included in the community is an answer to human rights violations against disabled persons through institutionalization and other methods of exclusion, such as hiding in the home or colonizing at distant places": così T. DEGENER, *A New Human Rights Model of Disability*, in V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (a cura di), *The United Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit, pp. 41-59 (il passo qui citato è a p. 46).

L'art. 19, quindi, ha una forte carica innovativa perché definisce il diritto alla vita indipendente dando un senso inedito e una direzione unitaria a un fascio di diritti già esistenti. Il diritto alla vita indipendente, inteso quale massimizzazione dell'autodeterminazione delle persone con disabilità (cioè come diritto "*a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone*"), viene quindi a costituire, come è stato rilevato, un presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti[12] e si presenta come intrinsecamente intrecciato coi principi fondamentali del nostro ordinamento, a partire da quello personalista e da quello d'eguaglianza, come delineati a partire dagli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Come emerge anche dalla lettura del *General comment* del Comitato ONU a esso dedicato[13], l'art. 19 – che si riferisce a tutte le persone con disabilità, senza alcun distinguo relativo alla natura della disabilità stessa – ha un contenuto duplice: al "nucleo essenziale" del diritto alla vita indipendente, consistente, come già detto, nel diritto a poter scegliere dove e con chi vivere, si affianca il diritto a essere inclusi nella società. Da un lato, quindi, come già detto, esso ha un fondamento intimamente correlato all'autodeterminazione della persona con disabilità e quindi, in ultima analisi, alla sua dignità[14]; dall'altro, in senso ampio, tenendo in debita considerazione la relazionalità dell'essere umano[15], intende garantire la proiezione di tale autodeterminazione e di tale dignità in una dimensione sociale e collettiva, tutelando l'inclusione all'interno delle comunità di riferimento.

Si tenga presente che la lettura del diritto alla vita indipendente data in questa sede, fondata sull'art. 19 della Convenzione ONU, va raccordata con quanto

[12] Lo sottolinea G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 266 ss.

[13] Cfr. *General Comment No. 5*, *Article 19: Right to independent living*, UN Doc. CRPD/C/GC/5, 2017. Del documento in questione è altresì disponibile una traduzione italiana non ufficiale reperibile al sito www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx. Per un esame del *General comment*, con particolare riferimento ai profili relativi ai diritti delle persone con problemi di salute mentale, si rimanda a P. GOODING, *The Right to Independent Living and Being Included in the Community: Lessons from the United Nations*, in *International Journal of Mental Health and Capacity Law*, 24, 2018, pp. 32-54.

[14] Su questi profili, cfr., *ex multis*, S. RODOTÀ, *La dignità della persona*, lezione tenuta presso la Scuola di cultura costituzionale dell'Università di Padova, 13 gennaio 2011. La trascrizione della lezione in questione è disponibile *online* all'indirizzo www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2011/La%20dignita%20della%20persona%20-%20Rodota.pdf.

[15] Relazionalità – va da sé - strettamente riconnessa all'essenza dei diritti sociali: su tali profili, cfr. E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, 1, 2014, pp. 71-102.

previsto dell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si prevede che "L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità" e con l'art. 15 della Carta sociale europea, nella sua versione riveduta nel 1996, rubricato "Diritto delle persone portatrici di handicap all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità".

Della consonanza dell'impostazione qui adottata coi principi supremi dell'ordinamento costituzionale si è già detto poco sopra; da ultimo, si può sottolineare come all'interno del perimetro del diritto alla vita indipendente come tratteggiato dalla CRPD rientrano tanto aspetti che ne consentono la riconducibilità, per certi aspetti, alla sfera dei diritti di libertà[16], mentre altri aspetti sono ascrivibili al novero dei diritti a prestazioni positive da parte dello Stato o di enti pubblici[17], mentre per un altro verso ancora esso pare potersi ricollegare ai diritti al pari trattamento, da contestualizzare, volta per volta, dinanzi a circostanze concrete[18].

Una volta formulate alcune coordinate di carattere generale, restano da formulare, per rapidi cenni, alcune osservazioni relative al diritto alla vita indipendente come definito nelle fonti primarie del nostro ordinamento. Come è stato debitamente rilevato[19], la legge 104/1992, nella sua versione originale, non menzionava il diritto alla vita indipendente; ma con l'approvazione della legge 162/1998 sono stati introdotti, all'art. 39 della legge quadro sull'handicap, due passaggi ulteriori. Al II comma lett. l *bis*, si prevede che le regioni possano

[16] Ovvero, alla sfera di quei diritti il cui contenuto "consiste perciò non nella pretesa individuale a che lo Stato si astenga dall'intervenire nella sfera individuale privata, ma nell'esercizio di tutte quelle facoltà materiali (muoversi, sostare, parlare, scrivere, pregare, dipingere, riunirsi, ecc.) o giuridiche (comprare, vendere, contrarre matrimonio, ecc.) che costituiscono la ragion d'essere del riconoscimento costituzionale dei vari diritti di libertà. Diversamente dagli altri diritti della persona […] i diritti di libertà costituiscono perciò delle situazioni giuridiche soggettive «attive». L'astensione dello Stato e dei terzi non costituisce […] il contenuto dei diritti di libertà, altrimenti i diritti di libertà verrebbero a confondersi con i diritti a comportamenti omissivi": in questi termini A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., CEDAM, Padova, 2003, p. 116.

[17] Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 141-152.

[18] Giacché "non ha infatti alcun senso giuridico postulare una pretesa del cittadino a una generica parità di trattamento da parte del legislatore. È invece esatto sostenere che occorre una qualche situazione concreta (o *concretizzabile*) perché il principio di eguaglianza possa essere reso operante": in questi termini A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 157.

[19] V. nuovamente G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente*, cit., p. 271.

programmare interventi di sostegno alla persona e familiare come prestazioni integrative degli interventi realizzati dagli enti locali a favore delle persone con handicap di particolare gravità, di cui all'articolo 3, comma 3, mediante forme di assistenza domiciliare e di aiuto personale, anche della durata di 24 ore, provvedendo alla realizzazione dei servizi di cui all'articolo 9, all'istituzione di servizi di accoglienza per periodi brevi e di emergenza, tenuto conto di quanto disposto dagli articoli 8, comma 1, lettera i), e 10, comma 1, e al rimborso parziale delle spese documentate di assistenza nell'ambito di programmi previamente concordati; l- ter) a disciplinare, allo scopo di garantire il diritto ad una vita indipendente alle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale nello svolgimento di una o più funzioni essenziali della vita, non superabili mediante ausili tecnici, le modalità di realizzazione di programmi di aiuto alla persona, gestiti in forma indiretta, anche mediante piani personalizzati per i soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia

e, appena di seguito, alla lett. l *ter*)

a disciplinare, allo scopo di garantire il diritto ad una vita indipendente alle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale nello svolgimento di una o più funzioni essenziali della vita, non superabili mediante ausili tecnici, le modalità di realizzazione di programmi di aiuto alla persona, gestiti in forma indiretta, anche mediante piani personalizzati per i soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia.

Due anni dopo la legge n. 162/1998, con la legge n. 328/2000, si è previsto, all'art. 14, che lo strumento cardine per la realizzazione della "piena integrazione" delle persone con disabilità sia il progetto individuale. Come è stato sottolineato[20], gli strumenti di cui alla legge 162/1998 e alla l. 328/2000 sono profondamente differenti, ma paiono accomunati da un comune obiettivo, consistente nel voler "consentire alle persone con disabilità di poter autonomamente decidere gli aspetti essenziali della propria vita".

Le disposizioni appena richiamate, peraltro, evocano chiaramente il necessario intervento delle regioni e degli enti locali; in questa sede non è ovviamente possibile dare conto della normativa regionale relativa al diritto alla vita indipendente e all'inclusione sociale. Sia sufficiente, in questa sede, sottolineare come l'autonomia e l'indipendenza delle persone con disabilità siano prese in considerazione in numerose leggi regionali e in numerosissimi atti secondari. Si pensi, ad esempio, fra gli ultimi provvedimenti adottati e senza alcuna pretesa di esaustività, alla legge regionale Marche 21/2018 (intitolata "Interventi regionali per favorire la vita

[20] V.G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente*, cit., pp. 271-272.

indipendente delle persone con disabilità"), oppure a quanto previsto dalla legge regionale toscana 60/2017 (in particolare, dagli artt. 9 e 10) o dalla legge regionale Piemonte 3/2019 (in particolare, si veda l'art. 6). Ma si tratta di aspetti che meriterebbero un approfondimento a sé, sia per le numerose criticità in ordine all'effettività nella tutela del diritto alla vita indipendente a livello substatale, sia per via della continua evoluzione del quadro normativo.

3. Armonizzazione, riordino e semplificazione

Il primo dei principi che dovrebbe guidare l'azione del legislatore delegato è davvero amplissimo e riguarda una criticità spesso rilevata in termini assai generali, non solo a proposito della condizione giuridica delle persone con disabilità: l'oscurità della legge, lo stratificarsi di testi normativi spesso molto complessi e difficilmente conciliabili fra loro e i pregiudizi che ciò arreca alla garanzia dei diritti sono aspetti da tempo conosciuti e studiati[21]. Allo stesso modo, non sono mancate analisi puntuali e precise relative all'evoluzione, nel nostro ordinamento, degli strumenti e degli atti funzionali, appunto, all'attività di semplificazione e riordino della normativa.

Per quel con che concerne le politiche e i diritti delle persone con disabilità, però, sono possibili alcuni rilievi puntuali, a partire dalla considerazione che il primo passo per una riforma complessiva delle politiche della disabilità, nella prospettiva di una più ampia ed effettiva tutela dei diritti, potrebbe essere rappresentato dalla radicale "ripulitura" delle relative fonti del diritto.

In questo senso, in letteratura si è sottolineata l'imprescindibilità del problema definitorio: il quadro normativo italiano, difatti, non offre all'interprete una concezione unitaria e univoca della disabilità, facendo ricorso a lemmi e nozioni differenti (ad esempio, si parla volta per volta di invalidità civile, di inabilità, di handicap, non autosufficienza)[22].

Non è qui possibile riassumere in maniera compiuta il dibattito - molto ampio e vivace - sulla definizione del concetto di disabilità[23]. Va però rimarcato che, in

[21] Si vedano, al riguardo, l'analisi di B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011, ove, riprendendo quanto osservato da Arturo Carlo Jemolo, si osserva che "i cittadini sono sempre esposti all'abuso dei poteri delle pubbliche amministrazioni e dei loro funzionari, e questo rischio è inversamente proporzionale al grado di ordine e chiarezza delle leggi" (così a p. 211).

[22] Lo sottolinea A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffré, Milano, 2018, pp. 65 ss.

[23] Cfr. al riguardo L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 335-364.

vista di un'azione normativa in tal senso da parte del legislatore delegato, dovrebbero essere tenute presenti le discussioni sull'opportunità o meno di inserire una definizione di disabilità all'interno della Convenzione ONU[24]. Andrebbero poi tenute presenti anche le difficoltà sorte all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, ove è presente una disciplina antidiscriminatoria relativa all'ambito lavorativo, in cui si fa riferimento, in maniera generica, alla nozione di "handicap', indefinita e non circostanziata, con la conseguente necessità, per la Corte di giustizia, di andare a ricostruire, volta per volta, nei giudizi *ex* art. 267 TFUE, un concetto di disabilità rispetto al quale andare a valutare la compatibilità delle discipline nazionali con il diritto dell'Unione[25].

Inoltre, come sottolineato da più parti, è ancora presente e radicata, nel nostro contesto ordinamentale e nella nostra cultura giuridica, una concezione della disabilità derivante dal modello medico, incompatibile tanto con la Convenzione ONU, quanto, a ben vedere, con una lettura costituzionalmente orientata della condizione giuridica delle persone con disabilità. Una revisione globale del concetto di disabilità adottato all'interno del nostro sistema delle fonti sarebbe quindi l'occasione per consentire il superamento di tale impostazione.

La direzione verso cui dirigersi è chiara, come emerge anche dai rinvii alle fonti internazionali e sovranazionali presenti all'interno del d.d.l. delega: si dovrebbe andare verso una legislazione ispirata, nel suo complesso, al "modello biopsicosociale della disabilità", abbracciando l'idea che a far sorgere la disabilità non siano le menomazioni in sé, ma l'interazione fra queste e le barriere, di varia natura, presenti in una data società[26]. Adottare una nozione di disabilità unitaria,

[24] Ove si riconosce che "la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri" (Preambolo, lett. e) e s'afferma, all'art. 1, secondo alinea, che "Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri."

[25] Sul punto si vedano L. WADDINGTON, *Saying All the Right Things and Still Getting It Wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, 4, 2015, pp. 576-591, nonché, volendo, P. ADDIS, *La Corte di giustizia dell'Unione europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità?*, in *DPCEOnline*, Vol. 30, 2, 2017, pp. 319-323.

[26] Si veda, al riguardo, F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *Federalismi*, 1, 2020, pp. 137-192. In letteratura si è operata anche una lettura "parallela" dei modelli di disabilità enucleabili dalla giurisprudenza costituzionale e di quelli emergenti dalle pronunce del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità: v. D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo* Human Rights Model

per quanto plastica e dinamica, avrebbe l'effetto di consentire il definitivo accantonamento del modello medico-individuale a favore di quello biopsicosociale; e tale transizione è indispensabile perché possano trovare spazio le rivendicazioni e le istanze di giustizia che si accompagnano all'ideale della vita indipendente.

A tale passo dovrebbe fare seguito, inoltre, un riordino complessivo del sistema di sostegno economico alle persone con disabilità, attualmente fondato sull'indennità di accompagnamento. I limiti dell'attuale sistema di erogazione sono stati evidenziati da più parti e una sostanziale revisione degli strumenti già in essere pare essenziale per una concreta garanzia del diritto alla vita indipendente, dell'autonomia e dell'inclusione sociale delle persone con disabilità. In particolare, occorrerebbe tenere presente che le persone con disabilità gravi e gravissime necessitano non solo di risorse ben maggiori rispetto a quelle attualmente stanziate, ma anche meglio allocate e coordinate.

Nel quadro attuale, invece, a uno strumento non modulabile come l'indennità di accompagnamento[27] si affiancano sì altre misure, ma vengono assegnate e distribuite, spesso, disorganicamente e con sensibili differenze fra una regione e l'altra o addirittura a livello infraregionale; sotto questo profilo, pertanto, un riordino complessivo appare non solo opportuno, ma necessario. Al riguardo, si tenga presente il fatto che il secondo programma d'azione biennale per disabilità[28], all'interno della prima linea di intervento, colloca fra le azioni mirate anche la revisione e l'armonizzazione delle regole e della disciplina in materia di autorizzazione e accreditamento dei servizi sanitari e socio-sanitari "al fine di

---

of Disability*: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, pp. 523-552.

[27] Si tenga presente il fatto che l'indennità di accompagnamento (o assegno di accompagnamento) rappresenta, a oggi, la sola misura destinata in maniera specifica per dare sostegno a chi si trova in una situazione di disabilità grave. Essa è attribuita agli invalidi civili al 100% che, per menomazioni fisiche o psichiche, non siano in grado di provvedere a sé stesse. Il suo importo è fisso e non modulabile. Come è stato rilevato, "l'assegno di accompagnamento si è rilevato come una misura rigida, generica e inadeguata a fronteggiare bisogni assistenziali complessi e diversificati, nonché in virtù del fatto che occorre tenere conto dei diversi gradi di dipendenza e delle tipologie di intervento da adottare a seconda del caso concreto […]": ciò ne renderebbe necessario un radicale ripensamento. Così A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit., p. 82. L'A. in questione cita a sua volta, sul punto, A. CIARINI, *Il* long-term care *e la cura degli anziani in Europa. Tra espansione delle prestazioni, vincoli di bilancio e mercato del lavoro*, in E. RIVA (a cura di), *Ripensare le politiche per la non autosufficienza. Liberare e qualificare il potenziale del neo-mutualismo*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 104 ss.

[28] D.P.R. 12 ottobre 2017, pubblicato in G.U., Serie generale n. 289 del 12 dicembre 2017.

assicurare criteri uniformi sul territorio nazionale in linea con la Convenzione ONU […]."

Un altro aspetto su cui intervenire in via prioritaria è quello del riassetto dei meccanismi di accertamento della condizione di disabilità, ancora condizionati, appunto, dall'impostazione discendente dal modello medico-individuale della disabilità e potenzialmente stigmatizzanti: a tal proposito, nel secondo programma di azione biennale si sottolinea, in continuità con il precedente programma d'azione, varato nel 2013, l'opportunità di superare in maniera netta il sistema attuale, anziché puntare su interventi di mera manutenzione dell'esistente, a carattere puntuale e limitato.

Quanto esposto non esaurisce, com'è ovvio, le potenzialità dell'intervento del legislatore delegato in riferimento all'armonizzazione, al riordino e alla semplificazione[29]. Si tenga però ben presente che un impianto normativo razionale e organico e una disciplina meno complessa avrebbe, fra le sue ricadute, grandi potenzialità per una maggiore garanzia dei diritti e più ampi spazi di autonomia e indipendenza per le persone con disabilità.

4. Il riconoscimento del *caregiving* e il ruolo della famiglia: verso un diritto alla cura?

Sono assai rilevanti, con riguardo alla garanzia del diritto alla vita indipendente e all'inclusione sociale, anche gli aspetti connessi alla valorizzazione del ruolo di cura svolto dalla famiglia.

Tale importanza è accresciuta dal fatto che il nostro sistema di welfare, com'è noto, viene solitamente fatto rientrare, sulla base della classificazione messa a punto da Maurizio Ferrera[30], fra quelli di tipo mediterraneo, caratterizzati, fra l'altro, proprio dal ruolo preponderante della famiglia di appartenenza nell'assistenza alle persone con disabilità e – più in generale – ai soggetti vulnerabili.

La riflessione scientifica sul punto ha già messo in risalto che una rivisitazione complessiva della normativa relativa al ruolo delle famiglie nella cura è resa opportuna da tre fenomeni: "a) l'emersione di un modello di famiglia

[29] Si pensi, a mo' d'esempio, all'integrazione sociosanitaria e ai possibili benefici, su di essa ricadenti a seguito di un progressivo percorso di armonizzazione della disciplina relativa alla condizione delle persone con disabilità. Per una rassegna dei problemi e delle criticità relative all'integrazione sociosanitaria, cfr. E. ROSSI, *Il "sociosanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Rivista AIC*, 2, 2018.

[30] Cfr. M. FERRERA, *The "Southern" Model of Welfare in Social Europe*, in *Journal of Social Policy*, Vol. 6, 1996, pp. 17-37; sul significato costituzionale del welfare familiare si veda G. RAZZANO, *Welfare familiare e Costituzione fra esperienza e riforme*, in *Federalismi*, 7, 2016.

multigenerazionale (*multiple family generations*), caratterizzata da un numero relativamente alto di legami verticali (compresenza di più generazioni) e uno relativamente basso di legami orizzontali (numero relativamente basso di soggetti per ciascuna generazione). […] b) lo strutturarsi della cd. generazione *sandwich*, vale a dire di una generazione di uomini e donne (di età compresa tra i 30 e i 60 anni) impegnati simultaneamente sul duplice fronte delle responsabilità di cura verso i figli e i genitori anziani; c) il correlato fenomeno della deprivazione verticale che si verifica quando la generazione di mezzo non ha né figli o nipoti, né genitori o nonni viventi, ovvero ancora quando risulta frammentata dalle vicende della vita, quali divorzi e separazioni"[31].

A conferma di quanto appena illustrato, si può evidenziare la circostanza che, nel corso della XVIII legislatura, sono stati depositati in Parlamento diversi disegni di legge relativi al riconoscimento e alla promozione della figura del *caregiver* familiare e delle attività da essa poste in essere[32].

Inoltre, si può osservare che l'importanza del ruolo della famiglia per la tutela dei diritti delle persone con disabilità e il loro benessere emerge con grande chiarezza anche dalla giurisprudenza costituzionale. In diverse occasioni, infatti, la Consulta ha avuto modo di sottolineare come il diritto alla socializzazione delle persone con disabilità – che è, come abbiamo visto, una sorta di estroflessione del diritto alla vita indipendente - parta proprio dalla famiglia[33].

---

[31] In questi termini S. ROSSI, *Appunti su un diritto possibile. Lo statuto giuridico dei caregivers familiari*, in I. NICOTRA, F. GIUFFRÉ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania,7/8 giugno 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 527-535 (il passo qui riportato è a p. 528).

[32] Al Senato, S. 7 ("Norme in materia di caregiver familiare e delega al Governo per la piena integrazione della figura del caregiver familiare nell'ordinamento"), S. 555 ("Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare"), S. 853 ("Norme in materia di caregiver familiare"), S. 890 ("Disposizioni in materia di caregiver familiare"), S. 1461 ("Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare") e S. 1717 ("Disposizioni per l'introduzione di una indennità in favore dei caregiver familiari"). Presso la Camera dei deputati, C. 803 ("Riconoscimento della figura dello studente caregiver familiare"), C. 555 ("Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare"), C. 1228 ("Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività del caregiver familiare"), C. 1241 ("Disposizioni e deleghe al Governo per la disciplina della figura del caregiver familiare e per la promozione e il sostegno dell'attività di assistenza e di cura da esso svolta"), C. 2382 ("Disposizioni concernenti l'erogazione di un'indennità di cura e assistenza al caregiver familiare di cui all'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, nonché la rappresentanza dell'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili nel consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Istituto nazionale della previdenza sociale").

[33] V. in particolare le sentt. 233/2005, 158/2007, 19/2009, 203/2013, 232/2018.

Sotto questo particolare profilo, è particolarmente interessante la lettura delle sentenze del giudice delle leggi relative all'estensione dei permessi retribuiti e dei congedi parentali: come sottolineato dalla dottrina più avvertita, tale evoluzione giurisprudenziale pone in risalto "come, da tempo, la Corte abbia chiarito che la tutela dell'integrità psico-fisica del disabile richiede degli interventi anche a favore dell'ambiente familiare in cui questo vive e sviluppa la propria personalità. Pertanto, si rendono indispensabili dei benefici economici integrativi a sostegno dei nuclei familiari variamente intesi, ove il diritto alla socializzazione nasce e si alimenta continuamente."[34]. Da ciò discende che "la piena tutela dei soggetti disabili non si può ridurre alle prestazioni sanitarie o riabilitative, ma deve necessariamente tendere all'inserimento sociale e alla continuità delle relazioni costitutive della personalità umana."[35].

Di questa dimensione relazionale, strettamente correlata ai principi supremi della nostra Costituzione, quindi, è ben consapevole la Corte costituzionale: anche di recente, la Consulta, in una decisione riguardante la concessione della detenzione domiciliare speciale nei confronti della condannata madre di prole "affetta da handicap totalmente invalidante", ha avuto modo di ribadire che

la giurisprudenza costituzionale ravvisa nelle relazioni umane, specie di tipo familiare, fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili, e ciò in base al principio personalista garantito dalla nostra Costituzione, letto anche alla luce degli strumenti internazionali, tra i quali, in questo ambito, soprattutto la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità […]. *Questa Corte, infatti, in linea con una giurisprudenza ricca e costante, ha affermato che «una tutela piena dei soggetti deboli» richiede anche «la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana» (sentenza n. 203 del 2013), e ha altresì ulteriormente ribadito che il diritto del disabile di «ricevere assistenza nell'àmbito della sua comunità di vita» rappresenta «il fulcro delle tutele apprestate dal legislatore e finalizzate a rimuovere gli ostacoli suscettibili di impedire il pieno sviluppo della persona umana» (sentenza n. 232 del 2018). Può essere utile aggiungere che di recente lo stesso legislatore, in dichiarata attuazione dei citati principi costituzionali e internazionali, con la legge 22 giugno 2016, n. 112 […]*

[34] Cfr. C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, pp. 154-197 (il passo qui riportato è a p. 189). Come sottolineato in dottrina, la stessa idea di "famiglia", ovvero dei diritti *della* famiglia e *nella* famiglia è da leggere in chiave evolutiva, alla luce dei principi costituzionali: si rimanda, al riguardo, a V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Diritto e Società*, 4, 2005, pp. 519-560.

[35] V. ancora C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pp. 189-190.

cosiddetta legge del "Dopo di noi", ha ritenuto che proprio in relazione alle persone con grave disabilità il sostegno offerto dai genitori è essenziale […].[36]

A partire da tale traiettoria della giurisprudenza costituzionale si è argomentata la possibile configurazione, nel nostro ordinamento, di un diritto alla cura, quale nuovo diritto sociale distinto dal diritto all'assistenza[37].

Lasciando ad altra sede l'analisi dell'interessante ricostruzione da ultimo richiamata, vanno sottolineati, in conclusione, tre possibili profili critici, di cui il legislatore delegato dovrebbe tenere conto.

Il primo è quello relativo alla necessità di tenere presente il fattore di genere, ben presente nelle attività di assistenza e cura prestate all'interno dei nuclei familiari: si tratta, come noto, di un lavoro portato avanti, in maniera assai prevalente, dalle donne. Perché questo profilo – di indubbia rilevanza costituzionale[38] – non continui a costituire un fattore di diseguaglianza, con effetti deleteri dal punto di vista sociale ed economico, occorrerà prevedere adeguate misure di compensazione economica e di conciliazione fra i tempi di vita e i tempi di lavoro, per tutti i componenti del nucleo familiare. In secondo luogo, occorrerebbe evitare che l'imprescindibilità del ruolo della famiglia divenga, semplicemente, un pretesto per un ritrarsi dei soggetti pubblici e divenga un alibi per un (ulteriore) regresso del *welfare state*: come è stato osservato, infatti, la giurisprudenza costituzionale, in almeno un frangente, è parsa sposare una concezione del ruolo della famiglia delle persone con disabilità come funzionale a un "il trasferimento del dovere costituzionale di solidarietà dalla collettività alla famiglia" sostanzialmente in nome della salvaguardia dei conti pubblici[39]. Infine –

[36] Per un commento alla decisione in questione, cfr. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, pp. 632-649.

[37] Cfr. A. LO CALZO, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2018, pp. 211-234. Sulle relazioni di cura all'interno del contesto familiare cfr. da ultimo A. ANGELUCCI, F. FARINA, *Dipendenza e autonomia nelle relazioni di cura parentali. E il "dopo di noi"?*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2020, pp. 177-200.

[38] Cfr. R. RUBIO-MARIN, *The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, 1, 2015, pp. 787-818.

[39] La decisione a cui si fa riferimento è la sentenza 2/2016; il virgolettato è tratto da S. MABELLINI, *La "declinazione sussidiaria" del principio di solidarietà... ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2016, pp. 32-40. Sulla stessa decisione, in termini critici, v. anche R. BELLI, *Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il* de profundis *per i disabili*, in *Osservatorio sulle*

nella prospettiva della vita indipendente – occorre sempre tenere presente che, per quanto il ruolo del nucleo familiare sia prezioso e sia indiscussa la sua rilevanza primaria nella socialità delle persone con disabilità, ciò non dovrà mai far dimenticare che queste ultime sono e devono essere sempre considerate soggetti titolari di diritti, mai "semplici oggetti di cura', cui accostarsi paternalisticamente: come si è acutamente osservato nel commentare un rilevante intervento normativo riguardante la situazione delle persone con disabilità prive del sostegno familiare (l. 112/2016), il fatto che esso sia noto come "legge sul dopo di noi" testimonia che si tratta di una consapevolezza ancora da affinare[40]. E il legislatore delegato farà bene a tenerne conto.

5. La genitorialità delle persone con disabilità

Si è messa in risalto, appena sopra, la rilevanza della vita familiare per le persone con disabilità e l'importanza che la famiglia riveste quale "prima formazione sociale" in cui ciascun essere umano intesse relazioni e sviluppa la propria personalità.

È però importante che nel d.d.l. delega si affronti anche un altro aspetto, quello relativo al diritto per le persone con disabilità di costituire un proprio nucleo familiare. In proposito va ricordato che la Convenzione ONU contiene una norma, l'art. 23, dedicata proprio al "rispetto del domicilio e della famiglia". Essa afferma che "Gli Stati Parti adottano misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali", in particolare garantendo che "sia riconosciuto il diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età per contrarre matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti", che "sia riconosciuto il diritto delle persone con disabilità di decidere liberamente e responsabilmente riguardo al

fonti, 3, 2018, nonché – se si vuole – P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale*, in *Federalismi, Focus Human Rights*, 2, 2016.

[40] "La formula «Legge sul dopo di noi» che viene utilizzata comunemente […] appare paradigmatica del modo con cui ancora oggi si affronta il tema dei diritti delle persone con disabilità. Essa testimonia come si faccia una certa fatica a considerare le persone con disabilità – a maggior ragione se si tratti di persone con gravi disabilità intellettiva o relazionale – titolari di diritti. In questa prospettiva, non è quindi casuale che il «noi» di cui si parla non indichi le persone con disabilità, ma i loro familiari. Potrà questa sembrare una pignola e, per certi aspetti, pretestuosa osservazione linguistica. Essa in realtà è indicativa di un qual certo modo di riferirsi alle persone con disabilità, generalmente ritenute prive di una propria volontà da tutelare e garantire e comunque ignorate rispetto ai loro desideri di vita.". Così G. ARCONZO, *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2016, pp. 789-790.

numero dei figli e all'intervallo tra le nascite e di avere accesso in modo appropriato secondo l'età, alle informazioni in materia di procreazione e pianificazione familiare, e siano forniti i mezzi necessari ad esercitare tali diritti" e che "le persone con disabilità, inclusi i minori, conservino la loro fertilità su base di uguaglianza con gli altri". Al comma immediatamente successivo si dispone che "Gli Stati Parti devono garantire i diritti e le responsabilità delle persone con disabilità in materia di tutela, di curatela, di custodia e di adozione di minori o di simili istituti, ove tali istituti siano previsti dalla legislazione nazionale; in ogni caso l'interesse superiore del minore resta la considerazione preminente. Gli Stati Parti forniscono un aiuto appropriato alle persone con disabilità nell'esercizio delle loro responsabilità di genitori.".

Il passaggio del d.d.l. dedicato alla genitorialità delle persone con disabilità, quindi, si prospetta come attuativo di quanto disposto dall'art. 23 della CRPD e la disciplina varata dal legislatore delegato costituirebbe l'occasione per operare un importante cambio di paradigma culturale. Come sottolineato in dottrina[41], infatti, il riconoscere il diritto delle persone con disabilità come persone che possono essere dei genitori implica il riconoscerli come soggetti sessuati; ma si tratta, spesso, di una dimensione tanto importante quanto trascurata[42].

Per quanto riguarda i profili relativi all'adozione, va sottolineato che la disciplina in vigore (ovvero la legge 183/1984, recante "Diritto del minore ad una famiglia") non dispone alcunché circa la condizione di disabilità di chi intenda adottare, mentre menziona, in diversi punti, l'eventuale condizione di disabilità dell'adottando. Tuttavia, si può ipotizzare che, nella prassi, quanto previsto all'art. 6, II comma, della legge in parola ("I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare"), dati i pregiudizi e lo stigma che colpiscono le persone con disabilità, possa rappresentare una sorta di presunzione di inidoneità[43]. Come indicato dalla Convenzione Onu,

[41] Cfr. A.D. MARRA, *Società disabilità diritti. Come i* disability studies *hanno attecchito nella giurisprudenza* italiana, Key Editore, Vicalvi, 2018, pp. 199 ss.

[42] Per un primo inquadramento della sessualità delle persone con disabilità in una prospettiva costituzionale, C.M. REALE, *Disabilità e diritti fondamentali in ottica costituzionale: accessibilità e assistenza sessuale come possibili nuove frontiere*, intervento all'interno del seminario annuale con i dottorandi in materie giuspubblicistiche tenuto presso l'Università degli studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza, 21 settembre 2018. Il testo dell'intervento è ora disponibile all'indirizzo www.gruppodipisa.it/images/seminariDottorandi/2018/Reale.pdf.

[43] Per quanto riguarda le adozioni internazionali, non si fa specificamente riferimento alla condizione di disabilità degli adottanti né nella Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, adottata a L'Aja nel 1993, né nella legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione stessa (legge n. 476/1998); ovviamente, nel caso dell'adozione internazionale, sul giudizio circa l'idoneità genitoriale

però, si tratterebbe di una patente discriminazione. L'idoneità delle persone con disabilità all'affido e all'adozione deve essere valutata senza pregiudizi, su un piano di parità con gli altri aspiranti genitori, tenendo sempre ben presente – come sottolineato dalla stessa CRPD – la preminenza dell'interesse del minore (in inglese, il *best interest of the child*)[44]. La disciplina dettata dal legislatore delegato non potrebbe prescindere da quanto disposto dall'art. 23 della Convenzione Onu e si dovrebbe espressamente prevedere che l'inidoneità all'adozione di una coppia in cui uno (o entrambi!) gli aspiranti genitori siano persone con disabilità debba essere adeguatamente motivata, al fine di evitare valutazioni discriminatorie. Inoltre, va messo in luce che, se si accetta la disabilità come parte della diversità umana, l'inserimento di un minore in una famiglia con un componente disabile potrebbe essere visto come un fattore di arricchimento, senza che ciò equivalga a minimizzare le possibili difficoltà e le possibilità criticità, riconosciute dalla CRPD stessa nel momento in cui si prevede la possibilità di varare delle misure di sostegno[45].

6. Promozione della rimozione di ogni possibile forma di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità

Merita alcune considerazioni di carattere decisamente critico il punto relativo alla "promozione della rimozione di ogni discriminazione" (sic) nei confronti delle persone con disabilità.

In primo luogo, pare essere inutilmente contorta la formulazione del passaggio del d.d.l. in commento; più che a "promuovere la rimozione", il legislatore delegato dovrebbe mirare a eliminare le discriminazioni. È ben possibile, certamente, sostenere che il superamento delle discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità non è un risultato immediato, da ottenere con un tratto di penna del legislatore. Ma val la pena di sottolineare che troppo spesso, in passato, il legislatore si è affidato alla mera e superficiale promozione dei diritti delle persone con disabilità, piuttosto che profondere un impegno effettivo, concreto e duraturo per la *garanzia* dei diritti; e ciò – basti leggere quanto scritto dalla Corte costituzionale nella sentenza 215/1987 – non è corretto, da un punto di costituzionale. Sarebbe quindi opportuno correggere la rotta: le discriminazioni

delle persone con disabilità possono poi riflettersi attitudini culturali proprie del paese di provenienza del minore, alle cui autorità spetta la valutazione in parola.

[44] Sul concetto di *best interest of the child* in una prospettiva costituzionalistica, si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Roma, 2016. V. anche S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2018, pp. 1373 ss.

[45] Cfr. ancora A.D. MARRA, *Società disabilità diritti*, cit., pp. 209-210.

nei confronti delle persone con disabilità devono essere eradicate, mentre un approccio "promozionale" non pare assolutamente adeguato per affrontare una sfida del genere.

Nel passaggio analizzato in questo paragrafo, poi, non mancano ulteriori tratti censurabili.

Pare infatti illogico il riferimento alle discriminazioni che limitino "il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e di ogni libertà fondamentale" *nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici*.

È infatti sbagliato e pericoloso pensare che le discriminazioni intercorrano solo nei rapporti fra i soggetti pubblici e le persone con disabilità, mentre i rapporti interprivati ne siano scevri. Una simile – errata – posizione potrebbe avere un duplice fondamento; da un lato potrebbe ritenersi che nei rapporti fra cittadini, *inter pares*, non sia possibile porre in essere condotte discriminatorie. Dall'altro, si potrebbe credere che condotte tenute dai privati siano al di fuori del perimetro del diritto antidiscriminatorio.

Qualunque fosse l'assunto di partenza di chi è stato chiamato a redigere il passaggio dello schema di d.d.l. qui commentato, il risultato non cambia: si tratta di una prospettazione priva di fondamento.

Basti richiamare quanto stabilito dal legislatore con la legge 67/2006, ove si delinea un sistema di tutela contro le discriminazioni sulla base della disabilità attivabile sia nei confronti dei soggetti pubblici, sia nei confronti dei soggetti privati.

L'impostazione seguita nel disegno di legge delega pare invece dare una lettura "riduzionista" dell'approccio antidiscriminatorio; e ciò non pare conforme né alla prospettiva adottata dal diritto dell'Unione europea, né a quella fatta propria dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Inoltre, è impreciso il riferimento, nello schema del d.d.l., ai principi contenuti nella legge di ratifica della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. La legge 18/2009, all'art. 3, I comma, non detta dei propri principi, ma richiama quelli della Convenzione stessa e – di seguito – quelli della legge 104/1992. Sarebbe stato più opportuno, probabilmente, un richiamo diretto alle fonti appena citate, anziché un rimando mediato dalla l. 18/2009.

Fra i principi della CRPD – giova ricordarlo – figurano, all'art. 3, "(a) il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone; (b) *la non discriminazione*; (c) la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società; […]". Inoltre, all'art. 4 si legge che "Gli Stati Parti si impegnano a garantire e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo sulla base della disabilità" e che a tale scopo s'impegnano a "ad adottare tutte le misure, incluse quelle legislative, idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e

pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità" e a "ad adottare tutte le misure adeguate ad eliminare la discriminazione sulla base della disabilità da parte di qualsiasi persona, organizzazione o impresa privata". Poco oltre, all'art. 5, su legge che "Gli Stati Parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge" e che "Gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento".

Se si guarda alla l. 104/1992, le sue finalità[46] paiono conciliabili quanto appena sopra esposto e non giustificano in alcun modo un approccio *soft* come quello scelto nello schema di d.d.l delega.

I rimandi di cui sopra, quindi, paiono ampiamente sufficienti al fine di dimostrare la necessità di riformulare il passaggio qui commentato. Peraltro, come emerge dall'art. 3 della CRPD, l'eguaglianza e la non discriminazione sono strettamente interrelate tanto alla dignità delle persone con disabilità, quanto alla loro autonomia e alla vita indipendente.

Nel medesimo passo del d.d.l. delega in cui si fa riferimento al contrasto alle discriminazioni figura anche un rimando alla "semplificazione delle modalità di espressione della volontà ovvero di sottoscrizione di atti relativi a procedimenti e procedure ammnistrative da parte di persone con disabilità impossibilitate alla autonoma comunicazione verbale o scritta", con il ricorso a strumenti tecnologici innovativi e il coinvolgimento dei notai. Il punto è interessante e si tratta di interventi certamente opportuni. A tale proposito, si può sottolineare che, nel 2017, il Tribunale di Venezia (decreto 11 aprile 2017, n. 3150), con riferimento a un caso di specie riguardante una persona con sclerosi laterale amiotrofica, nel

[46] L'art. 1 della legge in questione dispone che "garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; c) persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predispone interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata.".

rigettare l'istanza di nomina di un interprete, abbia ammesso l'utilizzo di un puntatore oculare quale *medium* per la manifestazione della volontà[47].

Come sottolineato da più parti, il ricorso alle nuove tecnologie della comunicazione potrebbe rappresentare una notevole risorsa anche per le persone con disabilità, costituendo un importante puntello per la loro autonomia ed evitando rischiose ingerenze di altri soggetti in una sfera delicata come quella della manifestazione della propria volontà. È apprezzabile il fatto che si sia fatto riferimento alla necessità di evitare che l'adozione di particolari strumenti tecnologici si trasformi in un ulteriore aggravio economico per le persone con disabilità.

7. La realizzazione di reti interistituzionali e interterritoriali per l'autonomia delle persone con disabilità

L'ultimo degli ambiti citati dal d.d.l. delega con riferimento alla vita indipendente e all'inclusione sociale è quello della costruzione di reti interistituzionali per l'autonomia.

Si tratta di un aspetto di indubbio interesse e di grande rilevanza, dal momento che l'autonomia, la vita indipendente e l'inclusione delle persone con disabilità – come si è tentato di illustrare poco più sopra – sono il frutto di processi politici, giuridici, sociali e culturali di grande complessità, che richiedono un considerevole coordinamento fra diverse istituzioni e fra diversi livelli di governo.

Di per sé, l'immagine della rete descrive in maniera molto efficace un particolare modo di intendere la produzione del diritto, così come l'amministrazione della cosa pubblica e la sua *governance* [48].

Preliminarmente, va riaffermata con chiarezza la necessità di costruire ed attivare le reti interistituzionali tenendo ben presenti le necessità concrete delle persone che si intendono raggiungere e dei territori ove si intende operare; né può essere trascurato, all'interno di tale processo, il ruolo che deve essere sempre riconosciuto e garantito alle persone con disabilità e alle loro associazioni di rappresentanza, al fine di evitare che si ripropongano, anche in questo particolare ambito, delle logiche di tipo paternalistico. prevaricanti nella costruzione dei servizi tramite cui assicurare i diritti; si ricordi, al riguardo, come il movimento per vita indipendente si opponga radicalmente a un'impostazione di questo tipo.

Il legislatore delegato dovrebbe aver chiaro, nella disciplina delle reti interistituzionali per l'autonomia e l'indipendenza delle persone con disabilità,

[47] La decisione in questione è reperibile *online* all'indirizzo www.personaedanno.it/dA/64f3ed18bd/allegato/decreto%20Tribunale%20di%20Venezia.pdf.

[48] Cfr. a tal riguardo, *ex multis*, E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, ETS, Pisa, 2010.

quanto previsto dall'art. 118 della Costituzione, ove si dispone, al I comma, che "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei princìpi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza" e, al IV comma, che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Il dettato costituzionale, definendo il principio di sussidiarietà in una duplice accezione (verticale, al I comma, e orizzontale, al IV comma), pone le basi per la realizzazione di reti che mettano a sistema, in maniera razionale e organica, tanto le risorse e le esperienze del settore pubblico, quanto quelle del Terzo settore.

Sotto questo profilo, si può fare riferimento a riflessioni e a interventi di carattere "reticolare" già posti in essere, pur con alterni successi. Nel 2016, ad esempio, all'interno della legge di stabilità per quello stesso anno (Legge 28 dicembre 2015, n. 208) si prevedeva il varo di un "Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale" (art. 1, comma 386), con la costituzione di un fondo *ad hoc*. A tale scelta fece seguito la messa a punto di alcune "Linee guida per la costruzione di reti di collaborazione interistituzionale ed il coinvolgimento del Terzo settore', che si ponevano quale obiettivo il sostenere il percorso di costruzione di un sistema di presa in carico delle persone in condizioni di vulnerabilità "indirizzando e supportando le azioni di capacità amministrativa rivolte alla costruzione di reti di collaborazione interistituzionale fra Amministrazioni pubbliche, nonché fra di esse ed i soggetti del Terzo settore", presupponendo che "l'organizzazione a rete [potesse] essere funzionale tanto alla *governance* del complessivo sistema delle politiche sociali, con particolare attenzione alla presa in carico integrata dei target vulnerabili", quanto all'attuazione del sistema di sostegno all'inclusione attiva. Nelle Linee guida cui qui si fa cenno erano previsti anche dei principi generali (semplificazione, appropriatezza, continuità degli interventi, coesione istituzionale e professionale). Al di là delle valutazioni possibili sull'andamento delle politiche specifiche a cui erano riconducibili le Linee guida in questione[49], pare che i principi ad esse sottese siano utilizzabili, nel quadro definito dal d.d.l. che qui si commenta, anche per la costruzione di reti interistituzionali per la vita indipendente e l'autonomia delle persone con disabilità. Al riguardo, per inciso, si può rilevare altresì che il primo dei principi-cardine, relativo alla semplificazione, è in consonanza con quanto

[49] Si veda, al riguardo, il dossier curato dal Servizio studi della Camera dei deputati, intitolato "Misure di contrasto alla povertà", reso pubblico il 30 maggio 2020 e disponibile all'indirizzo www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104322.pdf?_1569870880952.

detto poco sopra a proposito della complessiva revisione e del riordino della normativa relativa alla condizione delle persone con disabilità.

Infine, per quanto concerne una corretta impostazione della disciplina delegata inerente alla definizione delle reti interistituzionali per la vita indipendente, va sottolineato come rivesta una notevole rilevanza anche la dimensione substatale; da questo punto di vista, a titolo di esempio, attingendo alla normativa regionale più recente, si può rimarcare come il legislatore piemontese, all'interno di un atto organicamente dedicato ai diritti delle persone con disabilità (la già richiamata l.r. 3/2019, "Promozione delle politiche a favore dei diritti delle persone con disabilità"), abbia affermato che le "linee d'azione per le politiche delle persone con disabilità" debbano essere sviluppate dalla Regione "in sinergia con le istituzioni pubbliche e gli enti privati presenti sul proprio territorio regionale, nonché con le associazioni a tutela delle persone con disabilità e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative" (art. 3, I comma); poco più avanti si legge che "La Regione promuove progetti di vita indipendente sulla base di piani personalizzati, affinché le persone con disabilità possono programmare e realizzare il proprio progetto di vita all'interno o all'esterno della famiglia e dell'abitazione di origine, nonché servizi per l'abitare basati su progetti personali che garantiscono il protagonismo della persona con disabilità, o di chi la rappresenta, anche attraverso il coinvolgimento dei servizi, delle reti formali e informali del territorio.".

La vita indipendente e l'autonomia, quindi, così come le relazioni che ad esse sono connaturate, possono (e devono, per molti versi) essere lette in una logica a rete, ma, come anticipato rievocando l'art. 118 Cost., l'aggettivo "interistituzionale" utilizzato nello schema di legge delega va interpretato in senso ampio, comprendendo sia più livelli di governo (ovvero, verticalmente), sia più organismi collocati sullo stesso piano (orizzontalmente). Ma – come ribadito anche dalla legislazione piemontese – ciò non può implicare l'esclusione, dai nodi che compongono la rete stessa, delle persone con disabilità e delle realtà associative già esistenti, formali o meno.

Non va poi trascurata la rilevanza dell'aggettivo "interterritoriale': le persone con disabilità spesso lamentano la non portabilità da un territorio all'altro di servizi e prestazioni, con una conseguente limitazione negli spostamenti e nella libertà di elezione di residenza e domicilio. Il carattere dell'interterritorialità delle reti potrebbe essere funzionale a dar risposta proprio a queste criticità.

8. Conclusioni

Quanto esposto ha messo in luce diverse potenzialità interessanti del d.d.l. delega qui esaminato, anche se, come è ovvio, sarà poi cruciale la ponderazione discrezionale dell'esecutivo nell'elaborazione e nella stesura dei decreti legislativi

con cui si darà sostanza alla delega approvata dalle camere. Questa considerazione è ancor più valida se si tiene presente che nelle righe dello schema di legge delega dedicate alla vita indipendente e all'inclusione sociale sono presenti, come abbiamo visto, delle previsioni piuttosto vaghe. Uno dei criteri - quello in cui si dice che il legislatore delegato dovrebbe agevolare la diffusione "di ogni strumento funzionale allo svolgimento di una vita autonoma della persona con disabilità, in relazione alla sua concreta e specifica condizione" – andrebbe probabilmente meglio circoscritto; sarebbe forse opportuno collegare la promozione degli strumenti funzionali all'autonomia a una sfera – quella delle tecnologie assistive – particolarmente promettente e trascurata, invece, nella redazione dello schema di legge delega[50].

Ma un aspetto sicuramente da rivedere è quello, già segnalato nelle primissime righe di questo scritto, relativo all'utilizzo della locuzione "vita indipendente e al contrasto dell'esclusione sociale della persona con disabilità".

Parlare di inclusione sociale e di "contrasto dell'esclusione sociale', difatti, non è la stessa cosa.

Se si fa riferimento al "contrasto all'esclusione sociale" – pare di poter osservare – si accetta, implicitamente, che la realtà dell'esclusione sia destinata a restare tale e che sia storicamente e naturalmente data, riducibile ma non eliminabile.

Se invece – come sarebbe preferibile – si fa riferimento all'inclusione sociale, il legislatore si porrebbe sì un obiettivo meno facile da raggiungere, ma maggiormente in linea con quanto postulato dall'impianto complessivo della nostra Costituzione: l'art. 3, II comma della Costituzione, ad esempio, non si assegna alla Repubblica il compito di *ridurre* "ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", ma di *rimuoverli*.

Come è stato osservato quanto previsto dall'art. 3 della carta repubblicana pone in luce

la preoccupazione e la volontà della Costituzione di assicurare qualcosa di concreto, di reale, che vada oltre l'astratto riconoscimento di un diritto, di una facoltà, di una aspirazione. Perché in non poche occasioni l'individuo si imbatte in barriere insormontabili, che gli precludono una autentica e piena realizzazione delle proprie inclinazioni e dei propri progetti esistenziali. La Costituzione, invero, non si accontenta dello svolgimento della personalità individuale, esigendo al contrario che esso sia "pieno". In altri termini, l'attenzione della Costituzione non si arresta alla

[50] Sulle tecnologie e i diritti delle persone con disabilità, v. almeno E. STRADELLA, A. DI CARLO, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» fra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 348-376.

sola configurazione di doveri o impegni finalizzati a garantire a ogni consociato di vivere all'interno della comunità contando sul riconoscimento della sua pari dignità rispetto agli altri consociati. La Costituzione pretende che le qualità, le attitudini, il lavoro, il rischio che ogni persona mostra e accetta nella sua vita comunitaria conducano davvero ai risultati programmati, perché solo in questo modo lo svolgimento della personalità (autorealizzazione) può dirsi pieno, dunque effettivo. E lo stesso vale per l'altro obiettivo illuminato dal secondo comma dell'art. 3: perché il singolo sia davvero protagonista della vita sociale non basta una sua mera, passiva, simbolica partecipazione, essendo necessario, secondo la Costituzione, un coinvolgimento vero, concreto, attuale.[51]

Se questo è vero e valido per tutte le persone, con o senza disabilità, un'eventuale legge delega per una riforma complessiva della condizione giuridica delle persone con disabilità non può fare a meno di avere delle ambizioni elevate: solo in questo modo, infatti, è possibile perseguire davvero quella prospettiva di autorealizzazione a cui ciascuno, sulla base della Costituzione, deve poter accedere.

[51] Così Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1-2, 2019, pp. 7-32; il passo qui riportato è a pp. 24-25.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Disabilità e diritto all'istruzione*

GIUSEPPE ARCONZO**

Sommario: 1. L'impianto generale del disegno di legge delega in punto di diritto all'istruzione. – 2. L'effettiva realizzazione del diritto allo studio delle persone con disabilità ospedalizzate: un criterio generico e mal declinato. – 3. L'obbligo di predisporre i mezzi per la fruizione del diritto allo studio: alla ricerca di garanzie effettive anche per studenti con d.s.a. e b.e.s.? – 4. Le confuse indicazioni sul diritto allo studio universitario. – 5. La regolamentazione delle figure professionali che garantiscono il diritto allo studio delle persone con disabilità: quali criteri? – 6. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
G. ARCONZO, *Disabilità e diritto all'istruzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: giuseppe.arconzo@unimi.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. L'impianto generale del disegno di legge delega in punto di diritto all'istruzione

La previsione dedicata al tema dell'istruzione e della formazione degli studenti con disabilità, nell'ampio disegno di delega al Governo predisposto con il d.d.l. in esame, è contenuta nell'art. 1, comma 3, lettera *n)*. I decreti legislativi dovrebbero far riferimento a quattro distinti principi e criteri direttivi, che la disposizione citata elenca, tutti volti a perseguire l'obiettivo di garantire la «piena ed effettiva attuazione del diritto all'istruzione e alla formazione».

In via generale, può anticiparsi sin da subito che siamo in presenza di una previsione estremamente generica, in buona parte assimilabile ad una vera e propria delega in bianco, priva di principi in grado di orientare il legislatore delegato.

Va poi segnalato che negli anni più recenti il tema del diritto allo studio delle persone con disabilità è stato oggetto di diversi interventi legislativi, che hanno apportato numerose modifiche al quadro originariamente tratteggiato dalla legge n. 118 del 1971 e, soprattutto, dalla legge n. 104 del 1992.

In particolare, le novità più significative sono state apportate dai tre decreti legislativi adottati – con l'obiettivo della «promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità» – a seguito della delega contenuta nella cosiddetta legge sulla "buona scuola"[1]: il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 59 («Riordino, adeguamento esemplificazione del sistema di formazione iniziale e di accesso nei ruoli di docente nella scuola secondaria»); il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, («Norme in materia di valutazione e certificazione delle competenze nel primo ciclo ed esami di Stato») e, soprattutto, il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66 («Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli alunni con disabilità»).

Il quadro normativo così delineato[2] – che in alcune importati parti doveva entrare a regime a far data dal 1° gennaio 2019 – è stato in seguito successivamente oggetto, in una prima occasione, di una previsione che ne ha disposto, almeno per

[1] Cfr. l'art. 181, comma 1, lettera *c*, della legge 13 luglio 2015, n. 107, recante «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti».

[2] In dottrina, cfr. a commento G. MATUCCI, *"Buona Scuola": l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, specialmente pp. 156 ss.; M. BRUSCHI, S. MILAZZO, *L'inclusività parcellizzata nella scuola italiana tra paradigma inclusivo e scelte normative*, in *Federalismi.it*, n. 2/2018.

alcune parti, il differimento dell'entrata in vigore[3]. Tale quadro, in seconda battuta, è stato poi sottoposto ad alcune importanti modifiche[4].

La normativa in materia di diritto allo studio per le persone con disabilità ha dunque di recente subito numerose innovazioni, alcune delle quali modificate ancora prima di entrare in vigore, che hanno creato e tuttora creano inevitabili problematiche agli operatori del settore, oltre che agli alunni con disabilità e alle loro famiglie.

Di tutto ciò occorre evidentemente tener conto in un contesto che voglia procedere non solo ad «armonizzare, riordinare e semplificare […] le disposizioni vigenti in materia di disabilità», ma anche ad innovarle (cfr. quanto dispone l'art. 1, comma 1 del d.d.l in esame): l'eventuale introduzione di nuove ed ulteriori modifiche all'assetto attualmente vigente dovrebbe essere vagliata con molta cautela, per non cambiare nuovamente un apparato normativo già sottoposto, nel recentissimo passato, a troppe innovazioni.

2. L'effettiva realizzazione del diritto allo studio delle persone con disabilità ospedalizzate: un criterio generico e mal declinato

Il primo principio contenuto nell'art. 1, comma 3, lett. *n*), del disegno di legge delega è estremamente generico: esso richiede che sia assicurata alle persone con disabilità «l'effettiva realizzazione del diritto allo studio». Si tratta di un obiettivo che, come noto per chi si occupa della materia, la giurisprudenza costituzionale ha già affermato con vigore oltre trent'anni fa. Già nella sentenza n. 215 del 1987, si leggeva infatti che «l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale [per il] pieno sviluppo della persona umana» sancito dall'art. 3, comma 2 della Costituzione.

La previsione del disegno di legge si concentra poi sulle «persone con disabilità ospedalizzate, in particolare se di minore età», per le quali si dispone l'adozione di misure «adeguate e proporzionate», che garantiscano «l'accesso alla formazione scolastica e alla cultura».

[3] Cfr. l'art. 1, comma 1138, lett. b), n. 2), della legge 30 dicembre 2018, n. 145

[4] Si veda il d.lgs. 7 agosto 2019, n. 96, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, recante: «Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107». Per la descrizione del quadro aggiornato, almeno sugli aspetti più significativi, sia consentito rinviare a G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 200 ss. Per una analitica ricostruzione relativa alla situazione precedente l'entrata in vigore dei decreti legislativi sulla buona scuola, cfr. almeno S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.

Si tratta, come si evince da quanto appena riportato, di una previsione massimamente indefinita e dalla quale non si può dedurre alcun criterio direttivo per il legislatore delegato.

A ciò si aggiunga, in senso fortemente critico, che appare del tutto inopportuno inquadrare, anche simbolicamente, il tema del diritto allo studio delle persone con disabilità facendo riferimento – oltretutto nella prima previsione a ciò dedicata – alle persone ospedalizzate, come se la condizione di disabilità fosse massimamente, se non addirittura necessariamente, caratterizzata dal bisogno di cure, tra l'altro ospedaliere.

La permanenza in ospedale non è certo dovuta alla condizione di disabilità, ma ad una malattia che richiede cure ospedaliere, generalmente temporanee. Disabilità e ospedalizzazione non sono dunque condizioni coincidenti. Pertanto, il problema delle scuole in ospedale è un tema di portata più ampia e generale, e non deve essere analizzato quale elemento caratterizzante il tema della disabilità. Non è un caso che le norme attualmente in vigore tengano ben distinte, ad esempio, la valutazione degli studenti con disabilità da quella degli studenti in ospedale (cfr. per i primi, gli artt. 11 e 20 del d.lgs. n. 62 del 2017; per i secondi l'art. 22 della medesima legge).

Ciò premesso, va segnalato che il tema del "diritto alla scuola in ospedale" per gli alunni con disabilità è oggi disciplinato dall'art. 12, commi 9 e 10, della legge n. 104 del 1992, che prevede che a quanti sono soggetti all'obbligo scolastico, temporaneamente impediti per motivi di salute a frequentare la scuola, sono comunque garantite l'educazione e l'istruzione scolastica.

È il provveditore agli studi, d'intesa con le unità sanitarie locali e i centri di recupero e di riabilitazione, pubblici e privati, convenzionati con i Ministeri della sanità e del lavoro e della previdenza sociale, a istituire, per i minori ricoverati, classi ordinarie quali sezioni staccate della scuola statale, alle quali possono essere ammessi anche altri minori ricoverati nei centri di degenza, che non siano in condizioni di disabilità e per i quali sia comunque accertata l'impossibilità della frequenza della scuola dell'obbligo per un periodo non inferiore a trenta giorni di lezione.

La frequenza di tali classi, attestata dall'autorità scolastica mediante una relazione sulle attività svolte dai docenti in servizio presso il centro di degenza, è equiparata ad ogni effetto alla frequenza delle classi alle quali i minori sono iscritti.

Si prevede inoltre che negli ospedali, nelle cliniche e nelle divisioni pediatriche possa essere impiegato personale in possesso di specifica formazione psico-pedagogica che abbia una esperienza acquisita presso i nosocomi o segua un periodo di tirocinio di un anno sotto la guida di personale esperto.

A tali previsioni viene data ordinaria attuazione dagli uffici scolastici regionali, sulla base di linee guida nazionali[5]: a quanto consta, non sono pubblicamente noti particolari aspetti critici e dunque non è chiaro, a maggior ragione in assenza di previsioni di indirizzo del delegante, su quali ambiti il legislatore delegato dovrebbe intervenire.

3. L'obbligo di predisporre i mezzi per la fruizione del diritto allo studio: alla ricerca di garanzie effettive anche per studenti con d.s.a. e b.e.s.?

La seconda previsione contenuta nella lettera *n)* in esame chiama il Governo a «predisporre i mezzi necessari per garantire alla persona con disabilità e a coloro che manifestano difficoltà nell'apprendimento continuità ed effettività nella fruizione dei servizi di partecipazione all'attività scolastica, anche implementando le misure di sostegno previste a favore degli studenti con disturbi dell'apprendimento».

In questa prospettiva, va ricordata la ormai consolidata giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 80 del 2010, n. 275 del 2016, n. 83 del 2019), secondo cui vanno sempre garantiti e assicurati i finanziamenti per l'effettiva erogazione di quei "servizi" (insegnanti di sostegno, trasporto da e verso la scuola, assistenza personale) che attengono al nucleo essenziale dei diritti delle persone con disabilità, tra cui rientra il diritto allo studio[6]. Da questo punto di vista, va dunque osservato che anche la seconda disposizione del disegno di legge delega – nell'affermare l'obbligo di predisporre mezzi che garantiscano la continua ed effettiva fruizione di quei servizi che assicurino la partecipazione all'attività scolastica – oltre a caratterizzarsi per una eccessiva genericità, si limita sostanzialmente a ribadire un principio già più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Va però al contempo segnalato come questa previsione potrebbe dar luogo ad una significativa novità dal punto di vista soggettivo: i destinatari dei servizi connessi al diritto allo studio non sono individuati soltanto negli studenti con disabilità, ma anche in «coloro che manifestano difficoltà nell'apprendimento», per i quali devono essere implementate le misure di sostegno previste per gli studenti con «disturbi dell'apprendimento».

Va ricordato che la legge 8 ottobre 2010, n. 170 (Nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico) non assimila il disturbo

[5] Cfr., per indicazioni più specifiche, le *Linee di indirizzo nazionali sulla scuola in ospedale e l'istruzione domiciliare*, contenute nel decreto del Ministro dell'istruzione del 6 giugno 2019, n. 461.

[6] Con sentenza del 10 settembre 2020 (*G.L. contro Italia*), anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto come discriminatoria la mancata predisposizione dell'assistenza scolastica a minori con disabilità.

specifico dell'apprendimento (di seguito d.s.a) all'handicap: le modalità di accertamento diagnostico dei d.s.a sono differenti da quelle che devono essere seguite per l'accertamento della condizione di handicap. Anche gli strumenti e le misure a favore degli studenti con d.s.a., pur tendenzialmente sovrapponibili, sono soltanto parzialmente assimilabili a quelli che la legge n. 104 del 1992 prevede per gli studenti con disabilità.

Come si è già messo in evidenza in altre sedi[7], questa distinzione – quanto meno rispetto alle ripercussioni che un d.s.a. può determinare su un giovane studente – non pare esente da critiche: in entrambi i casi la condizione biologica (d.s.a. o minorazione) può essere causa «di difficoltà di apprendimento […] tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (così l'art. 3 della legge n. 104 del 1992, nella previsione che identifica la persona con handicap).

La mancata e completa sovrapposizione delle due fattispecie può pertanto determinare conseguenze fortemente negative, soprattutto con riferimento agli studenti in possesso di una certificazione che attesti la presenza di un d.s.a. particolarmente grave: come si è detto, per costoro, come per tutti gli studenti che abbiano tali disturbi, è infatti preclusa la fruizione delle misure che non sono previste dalla legge n. 170 del 2010. Ne consegue, ad esempio, che per essi non sia mai previsto il diritto all'insegnante di sostegno, che invece è misura riservata agli studenti con handicap.

Ora, la previsione in esame sembra sul punto potersi aprire a diverse interpretazioni: tra queste sembra meritevole di attenzione quella che potrebbe vedere il legislatore delegato equiparare – almeno dal punto di vista della fruizione dei benefici – la posizione delle persone con d.s.a alle persone con handicap.

Non solo: come già si è detto, la lettera della disposizione individua tra i destinatari dei mezzi necessari a garantire la continuità e l'effettività dei servizi necessari alla fruizione del diritto allo studio, oltre agli studenti con disabilità, anche «coloro che manifestano difficoltà nell'apprendimento». Una simile formulazione – ragionando non di disturbi, ma, più genericamente di difficoltà – potrebbe intendersi come rivolta non soltanto a quanti abbiano per l'appunto un d.s.a., ma anche a quella eterogenea categoria ricompresa sotto l'acronimo di studenti con B.E.S. (bisogni educativi speciali). Categoria che include «vaste gamme di fragilità presenti all'interno della società attuale[8]», tra cui – per quanto

[7] Da ultimo, cfr., volendo, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità*, cit., 213 ss.

[8] Così G. MATUCCI, *"Buona Scuola": l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, p. 19. Per approfondimenti sugli studenti con bisogni educativi speciali, cfr. i lavori della stessa G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 89 ss., e EAD., *Il diritto a una didattica individualizzata*

qui interessa, vanno in particolare considerati gli studenti con quei "disturbi evolutivi specifici" quali i deficit del linguaggio, delle abilità non verbali, della coordinazione motoria o quelli dell'attenzione e dell'iperattività.

Come evidenzia la Direttiva Ministeriale 27 Dicembre 2012 (Strumenti d'intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica[9]), «queste differenti problematiche, ricomprese nei disturbi evolutivi specifici, non vengono o possono non venir certificate ai sensi della legge 104/92, non dando conseguentemente diritto alle provvidenze ed alle misure previste dalla stessa legge quadro, e tra queste, all'insegnante per il sostegno».

Ecco allora che la previsione in esame sembra potersi interpretare come volta a garantire più efficaci strumenti proprio a favore di quegli studenti con B.E.S. che, pur incontrando difficoltà di apprendimento dovute a condizioni neuro-biologiche, non possono essere certificati come studenti con handicap o studenti con d.s.a. In questa prospettiva, l'assunzione a livello di fonte normativa di quanto già la direttiva del dicembre 2012 si proponeva[10], potrebbe essere foriera di sviluppi positivi.

4. Le confuse indicazioni sul diritto allo studio universitario

Il terzo criterio direttivo previsto dall'art. 1, comma 3, lettera *n*), del disegno di legge in esame riguarda invece la formazione universitaria, in merito alla quale il legislatore delegato dovrà farsi carico di adottare «interventi volti a semplificare i procedimenti finalizzati al contrasto dell'esclusione dello studente con disabilità, individuando anche strumenti di coordinamento tra le amministrazioni competenti e tra queste e gli enti operanti nel terzo settore».

Tale previsione appare invero poco comprensibile. In particolare non è chiaro cosa possa significare la formula «esclusione dello studente con disabilità». Si fa riferimento al tema dell'abbandono degli studi universitari? Oppure a non meglio precisate forme di discriminazione nei confronti degli studenti universitari con disabilità che sarebbero esclusi dallo svolgimento di determinate attività?

La differenza non è, all'evidenza, di poco conto, riverberandosi sugli ipotizzati interventi di semplificazione dei procedimenti finalizzati proprio allo scopo citato.

---

e personalizzata, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 298 ss.

[9] Consultabile all'indirizzo www.miur.gov.it/documents/20182/0/Direttiva+Ministeriale+27+Dicembre+2012.pdf/e1ee3673-cf97-441c-b14d-7ae5f386c78c?version=1.1&t=1496144766837.

[10] Già la citata direttiva afferma che «[v]i è quindi la necessità di estendere a tutti gli alunni con bisogni educativi speciali le misure previste dalla Legge 170 per alunni e studenti con disturbi specifici di apprendimento».

Anche sulla natura e sul contenuto di tali interventi, d'altra parte, il disegno di legge delega non contiene alcuna indicazione o specificazione.

Anche in questo caso, la parte più significativa della previsione appare quella concernente i soggetti coinvolti dalla disposizione in esame: si fa infatti riferimento all'individuazione di strumenti di coordinamento tra «le amministrazioni competenti e tra queste e gli enti operanti nel terzo settore».

Da una parte, le amministrazioni competenti evocate dalla disposizione sembrano potersi individuare, oltre che nelle singole università e nel Ministero dell'Università e della Ricerca, anche nelle scuole di alta formazione artistica, musicale e coreutica (cosiddette Istituzioni AFAM). Ancora, può immaginarsi che il coordinamento in questione possa richiedere l'avvio di un dialogo proficuo tra le istituzioni scolastiche e quelle universitario. Non è chiaro quali altre possano essere le amministrazioni chiamate in causa dalla norma in esame.

Dall'altra parte, è ragionevole ipotizzare che gli «enti operanti nel terzo settore» di cui ragiona la norma siano le associazioni attive nel campo della promozione e della tutela dei diritti delle persone con disabilità. Pur considerando quanto evidenziato con riferimento alla disposizione precedentemente analizzata, non sembra che la norma – che cita in questo caso espressamente solo la disabilità – possa invece riferirsi anche alle associazioni che tutelano i diritti delle persone con disturbi specifici dell'apprendimento.

Quanto all'aspetto sostanziale, e all'ipotesi di introdurre strumenti di coordinamento tra tali amministrazioni e gli enti del terzo settore, va – ancora una volta – innanzitutto messa in evidenza l'assoluta genericità del disposto normativo: questi non meglio definiti strumenti di coordinamento dovrebbero servire a semplificare i procedimenti finalizzati al contrasto della non meglio chiarita «esclusione dello studente con disabilità».

Si può forse ipotizzare – ma, appunto, si tratta soltanto di una ipotesi – che il legislatore delegante si voglia qui riferire alle attività di orientamento all'ingresso del mondo universitario. Ma non si può escludere che l'intenzione del legislatore sia quella di introdurre «strumenti di coordinamento» relativi alle attività di insegnamento, di tutoraggio, o di svolgimento degli esami e accertamento delle conoscenze.

Se così fosse, saremmo in presenza di una novità – in qualche modo dirompente – rispetto all'ordinario assetto relativo alla formazione universitaria.

Così interpretata, saremmo di fronte ad una previsione che solleva molti dubbi, soprattutto pensando agli specifici ambiti di autonomia garantiti dall'art. 33, ultimo comma, Cost., agli Atenei: vero che, secondo la stessa previsione costituzionale citata, il legislatore può dettare limiti a tale autonomia. Ma, nel prevedere tali limiti, può spingersi sino a prevedere l'obbligo di introdurre «strumenti di coordinamento» tra Atenei ed enti operanti nel terzo settore?

La risposta appare invero negativa: soprattutto se, considerando l'assoluta mancanza di criteri e principi direttivi, gli strumenti di coordinamento di cui ragiona la previsione in esame potrebbero in realtà finire per tramutarsi in strumenti in grado di incidere sulla libertà dell'insegnamento universitario, che – come noto – costituisce la cifra maggiormente caratterizzante dell'autonomia universitaria[11].

Anche di recente, la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire che il principio della libertà dell'insegnamento, caratteristico dell'ordinamento universitario, «non tollera ingerenze di ordine politico o comunque ingerenze estranee alle premesse tecniche e scientifiche dell'insegnamento» (sentenza n. 241 del 2019). Le Università hanno infatti diritto a vedere la realizzazione di «quell'ordinata autonomia» sancita dall'art. 33, ultimo comma della Costituzione» (sentenza n. 143 del 1972).

Dunque, fermo restando che anche in questo caso la delega non pone alcun criterio rispetto all'identificazione di tali enti, non indicando neppure i criteri in base ai quali effettuare la scelta degli stessi, né indica i requisiti che essi dovrebbero possedere, l'introduzione di una previsione di questo genere desta qualche perplessità.

In ogni caso, essa non dovrebbe comunque consentire che gli strumenti di coordinamento in essa indicati finiscano per invadere scelte tipicamente riconducibili all'autonomia dell'insegnamento, che – per disposto costituzionale – deve considerarsi assolutamente intangibile.

Inoltre, va fermamente evitato il rischio che l'eventuale presenza di enti e associazioni all'interno delle università finisca per ostacolare non soltanto la libertà di insegnamento sancita dall'art. 33 Cost., ma che diventi, paradossalmente, anche un freno all'autonomia degli stessi studenti con disabilità. Per dirla con chiarezza, pare sia opportuno evitare che l'ingresso di enti ed associazioni negli Atenei si traduca nello svolgimento di attività di *advocacy* e rappresentanza delle esigenze e degli interessi degli studenti con disabilità – attività cui possono utilmente essere preposte figure istituzionali ormai presenti nella gran parte degli Atenei (si pensi in particolare alla figura del Garante degli studenti) – o di monitoraggio delle attività relative in generale alle politiche sulla disabilità, con riferimento alle quali l'ordinamento ha già da tempo (legge n. 17 del 1999) istituito la figura del Delegato

[11] Cfr., per tutti, F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria,* in *Diritto e società*, 1978, p. 757. Va qui ricordato come l'autonomia di insegnamento universitaria sia a sua volta strettamente collegata all'attività di ricerca scientifica: G. SILVESTRI, *L'autonomia universitaria tra vecchi e nuovi centralismi,* in *Quaderni Costituzionali,* 2, 2002, pp. 335 ss. che ricorda la necessità di considerare l'autonomia degli atenei «in modo estensivo, secondo il principio di massima espansione dei diritti e delle libertà fondamentali».

del Rettore, titolare di compiti di monitoraggio, coordinamento e supporto delle iniziative volte a tutelare l'integrazione degli studenti con disabilità[12].

5. La regolamentazione delle figure professionali che garantiscono il diritto allo studio delle persone con disabilità: quali criteri?

Da ultimo, il disegno di legge delega dispone che il Governo riconosca e disciplini le «figure professionali che, a vario titolo, intervengono e concorrono nei percorsi di abilitazione e riabilitazione finalizzati all'inclusione scolastica e universitaria, nonché alla partecipazione alla vita collettiva della persona con disabilità».

Tra le figure professionali indicate dalla previsione in questione potrebbe includersi una serie molto ampia di professionisti: l'insegnante specializzato, l'assistente per l'autonomia, l'interprete della lingua dei segni, l'assistente per la comunicazione, l'operatore socio-educativo, l'operatore socio-assistenziale, l'educatore professionale, l'autista dei mezzi che garantiscono il trasporto degli alunni con disabilità, il responsabile degli uffici che negli atenei garantiscono il diritto allo studio universitario, i funzionari e gli operatori che in tali uffici prestano servizio, il tutor universitario, ecc.

In presenza di una pluralità di tali figure, alcune delle quali già oggetto di specifico riconoscimento e disciplina, diventa estremamente complicato comprendere con precisione rispetto a quali figure professionali il legislatore delegante ritenga necessario una nuova regolamentazione.

Anche in questo caso, non può dunque non rilevarsi l'assoluta genericità della previsione in esame.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, può dunque concludersi che siamo di fronte ad un testo alquanto generico, se non approssimativo, dal quale appare impossibile desumere una strategia complessiva e univoca.

Non è dato rinvenire, nei quattro punti esaminati, alcuna concreta modalità con cui il legislatore delegato dovrebbe dar seguito alle esigenze di semplificazione e codificazione evocate dal titolo del disegno di legge. Considerando quanto detto nel paragrafo iniziale del presente commento, ciò potrebbe anche significare che non è intenzione del legislatore delegante mutare il quadro normativo di cui si è detto nel primo paragrafo che già di recente è stato sottoposto a numerose modifiche. Il che, paradossalmente, potrebbe non essere affatto un male.

D'altra parte, l'attenzione del disegno di legge delega sembra paradossalmente rivolta non tanto ai diritti degli studenti con disabilità, quanto a quelli di altri

[12] Sul punto va segnalata anche l'attività svolta dalla Conferenza Nazionale Universitaria dei Delegati per le Disabilità (CNUDD): cfr. sul sito www.crui.it/cnudd.html.

soggetti: gli alunni bisognosi di cure ospedaliere, gli studenti con difficoltà nell'apprendimento, gli enti operanti nel terzo settore, le figure professionali che contribuiscono al procedimento di inclusione scolastica e universitaria.

In definitiva, dunque, il giudizio sulle previsioni appena descritte – se si eccettua la giusta attenzione che sembra desumersi rispetto a quelle peculiari situazioni *border line* descritte nel paragrafo 3 – non può essere per nulla positivo.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'inserimento nel mondo del lavoro e la tutela dei livelli occupazionali della persona con disabilità*

DELIA FERRI**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto al lavoro nella Convenzione ONU. – 3. La policy dell'Unione e il contesto normativo rilevante in materia di tutela dei livelli occupazionali delle persone con disabilità. – 4. Il quadro normativo esistente. – 5. Il disegno di legge delega. – 6. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
D. FERRI, *L'inserimento nel mondo del lavoro e la tutela dei livelli occupazionali della persona con disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini. Non avendo carattere dottrinale, questo breve commento contiene solo riferimenti bibliografici essenziali.

** Professor of Law nella National University of Ireland di Maynooth. Indirizzo mail: delia.ferri@mu.ie.

1. Considerazioni introduttive

Il disegno di legge delega che ivi si commenta mira a "promuovere, tutelare e garantire il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte della persona con disabilità" e a rimuovere gli ostacoli alla realizzazione della piena partecipazione delle persone disabili alla vita economica, sociale e culturale. In linea con tali obiettivi generali, la delega prevede un intervento di riordino e aggiornamento in diversi settori normativi, tra i quali l'inserimento delle persone con disabilità nel mondo del lavoro e la tutela dei livelli occupazionali, che costituiscono l'oggetto precipuo di questo breve commento.

In via introduttiva vorrei sottolineare come la delega miri ad attuare gli articoli 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 della Costituzione, nonché gli articoli 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È previsto, inoltre, che la delega si concretizzi in un decreto legislativo che sia "in armonia" con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (di seguito "Convenzione ONU" o semplicemente "Convenzione"), ratificata ai sensi della Legge 3 marzo 2009, n. 18 (Legge 18/2009). È interessante notare che il legislatore ha posto la Convenzione su un piano diverso rispetto a quello della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Va però evidenziato come il riferimento alla Convenzione ONU sia stato (a mio parere impropriamente) affiancato alla menzione del "quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità". Queste ultime hanno evidentemente natura di *soft law*, mentre la Convenzione è un trattato, che ha quindi forza vincolante. Peraltro, trattandosi di accordo misto come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale, in particolare nella sentenza n. 236 del 2012, la Convenzione ONU "vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost"[1]. Senza entrare nel merito dello status della Convenzione ONU nella gerarchia delle fonti o della sua efficacia nell'ordinamento italiano, ritengo che l'articolo 1 comma 1 di tale disegno di legge beneficerebbe di una modifica testuale, volta chiarire che la delega e il conseguente decreto legislativo debbono conformarsi agli obblighi derivanti da detta Convenzione ONU. Laddove il presente testo non dovesse essere modificato, ritengo doveroso sottolineare come la dizione "in armonia" vada intesa quale necessità di conformità del decreto legislativo (e della stessa legge delega) con gli obblighi derivanti dalla Convenzione.

[1] Corte cost. 236/2012 par 4.3.

Con riguardo al quadro normativo del Consiglio d'Europa sarebbe opportuno inserire un riferimento, oltre che alle raccomandazioni non vincolanti, anche alla Carta Sociale Europea, che, come è noto, nella versione del 1996, include un articolo sul diritto delle persone con disabilità all'autonomia, all'integrazione sociale e alla partecipazione alla vita della comunità, toccando molti dei settori identificati nella legge delega, e, per ciò che qui interessa, in particolare quello dell'inserimento lavorativo.

Anche alla luce di queste considerazioni introduttive, mi pare d'uopo partire dalla succinta analisi degli obblighi imposti dalla Convenzione ONU con riferimento al diritto al lavoro e alla tutela occupazionale. Vorrei poi, seppure brevemente, richiamare quanto previsto dalla legislazione dell'Unione europea (UE) nelle aree identificate dal disegno di legge delega, dare conto della *policy* europea in materia di supporto all'occupazione delle persone con disabilità, che mi pare sia un necessario punto di riferimento per valutare con maggiore contezza il contenuto della delega di cui all'articolo 1 comma 3 lett. o). Fatte queste doverose premesse, mi soffermerò sul quadro normativo esistente in materia di inserimento lavorativo, mettendo in luce lacune e problematiche che dovranno essere affrontate in sede di decreto legislativo, per poi analizzare il contenuto della delega. Infine, presenterò alcune considerazioni conclusive sul testo del disegno di legge delega in relazione ai profili che qui interessano.

2. Il diritto al lavoro nella Convenzione ONU

È noto che l'articolo 3 della Convenzione prevede un elenco di principi generali che costituiscono il punto di partenza per l'interpretazione del testo convenzionale e integrano i parametri normativi per misurare la conformità alla Convenzione delle misure adottate dagli Stati Parti[2]. Detti principi includono, *iter alia*, l'autonomia e l'indipendenza, la non discriminazione, e la piena ed effettiva partecipazione delle persone con disabilità nella società, principi questi ultimi che paiono particolarmente rilevanti in relazione alla tutela del diritto al lavoro. La possibilità di inserimento lavorativo è, infatti, legata all'esercizio della propria autonomia e permette, attraverso l'ottenimento di risorse economiche, una vita indipendente. Inoltre, l'inserimento lavorativo su base di eguaglianza con gli altri consente alle persone con disabilità di partecipare pienamente alla vita sociale della comunità. Non a caso nel Commento Generale n. 5 sulla vita indipendente, il Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità (di seguito "Comitato ONU") ha stabilito che "l'esercizio del diritto al lavoro in posti accessibili" è una delle "condizioni essenziali per l'inclusione e la partecipazione delle persone con

[2] Sul punto sia concesso rinviare a A. BRODERICK, D. FERRI, *International and European Disability Law and Policy. Text, Cases and Materials* (Cambridge University Press).

disabilità nella collettività"[3]. In tale prospettiva, l'articolo 27 comma 1 della Convenzione stabilisce, nel suo *incipit*, che: "[g]li Stati Parti riconoscono il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri; segnatamente il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità"[4].

L'articolo 27 prevede anche che gli Stati Parti garantiscano e favoriscano l'esercizio del diritto al lavoro, "prendendo appropriate iniziative" che perseguano specifiche finalità tra cui, anzitutto, quella di vietare ogni forma di discriminazione nel contesto lavorativo (art. 27 c. 1 lett. a) e proteggere il diritto delle persone con disabilità a beneficiare, su base di eguaglianza con gli altri, di condizioni lavorative eque e favorevoli (art. 27 c. 1 lett b). Quest'ultimo paragrafo sottolinea altresì l'importanza delle "pari opportunità", alludendo anche a specifiche misure volte a supportare le donne con disabilità, i cui diritti sono esplicitamente menzionati all'articolo 6 della Convenzione, e a tutelare (indirettamente) i minori con disabilità (i cui diritti sono esplicitamente protetti all'articolo 7 della Convenzione). In proposito, il Commento Generale n. 5 esplicitamente afferma che "[g]li Stati [Parti] devono anche garantire che le norme finalizzate allo sviluppo, all'*empowerment* e alla carriera delle donne e ragazze con disabilità" e adottare "adeguati provvedimenti di conciliazione vita-lavoro (risorse, tempo, servizi) che sostengano le donne con disabilità nel (ri)entrare nel libero mercato del lavoro"[5].

L'articolo 27 prevede, inoltre, che gli Stati Parti adottino misure appropriate per "consentire alle persone con disabilità di avere effettivo accesso ai programmi di orientamento tecnico e professionale, ai servizi per l'impiego e alla formazione professionale e continua" (art. 27 c. 1 lett d)[6]. Quest'ultimo obbligo è completato

[3] Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 5 on Article 19: Right to Independent Living*, UN Doc. CRPD/C/GC/5, agosto 2017, par. 33 - traduzione italiana non ufficiale disponibile all'indirizzo www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx.

[4] Sull'articolo 27 si vedano *ex pluribus* S. FERRAINA, *Analysis of the Legal Meaning of Article 27 of the UN CRPD: Key Challenges for Adapted Work Settings*, GLADNET Collection 2012, disponibile all'indirizzo www.digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1559&context=gladnetcollect; M. VENTEGODT LIISBERG, 'Article 27', in V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Cham: Springer, 2017).

[5] *Ibidem,* par. 74.

[6] Quest'obbligo si collega a quanto previsto all'articolo 24 comma 5 della Convenzione (in materia di educazione), il quale prevede che "[g]li Stati Parti garantiscono che le persone con disabilità possano avere accesso all'istruzione secondaria superiore, alla formazione professionale, all'istruzione per adulti ed all'apprendimento continuo lungo

dalla previsione di cui alla lettera k) del medesimo articolo, che impone agli Stati Parti di "promuovere programmi di orientamento e riabilitazione professionale, di mantenimento del posto di lavoro e di reinserimento nel lavoro per le persone con disabilità". Oltre a supportare l'imprenditorialità delle persone disabili, e ad assumere persone con disabilità nel settore pubblico, la Convenzione ONU impone agli Stati di "favorire l'impiego di persone con disabilità nel settore privato attraverso politiche e misure adeguate che possono includere programmi di azione antidiscriminatoria, incentivi e altre misure" (art. 27 c. 1 lett h). Tale norma allude ad azioni positive, che sono previste quale strumento per garantire l'eguaglianza, all'articolo 5 della Convenzione. Non a caso il Commento Generale n. 6 menziona misure specifiche che prevedano "un trattamento preferenziale delle persone con disabilità" per affrontare l'esclusione storica, sistematica o sistemica che esse hanno subito, e propone come esempio quello di azioni volte a "contrastare il basso numero di donne con disabilità impiegate nel settore privato"[7]. Ai fini dell'analisi della delega è altresì importante notare come l'articolo 27 non solo imponga agli Stati Parti di adottare iniziative che favoriscano l'inserimento nel mondo del lavoro, ma richieda anche che essi promuovano "l'avanzamento di carriera per le persone con disabilità nel mercato del lavoro" (art. 27 c. 1 lett e).

Infine, giova ricordare che l'articolo 27 richiede agli Stati Parti di "garantire che alle persone con disabilità siano forniti accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro", obbligo quest'ultimo che è mera specificazione della più generale previsione di cui al combinato disposto degli articoli 2 e 5 della Convenzione[8], e che echeggia l'obbligo già previsto a livello europeo dalla Direttiva 2000/78, su cui mi soffermerò nel prosieguo di questo scritto[9]. In generale, il concetto di accomodamento ragionevole designa l'adozione di una specifica misura o *modus operandi* che rimuove le barriere ambientali e/o sociali che la persona con disabilità si trova ad incontrare. Una definizione di accomodamento è inclusa nella Convenzione all'articolo 2 della Convenzione, il quale prevede che accomodamenti ragionevoli siano quelle "modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che

tutto l'arco della vita senza discriminazioni e su base di uguaglianza con gli altri. A questo scopo, gli Stati Parti garantiscono che sia fornito alle persone con disabilità un accomodamento ragionevole".

[7] Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 6 on Equality and Non-Discrimination*, UN Doc. CRPD/C/GC/6, aprile 2018, par. 25.

[8] L'articolo 5 della Convenzione, in consonanza con quanto stabilito all'articolo 2, afferma che "[a]l fine di promuovere l'eguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti prenderanno tutti i provvedimenti appropriati, per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli".

[9] D. FERRI, A. LAWSON, *Reasonable Accommodation for Disabled People in Employment: A Legal Analysis of the Situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, (Publications Office of the European Union, 2016).

non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali". La Convenzione ONU non dà indicazioni specifiche rispetto a cosa nella pratica costituisca un accomodamento ragionevole, ma i Commenti generali n. 2[10] e n. 6[11] del Comitato ONU ne ribadiscono la natura individuale ed individualizzata. Dalla natura individualizzata dell'accomodamento, il Comitato ONU fa derivare l'applicabilità *ex nunc* del dovere di fornire accomodamenti ragionevoli, ovvero il fatto che tale dovere sorge solo nel momento in cui un individuo con disabilità ha necessità di una particolare soluzione in una data situazione (nel caso in esame, sul posto di lavoro o in occasione di un colloquio di assunzione), al fine di godere ed esercitare i suoi diritti. La natura individualizzata dell'accomodamento ragionevole implica anche che tale accomodamento deve essere appropriato, cioè efficace per la singola persona, ovvero effettivo nel rimuovere la situazione di svantaggio che quella persona si trova a vivere. Anche se il testo della Convenzione tace sul punto, il Comitato ONU ha stabilito che l'accomodamento ragionevole deve essere negoziato con il richiedente[12]. Va altresì ricordato che l'unico limite che il testo della Convenzione individua rispetto al dovere di predisporre un accomodamento ragionevole è che tale accomodamento non imponga un onere sproporzionato o eccessivo, senza tuttavia chiarire in base a quali parametri si possa misurare e valutare l'eccessività dell'onere. In *Jungelin v Sweden*, il Comitato ONU ha chiarito che gli Stati parti godono di un margine di discrezionalità nello stabilire in quali circostanze un accomodamento non sia dovuto in quanto da considerarsi un onere sproporzionato[13]. È d'uopo sottolineare che il diniego di accomodamento ragionevole configura una forma di discriminazione. Vista la preminenza dell'obbligo di accomodamento ragionevole all'interno della Convenzione ONU, e pur considerando che oggi esistono nell'ordinamento italiano norme sul punto (sulle quali mi soffermerò nel prosieguo), mi preme sottolineare fin da ora che l'assenza di una menzione dell'istituto dell'accomodamento ragionevole nel disegno di legge delega appare una grave lacuna che, a mio parere, dovrebbe essere colmata.

[10] Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 2 on Accessibility*, UN Doc. CRPD/C/GC/2, maggio 2014, spec. par. 26.

[11] Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 6 on Equality and Non-Discrimination*, UN Doc. CRPD/C/GC/6, aprile 2018, par. 24.

[12] *Ibidem*.

[13] Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *Jungelin v Sweden*, UN Doc. CRPD/C/12/D/5/2011.

3. La policy dell'Unione e il contesto normativo rilevante in materia di tutela dei livelli occupazionali delle persone con disabilità

Prima di passare all'esame della normativa italiana, su cui il decreto legislativo andrà ad incidere, mi pare importante dare conto del contesto europeo, in considerazione della circostanza che la piena occupazione è uno degli obiettivi dell'UE di cui all'articolo 3(3) TEU. Inoltre, in consonanza con la Strategia europea sull'occupazione[14], la Strategia "Europa 2020", ormai prossima alla conclusione, identifica quale obiettivo primo la creazione di "un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata *da alti livelli di occupazione*, produttività e coesione sociale"[15].

Non può, inoltre, non ricordarsi come il supporto all'occupazione delle persone con disabilità sia una delle aree di tradizionale intervento dell'Unione sin dalla fine degli anni '70[16], ed uno dei settori di azione identificati nell'ambito della "Strategia europea sulla disabilità 2010-2020"[17] (di seguito semplicemente "Strategia"), anche questa in fase finale e prossima ad essere sostituita da una nuova Strategia[18]. La Strategia riconosce che il tasso di occupazione delle persone disabili è basso, e che è necessario incrementare il numero delle persone con disabilità con un impiego remunerato sul mercato del lavoro aperto. La Commissione indica la propria volontà di sfruttare gli strumenti di cui dispone per supportare gli Stati nell'incrementare i livelli occupazionali delle persone disabili, garantendo anche sostegno alle iniziative imprenditoriali volte a promuovere la gestione della diversità sul luogo di lavoro, quali ad esempio le carte della diversità firmate dai datori di lavoro[19]. Gli strumenti che la Commissione individua in tale settore sono il Fondo sociale europeo (FSE), strumento che può supportare politiche attive del mercato del lavoro, rendere i luoghi di lavoro più accessibili, sviluppare servizi di inserimento professionale, strutture di sostegno e formazioni sul luogo di lavoro[20]. La Strategia menziona inoltre l'utilizzo del regolamento generale di esenzione per

[14] Si veda all'indirizzo www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00300.htm.

[15] COM(2010) 2020 definitivo (corsivo aggiunto).

[16] L. WADDINGTON, *From Rome to Nice in a Wheelchair. The Development of a European Disability Policy* (Europa Law Publishing, 2005).

[17] COM(2010) 636 definitivo.

[18] Sul punto si veda C. O'MAHONY e S. QUINLIVAN, *The EU Disability Strategy and the future of EU Disability Policy*, in D. FERRI, A. BRODERICK, *Research Handbook on EU Disability Law* (Edward Elgar, 2020 forthcoming).

[19] *Ibidem*, par. 4.

[20] Sul ruolo del FSE (e più in generale dei fondi strutturali) si veda in E. MCEVOY, *EU Structural and Investment Funds and Disability*, in D. FERRI, A. BRODERICK, *Research Handbook on EU Disability Law* (Edward Elgar, 2020 forthcoming).

categoria[21] che autorizza la concessione di aiuti di Stato senza notifica preliminare alla Commissione. Quest'ultimo regolamento, meglio conosciuto con l'acronimo inglese GBER, permette agli Stati membri di varare misure di aiuto all'occupazione di lavoratori con disabilità volte a coprire i costi salariali relativi a detti lavoratori ovvero misure volte a compensare i sovraccosti connessi all'occupazione di lavoratori con disabilità, inclusi i costi per l'adeguamento dei locali o all'acquisto di ausili tecnologici o *software* accessibili, quelli relativi al personale che assiste i lavoratori con disabilità e alla formazione professionale di tali assistenti, ma anche costi direttamente connessi al trasporto dei lavoratori con disabilità sul luogo di lavoro, costi salariali relativi alle di riabilitazione[22]. Nel caso di cosiddetto lavoro protetto, il GBER prevede che lo Stato possa coprire anche i costi connessi alla costruzione, all'installazione o all'ammodernamento delle unità di produzione dell'impresa interessata e qualsiasi costo amministrativo e di trasporto purché direttamente derivante dall'occupazione dei lavoratori con disabilità[23].

Anche se la normativa antidiscriminatoria è considerata, all'interno della Strategia, nell'area "uguaglianza", e non è esplicitamente menzionata all'interno della delega[24], mi sembra opportuno ricordare che la Direttiva 2000/78[25] rimane un punto importante di riferimento per l'inserimento dei lavoratori disabili, in quanto prevede un obbligo in capo al datore di lavoro di predisporre un accomodamento ragionevole (indicato nel testo italiano come "soluzione ragionevole"). La Direttiva 2000/78 mira a garantire che i lavoratori non subiscano

[21] Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, GUUE L 187 del 26.6.2014, pp. 1–78. Sul GBER e il suo rulo con riferimento ai diritti delle persone con disabilità si veda D. FERRI, *The New General Block Exemption Regulation and the Rights of Persons with Disabilities: Smoke without Fire?* (2015) *ESTAL - European State Aid Law Quarterly*, pp. 465-478.

[22] Articoli 33 e 34 GBER.

[23] Articolo 34 c. 2 lett. f) GBER.

[24] La delega fa riferimento alla necessità di rispettare il principio di non discriminazione nelle procedure per l'accertamento e la certificazione della condizione di disabilità (art. 1 c. 3, lett. g, p.to 1), e con riferimento alla vita indipendente richiede che il decreto legislativo promuova "la rimozione di ogni possibile forma di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità che limiti, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici…" (art. 1 c. 3, lett. l, p.to 5).

[25] Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GUUE L 303 del 2.12.2000 pp. 16–22. Si veda sulla dirrettiva e sulla sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia L. WADDINGTON ad A. LAWSON, *The Unfinished Story of EU Disability Non-Discrimination Law*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES (a cura di), *Research Handbook on EU Labour Law* (Edward Elgar, 2016), pp. 474-449.

discriminazioni in ragione *inter alia* della propria disabilità. La Direttiva proibisce sia la discriminazione diretta, sia la discriminazione indiretta (ovvero ogni disposizione, criterio o pratica apparentemente neutri, ma suscettibili di produrre un effetto sfavorevole o di particolare svantaggio per le persone con disabilità), e stabilisce che le molestie, che creano un clima ostile, sono da considerarsi una forma di discriminazione. L'ambito di applicazione della Direttiva si estende al contesto lavorativo latamente inteso (incluse le condizioni di accesso ad attività lavorative, i criteri di selezione e le condizioni di assunzione e promozione; la formazione professionale; le condizioni di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di remunerazione e di licenziamento; l'affiliazione e l'implicazione in un'organizzazione di datori di lavoro o in un sindacato o in qualsiasi altra organizzazione professionale), e ricomprende sia il settore pubblico che il settore privato. L'articolo 5 della Direttiva impone al datore di lavoro di adottare "provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato". La norma chiarisce anche che l'onere non può considerarsi sproporzionato se e nella misura in cui sia "compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro"[26]. Il considerando 20 del preambolo contiene un elenco esemplificativo di misure che possono configurarsi come accomodamenti ragionevoli e che includono sia adattamenti del luogo di lavoro sia modifiche delle strutture organizzative e dei ritmi di lavoro. In virtù del principio di interpretazione conforme (ovvero, se si interpreta la Direttiva in conformità alla Convenzione ONU), il diniego di accomodamento, ove non giustificato, configura una forma di discriminazione. Mi sembra utile ricordare, ai fini di questa breve analisi, che l'articolo 7 par. 2 della Direttiva, permette (ma non impone) agli Stati membri di adottare azioni positive per promuovere l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità e incrementare così il tasso occupazionale dei lavoratori disabili. Nella decisione sul caso *Milkova,* la Corte di Giustizia ha chiarito che questa norma ha "lo scopo di autorizzare misure specifiche che mirano ad eliminare o ridurre le disparità di fatto che colpiscono le persone con disabilità, che possono sussistere nella loro vita sociale e, in particolare, nella loro vita professionale, nonché ad ottenere una parità sostanziale, e non formale, riducendo

[26] La disposizione non fornisce alcun chiarimento su quale onere sia da considerarsi sproporzionato, ma il considerando 21 del preambolo fornisce uno strumento interpretativo per valutare l'entità degli oneri finanziari e stabilisce che bisogna tener conto dei costi economici o di altro tipo che gli accomodamenti comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o sovvenzioni in generale.

tali disparità" [27]. È interessante notare che la Corte ha interpretato questa norma alla luce della Convenzione ONU[28], facendo esplicito riferimento all'articolo 27, par. 1, lett. h), citato *supra*, e all'articolo 5, par. 4 che "autorizza inoltre espressamente le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l'uguaglianza delle persone con disabilità"[29].

La tutela dei lavoratori con disabilità è menzionata anche nelle *policies* in materia di sicurezza sul lavoro[30], e nel recente Pilastro europeo sui diritti sociali (di seguito "PEDS")[31]. Quest'ultimo, oltre a ribadire il divieto di ogni discriminazione fondata *inter alia* sulla disabilità (principio 3), stabilisce il diritto ad un sostegno attivo all'occupazione (principio 4): in base tale principio ogni persona "ha diritto a un'assistenza tempestiva e su misura per migliorare le prospettive di occupazione o di attività autonoma", incluso il diritto a ricevere un sostegno "per la ricerca di un impiego, la formazione e la riqualificazione". Il PEDS prevede in oltre il diritto ad un'occupazione flessibile e sicura ovvero ad un "trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione" (principio 5), nonché ad un ambiente di lavoro sano e sicuro (principio 10). Il principio 17 stabilisce l'"inclusione delle persone con disabilità", e afferma che "[l]e persone con disabilità hanno diritto a un sostegno al reddito che garantisca una vita dignitosa, a servizi che consentano loro di partecipare al mercato del lavoro e alla società e a un ambiente di lavoro adeguato alle loro esigenze". Il PEDS afferma anche il principio di "equilibrio tra attività professionale e vita familiare", secondo il quale "genitori e le persone con responsabilità di assistenza hanno diritto a un congedo appropriato, modalità di lavoro flessibili e accesso a servizi di assistenza" (principio 9)[32]. In consonanza con quest'ultimo principio, la Direttiva (UE) 2019/1158[33], entrata in vigore il 1° agosto

[27] CGUE, Causa C-406/15- *Petya Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198, par. 47.

[28] Ibid. par. 48.

[29] Ibid. par. 49.

[30] Si veda ad esempio la Comunicazione della Commissione "Lavoro più sicuro e più sano per tutti - Aggiornamento della normativa e delle politiche dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro" COM(2017) 12 definitivo.

[31] Si veda al sito www.ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_it.

[32] Si veda anche Comunicazione della Commissione "Un'iniziativa per sostenere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare di genitori e prestatori di assistenza che lavorano" COM(2017) 252 definitivo.

[33] Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, GUUE L 188 del 12.7.2019, pp. 79-93.

2019, stabilisce all'articolo 5 comma 8, che gli Stati membri "valutano la necessità di adeguare le condizioni di accesso al congedo parentale e le sue modalità di applicazione alle esigenze dei genitori adottivi, dei *genitori con disabilità* e dei *genitori di figli con disabilità* o malattie a lungo decorso". L'articolo 6 comma 1 di questa Direttiva prevede inoltre che gli Stati membri adottino "le misure necessarie affinché ciascun lavoratore abbia diritto di usufruire di un congedo per i prestatori di assistenza di cinque giorni lavorativi all'anno", ferma restando la possibilità per gli Stati membri di "specificare modalità supplementari riguardo all'ambito e alle condizioni del congedo dei prestatori di assistenza in conformità del diritto o delle prassi nazionali".

A conclusione di questo breve *excursus*[34], che non ha certo pretesa di completezza, mi preme sottolineare come la legge delega e il decreto legislativo debbano tenere conto della normativa europea (anche al fine dell'implementazione, ove opportuno, delle direttive vigenti), ma anche della futura Strategia europea della disabilità 2021-2030, attualmente in preparazione. Inoltre, il legislatore italiano dovrebbe tenere in debita considerazione gli sviluppi delle *policies* europee in ambito sociale e delle linee di indirizzo che usciranno dalla *Conference on the Future of Europe*, inizialmente programmata per il maggio 2020, ma che, a causa dell'emergenza COVID-19, dovrebbe tenersi nel settembre 2020[35].

4. Il quadro normativo esistente[36]

Come è noto, la normativa italiana in materia di disabilità ruota attorno alla Legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge 104/1992)[37], che include varie norme relative all'integrazione lavorativa. Tuttavia il principale testo legislativo in materia è la Legge 12 marzo 1999, n. 68 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" (Legge 68/1999), più volte emendata, che, a suo tempo, ha senz'altro imposto un cambiamento culturale nell'inserimento lavorativo della persona con disabilità, proponendo un approccio "centrato sulla persona" e un sistema di servizi di collocamento mirato volti ad individuare il posto più adatto ad ogni singola

[34] Su questi temi vedi *amplius* M. VANHEGEN, F. HENDRICKX, *Disability in EU Labour Law Beyond Non-discrimination*, in D. FERRI, A. BRODERICK, *Research Handbook on EU Disability Law* (Edward Elgar, 2020).

[35] Disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_89

[36] Questo paragrafo fa riferimento esclusivamente al quadro normativo nazionale, e non ha pretesa di completezza.

[37] Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, GU 17.02.1992, n. 39.

persona con disabilità, riconosciuta come una risorsa produttiva[38]. Vi sono una serie di altre previsioni normative nazionali e regionali che completano quanto previsto da tali strumenti, favorendo in vario modo l'inserimento lavorativo e/o la formazione professionale[39], ma creando un quadro normativo stratificato, complesso e farraginoso.

Per chiarezza espositiva e in virtù della necessità di sintesi che questo contributo richiede, mi soffermerò principalmente sulla Legge 104/1992 e sulla Legge 68/1999, che esaminerò consecutivamente, facendo riferimento soltanto ad alcuni degli importanti interventi giurisprudenziali (sia della Corte costituzionale che della Corte di Cassazione) occorsi negli ultimi anni.

Per quanto riguarda la Legge 104/1992, senza intraprendere un'analisi puntuale e ai meri fini dell'esame del disegno di legge delega nel settore lavoro, mi limito a sottolineare che l'articolo 8 comma 1 lett. f) prevede che siano adottate "misure atte a favorire la piena integrazione nel mondo del lavoro, in forma individuale o associata, e la tutela del posto di lavoro anche attraverso incentivi diversificati". In materia di formazione professionale, di competenza regionale, è previsto che queste ultime provvedano all'inserimento della persona disabile "negli ordinari corsi di formazione professionale dei centri pubblici e privati" (art. 17 c. 1). È altresì previsto che i corsi di formazione professionale tengano conto "delle diverse capacità ed esigenze della persona". Queste disposizioni vanno lette in combinato disposto con la Legge quadro in materia di formazione professionale (Legge 845/1978)[40]. L'articolo 18 della legge 104/1992 stabilisce altresì che le regioni disciplinino la tenuta degli albi regionali degli enti, istituzioni, cooperative sociali, di lavoro, di servizi, e dei centri di lavoro guidato, associazioni ed organizzazioni di volontariato che svolgono attività idonee a favorire l'inserimento e l'integrazione lavorativa di persone disabili. Le regioni possono provvedere con proprie leggi a disciplinare sia le agevolazioni alle persone disabili per recarsi sul posto di lavoro e per l'avvio e lo svolgimento di attività lavorative autonome, sia gli incentivi, le agevolazioni e i contributi ai datori di lavoro anche ai fini dell'adattamento del posto di lavoro per l'assunzione di persone con disabilità. L'articolo 19 fa poi

[38] Sulla L 68/1999 si veda *ex multis* M. CINELLI e P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000. Su questi temi si veda anche D. GAROFALO, *Disabili (nel lavoro)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, IV, UTET, Torino, 2009, Appendice, p. 759.

[39] Nel contesto nazionale si pensi ad esempio al Decreto Legislativo 15 aprile 2005, n. 77 che introduce la possibilità di realizzare percorsi di alternanza scuola-lavoro nel secondo ciclo "per assicurare ai giovani, oltre alle conoscenze di base, l'acquisizione di competenze spendibili nel mercato del lavoro". Con la Legge di Bilancio 2019 sono state introdotte modifiche ai progetti di alternanza, ridenominati "percorsi per le competenze trasversali e per l'orientamento".

[40] Legge-quadro in materia di formazione professionale, GU 30.12.1978, n. 362.

riferimento ai soggetti aventi diritto al collocamento obbligatorio (definito "collocamento mirato" dalla Legge 68/1999, sul cui contenuto mi soffermerò successivamente). L'articolo 33 della Legge 104/1992 (come più volte emendato) fa riferimento alle agevolazioni cui hanno diritto i genitori e parenti di persone con disabilità[41]. Vorrei qui limitarmi ad esaminare l'articolo 33 comma 3, il quale stabilisce che se la persona disabile non è ricoverata a tempo pieno, il familiare lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste la persona disabile "ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa". Con la sentenza 213 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale norma nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona disabile in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado[42]. Secondo il giudice delle leggi, la norma, non includendo il convivente nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito, violava l'articolo 3, nonché gli articoli 2 e 32 della Costituzione (questi ultimi in ragione dell'esigenza di tutelare il diritto alla salute psicofisica del disabile grave che costituisce la *ratio* della norma di cui all'articolo 33 della Legge 104/1992). Copiosa giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sulla portata e sui limiti dell'articolo 33 comma 3. Merita qui ricordare come la Cassazione abbia stabilito che anche il lavoratore in regime di part-time ha diritto a godere per intero dei tre giorni di permesso previsti da questa norma per assistenza a disabile grave, senza riduzione sulla base dell'orario contrattuale, in applicazione del principio di non discriminazione e in ossequio alla *ratio* dell'istituto che risponde ad esigenze di assistenza delle persone disabili e di tutela della famiglia, che sono espressione di valori costituzionali[43]. A tale conclusione la Cassazione è arrivata anche attraverso una lettura della normativa alla luce dell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali e degli articoli 5 e 7 della Convenzione ONU (rispettivamente sul principio di eguaglianza e sulla tutela dei minori con disabilità). Tuttavia, tale

[41] Si veda *inter alia* E. VILLA, *Permessi per assistenza a disabili in condizioni di gravità*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, IPSOA, Milano, 2011, pp. 1015 ss. Si veda anche O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4, 2011, pp. 780 ss.

[42] Corte cost. 213/2016. A commento si vedano *inter alia* M. BARONE, *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017; L. PEDULLÀ, *La sentenza "additiva" n. 213 del 2016 della Corte costituzionale estende al convivente* more uxorio *del soggetto disabile grave i benefit previsti dall'art. 33, co. 3 della L. n. 104/92*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2017.

[43] Cass. civ. Sez. lavoro, 29/09/2017, n. 22925 -P. c. B.S. e altri

diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con disabilità in situazione di gravità. La Cassazione ha, altresì, sottolineato che il permesso è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza alla persona disabile e in relazione causale diretta con essa, senza che il dato testuale e la *ratio* della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per detta assistenza[44]. In base all'articolo 33 comma 5, il lavoratore che assista una persona disabile "ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede". Giova ricordare che, nell'ottica di una maggiore tutela della persona con disabilità, con la novella di cui alla Legge 4 novembre 2010, n. 183 è stata eliminata dall'articolo 33 la previsione dei requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza che, in ragione della loro imprescindibilità, limitavano sensibilmente la concessione delle agevolazioni di cui ai commi 3 e 5. Con riferimento all'applicazione dell'articolo 33 comma 5, nel caso di dipendente pubblico, certa giurisprudenza amministrativa più recente, ha affermato che si tratta di interesse legittimo e non diritto soggettivo[45]. La giurisprudenza di merito ha invece sottolineato che, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, il diritto in questione può essere esercitato ove possibile, e in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non è assoluto, ovvero non può essere esercitato ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro (poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività)[46].

In materia di permessi di assistenza va inoltre segnalata la sentenza della Corte costituzionale n. 158 del 2018[47] che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 24 comma 3 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità[48], nella parte in cui non esclude, dal computo di sessanta giorni immediatamente antecedenti all'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, il periodo di congedo straordinario, di cui la lavoratrice gestante abbia fruito per l'assistenza al coniuge convivente o a un figlio disabile grave.

---

[44] Cass. civ. Sez. lavoro, 22/01/2020, n. 1394 - C.M. c. Banca (Omissis) Società cooperativa per azioni. Si veda in questo senso anche Cass. civ. Sez. lavoro, 20/08/2019, n. 21529 - Se.Me. s.r.l. c. P.F.

[45] T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 09/01/2020, n. 58 - (Omissis) c. Ministero della Difesa.

[46] Tribunale Cremona Sez. lavoro Sent., 22/08/2019 Mammino c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

[47] Corte cost., sent. n. 158/2018.

[48] Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 26 aprile 2001, n. 96.

Vorrei ora passare ad una breve analisi della Legge 68/1999, che si applica sia al settore privato, sia a quello pubblico. Con riferimento a quest'ultimo, le disposizioni della legge in esame sono da leggere in combinato disposto con quanto previsto dal Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (così come emendato)[49]. Va sottolineato altresì che la Legge 68/1999 è stata ampiamente modificata, in particolare a seguito della novella del 2015[50]. A tale riguardo, non si può non ricordare come il Decreto Legislativo 151/2015 ha previsto che la definizione delle linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità sia demandata, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, ad uno o più Decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali[51]. È da notare che i principi base di tali linee-guida enunciati nel decreto, pur non facendo riferimento espresso alla Convenzione ONU, si rifanno al paradigma di tutela da questa offerto, allorquando menzionano la necessità di "definizione dei criteri di predisposizione dei progetti di inserimento lavorativo che tengano conto delle barriere e dei facilitatori ambientali rilevati"[52], e richiedono l'analisi "delle caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità, anche con riferimento agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare"[53].

La Legge 68/1999 ha come finalità "la promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato", e definisce il collocamento mirato come "quella serie di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni

[49] Si faccia riferimento in particolare alla novella del 2017 (Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 75).

[50] Si vedano in particolare le modifiche introdotte dal Decreto Legislativo 14 settembre 2015 n. 151, emanato in attuazione della Legge n. 183/2014 (*Jobs Act*). Si veda anche Relazione sullo stato di attuazione della legge recante norme per il diritto al lavoro dei disabili (Anni 2014 e 2015) (Articolo 21, comma 1, della legge 12 marzo 1999, n. 68) presentata dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali (28 febbraio 2018). Per un commento si rinvia a C. SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni sanzioni ispezioni nel Jobs Act 2: commento ai d.lgs. 14 settembre 2015, nn. 149 e 151*, Cacucci, Bari, 2016, p. 13.

[51] L'art. 1 c. 2 del D. Lgs. 151/2015 stabilisce che all'attuazione linee guida "si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

[52] Art. 1 c. 1 lett. c) D. Lgs. 151/2015.

[53] Art. 1 c. 1 lett. d) D. Lgs. 151/2015.

positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione" (articolo 2). La legge, come novellata[54], prevede un sistema di quote, esplicitando l'obbligo di assumere persone con disabilità sulla base di specifiche quote percentuali per le aziende pubbliche e private con più di 15 dipendenti[55], con l'eccezione di alcuni settori produttivi[56], e prevedendo la possibilità di esonero per aziende o settori in cui si svolgano lavorazioni pericolose[57]. I datori di lavoro che intendono avvalersi dell'esonero autocertificato, devono versare al "Fondo per il diritto al lavoro dei disabili" (di cui all'articolo 13), un contributo per ciascun lavoratore con disabilità non impiegato. È palese che il sistema di esoneri non è conforme all'articolo 27 della Convenzione ONU, e non risponde alla logica di valorizzazione delle capacità lavorative della persona con disabilità.

L'accesso al sistema di interventi previsto dalla Legge 68/1999 è possibile per coloro che abbiano almeno 16 anni e abbiano un'invalidità civile riconosciuta con una percentuale di riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%. L'art. 2 del Decreto Legislativo 151/2015 ha incluso nel novero degli aventi diritto al collocamento obbligatorio le persone la cui capacità di lavoro sia ridotta in modo permanente a causa di infermità o difetto fisico o mentale, a meno di un terzo (ovvero coloro che percepiscano un assegno ordinario di invalidità). Al riconoscimento di invalidità civile fa seguito un giudizio sulla "collocabilità" della persona, formulato dalle specifiche commissioni previste dalla stessa e organizzato in conformità al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio 2000. Altre categorie di persone possono accedere al collocamento mirato, così come specificato dall'articolo 1 comma 1 lett. b) c) e d) (che includono coloro che abbiano acquisito un'invalidità pari o superiore al 33%, persone non vedenti o

[54] Si vedano in particolare le modifiche introdotte con riguardo agli esoneri dal Decreto Legislativo 14 settembre 2015 n. 151, emanato in attuazione della Legge n. 183/2014 (Jobs Act).

[55] Sul computo dei lavoratori in quota si vedano le modifiche introdotte dal D. Lgs. 151/2015.

[56] Si veda ad esempio l'esonero dall'obbligo di rispetto delle quote di assunzione per i datori di lavoro dell'edilizia, per quanto concerne il personale di cantiere e gli addetti al trasporto del settore (art. 5 c. 2 L 68/1999, introdotto dall'art. 1, comma 53, della L. 247/2007).

[57] Si veda anche il Decreto Interministeriale del 10/03/2016 (disponibile all'indirizzo www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2016/Decreto-Interministeriale-10-marzo-2016.pdf). Con tale Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle finanze, vengono indicate le modalità con cui effettuare l'autocertificazione telematica per l'esonero dagli obblighi previsti dalla Legge 68/1999 con riferimento ai datori di lavoro che occupano degli addetti impiegati in lavorazione particolarmente pericolose.

sordomute, invalidi di guerra, invalidi civili di guerra e invalidi per servizio). Vale la pena di sottolineare fin da ora che se le finalità di questa legge sono compatibili con l'articolo 27 della Convenzione ONU, il criterio di accesso al collocamento mirato è ancora basato sul modello medico della disabilità e non risponde alla definizione di disabilità prevista dalla Convenzione ispirata al modello sociale. La nozione di "capacità lavorativa" e la sua misurazione percentuale non paiono conformi all'idea di disabilità come diversità, e come interazione tra la menomazione e le barriere esterne che la persona incontra, idea abbracciata dalla Convenzione (e seppure in parte dal decreto legislativo 151/2015 nella parte in cui detta i principi per le linee guida). Inoltre la misurazione percentuale della capacità lavorativa non pare rispondere alla necessità di individuare i settori in cui la persona disabile possa svolgere il proprio lavoro su base di eguaglianza con gli altri. L'unico soggetto deputato a definire la collocabilità è la commissione di cui all'art. 4 comma 1 della Legge 68/1999. Senza entrare nel dettaglio dei sistemi di valutazione, emerge che anche questi ultimi sono ancora ancorati al modello medico della disabilità. La Legge 68/1999 ha previsto, inoltre, la possibilità di stipulare delle convenzioni tra centri per l'impiego e i datori di lavoro, volte a stabilire tempi e modalità delle assunzioni che il datore di lavoro si impegna ad effettuare, e possono prevedere tirocini, finalizzati all'assunzione, per un periodo fino a un massimo di 12 mesi, rinnovabili una volta sola, tutoraggio, sostegno e consulenza da parte di centri di orientamento professionale.

Nel caso di lavoratore assunto in quota, la Corte di Cassazione ha stabilito un sistema di tutela relativamente forte, stabilendo che il licenziamento di un lavoratore con disabilità, assunto in base alla normativa sul collocamento obbligatorio, è legittimo solo in presenza della perdita totale della capacità lavorativa, ovvero di una situazione di pericolo per la salute e l'incolumità degli altri lavoratori o per la sicurezza degli impianti, il cui accertamento compete all'apposita commissione medica prevista dalla Legge 104/1992, "cui spetta, altresì, la verifica dell'impossibilità di reinserire, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, il disabile all'interno dell'azienda"[58].

L'impianto normativo, prima del 2015, prevedeva agevolazioni fiscali per le aziende che assumevano disabili, nella forma di una "fiscalizzazione totale (cioè il trasferimento a carico dello Stato di particolari tributi) della durata massima di 8 anni". A seguito del Decreto Legislativo 151/2015, nel rispetto di quanto previsto dal GBER (esplicitamente citato dal decreto), un incentivo può essere ricevuto per un periodo di 36 mesi nella misura del 70% della retribuzione mensile lorda imponibile ai fini previdenziali, per ogni lavoratore disabile, assunto con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che abbia una riduzione della capacità lavorativa

[58] *Inter alia* Cass. Civ. n. 15269 del 12 settembre 2012. In senso conforme Cass. civ. n. 7524 del 23 marzo 2017.

superiore al 79%. Incentivi minori vengono stabiliti per diversi gradi di invalidità[59]. Va altresì menzionato che l'articolo 11 del Decreto Legislativo 151/2015 ha emendato l'art. 14 della Legge 68/1999, stabilendo che il Fondo regionale alimentato dalle sanzioni amministrative emesse per violazione delle norme sul collocamento, eroghi contributi per il rimborso forfettario "delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50% incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitino in qualsiasi modo l'inclusione lavorativa", nonché le spese relative all'istituzione del responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro.

Infine, con riferimento al collocamento all'interno delle pubbliche amministrazioni, al fine di rafforzare l'implementazione della Legge 68/1999 e garantirne l'effettività, il Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 75[60] ha previsto l'istituzione della Consulta Nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità, e ha introdotto la figura del responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità, implementando il monitoraggio sull'applicazione della Legge 68/1999 nella pubblica amministrazione. Giova anche ricordare che la Direttiva n. 1/2019 ha provveduto a proporre "chiarimenti e linee guida" in materia di collocamento mirato[61], nel settore pubblico. Tali linee guida menzionano esplicitamente sia la Convenzione ONU che l'articolo 5 della Direttiva 2000/78, e fanno quindi riferimento all'accomodamento ragionevole.

In tema di inserimento lavorativo è rilevante anche quanto disposto con la Legge 381/1991, che disciplina le cooperative sociali. Queste ultime devono perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini. In quest'ottica, le cooperative possono intervenire nella gestione di servizi socio-sanitari ed educativi o nello svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi – essendo tuttavia finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, incluse le persone con disabilità.

Merita infine un cenno la normativa antidiscriminatoria. La Direttiva 2000/78 è stata recepita nell'ordinamento italiano con il Decreto legislativo 9 luglio 2003 n. 216 (poi più volte modificato). Tuttavia, fino al 2013 (ovvero fino alla condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea), non sussisteva nell'ordinamento italiano una norma che recepisse integralmente l'articolo 5 in materia di "accomodamento ragionevole". Senza soffermarsi sul contenuto della

[59] Art. 13 L. 68/1999 come modificato dall'art. 10 del D. Lgs. 151/2015.

[60] GU Serie Generale n.130 del 07-06-2017.

[61] Disponibile all'indirizzo www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/25-06-2019/direttiva-concernente-%E2%80%9Cchiarimenti-e-linee-guida-materia-di.

sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*[62], mi limito a sottolineare come la Corte di giustizia abbia rilevato, in consonanza con quanto sostenuto dalla Commissione, che le disposizioni della Legge 68/1999 avevano quale scopo esclusivo quello di favorire l'accesso all'impiego di talune persone con disabilità e non erano volte ad implementare l'articolo 5 della Direttiva 2000/78. La Corte di giustizia rilevava che la legislazione italiana, anche se valutata nel suo complesso, non imponeva all'insieme dei datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, al fine di consentire alle persone con disabilità di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione (tesi sostenuta dal governo italiano). Nel 2013, quindi l'Italia, nel tentativo di assicurare una trasposizione corretta e completa dell'articolo 5 della Direttiva 2000/78 (e nel tentativo di ottemperare agli obblighi imposti dalla Convenzione ONU) con il cosiddetto "decreto lavoro" (Decreto Legge 76/2013, poi convertito mediante la Legge n. 99/2013), ha introdotto l'articolo 3-bis all'interno del Decreto Legislativo 216/2003. Questa disposizione prevede che "[a]l fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente". L'accomodamento ragionevole è stato oggetto di alcune recenti pronunce della Cassazione che si è ampiamente richiamata alla giurisprudenza europea in materia, e alla Convenzione ONU[63].

5. Il disegno di legge delega

Dopo il breve *excursus* di cui ai paragrafi precedenti, mi accingo ora a commentare l'articolo 1 comma 3 lett. o). In particolare, mi soffermerò sulle previsioni "con riguardo all'inserimento nel mondo del lavoro e alla tutela dei livelli occupazionali della persona con disabilità".

Anzitutto è previsto che il decreto legislativo provveda a "riordinare la disciplina dei congedi parentali per i soggetti che assistono familiari con disabilità e promuovere misure funzionali a realizzare un adeguato rapporto tra attività lavorativa ed esigenze della vita privata, sia a favore della persona con disabilità,

[62] CGUE causa C-312/11 *Commissione c. Repubblica Italiana* ECLI:EU:C:2013:446.

[63] Cass. civ. n. 34132 del 19 dicembre 2019.

sia per i soggetti che prestano attività di cura e assistenza". Sembra che il legislatore delegato voglia incidere, riformare e riordinare la disciplina di cui all'articolo 33 della Legge 104/1992, ma potrebbe nel contempo implementare la Direttiva (UE) 2019/1158. L'intervento è senza dubbio necessario e importante, ma non è tuttavia chiaro in che direzione intenda muoversi il legislatore. In questa sede sembra opportuno sottolineare la necessità che il legislatore adotti un *gender-sensitive approach*, facendo riferimento alle necessità e ai diritti delle donne con disabilità, come auspicato dal Comitato ONU in più commenti generali (indicati *supra*), nonché alle esigenze delle donne che assumono funzione di *caregiver* per persone con disabilità.

È inoltre previsto che il decreto legislativo preveda "agevolazioni, anche di natura fiscale, in favore dei datori di lavoro che attivano politiche ed azioni volte a migliorare le condizioni di lavoro dei dipendenti con disabilità o che assistano familiari con disabilità". È prevedibile che il decreto legislativo andrà ad incidere su quanto previsto dalla Legge 68/1999, ma non è chiaro se modificherà il sistema delle quote o se andrà a concentrarsi solo sugli incentivi (parte questa, come si è sottolineato, modificata nel 2015). Per rispondere davvero a quanto la Convenzione richiede (e porsi quindi in armonia con essa), tali agevolazioni dovrebbero inserirsi in un quadro complesso di stimolo all'assunzione delle persone con disabilità e di lotta a pregiudizi e discriminazioni. L'articolo 27 di detta Convenzione prevede infatti azioni positive, ma sempre nell'ottica di garantire l'eguaglianza. Va altresì osservato che, pur importanti le agevolazioni fiscali non sono state ad oggi sufficienti ad incrementare il rispetto delle quote, sulla cui efficacia la dottrina ha dibattuto e su cui i *disabilities studies* esprimono pareri contrastanti[64]. Ove le agevolazioni rispondano alla definizione di aiuto è importante avvalersi delle possibilità garantite dalla GBER in materia di aiuti esenti da notifica, mantenendo il riferimento testuale (introdotto nel 2015) alla normativa europea. Il legislatore nazionale e i legislatori regionali dovrebbero inoltre sfruttare le potenzialità prevista dal FSE, ampiamente citato dalla Strategia europea sulla disabilità, e che sarà prevedibilmente uno degli strumenti cardine identificati dall'UE nel prossimo ciclo 2021-2030. Infine, a mio parere, è improprio in questa parte della delega, l'affiancamento delle agevolazioni volte a stimolare l'assunzione di persone con disabilità e di altri provvedimenti di stimolo che migliorino le condizioni dei *caregivers*. Rispondendo a finalità sostanzialmente diverse, si ritiene

[64] Sulle quote e sulle politiche lavorative attive si veda L. WADDINGTON, M. PRIESTLEY, B. YALCIN, *Equality of Opportunity in Employment? Disability rights and Active Labour Market Policies*, in P. BLANCK, E. FLYNN (a cura di), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights* (Routledge, 2016), pp. 72-87. Si veda anche L. WADDINGTON, *Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws*, in *Comparative Labour Law Journal*, 18, 1996, p. 62.

che il legislatore avrebbe dovuto prevedere due alinea differenti. Anche se la delega è silente sul punto, si dovrebbe rivedere, e sostanzialmente riformare, il sistema delle eccezioni ed esoneri in relazione alle quote, che, come già ricordato, non è in linea con quanto previsto dalla Convenzione ONU.

Il terzo alinea dell'articolo 1 comma 3 lett. o) prevede che il decreto legislativo promuova "misure volte a rimuovere gli ostacoli alla progressione nella carriera professionale delle persone con disabilità, nonché adeguati programmi di formazione continua volti a contrastarne l'emarginazione per intervenuti mutamenti nelle condizioni del mercato del lavoro". Pur importante e rispondente a quanto previsto all'articolo 27 c. 1 lett. e), questa previsione presenta una grave lacuna: non menziona infatti l'accomodamento ragionevole. Qualsiasi progetto di inserimento lavorativo e di avanzamento di carriera è ancorato a prassi inclusive, ovvero ad un contesto di lavoro che, come sopra indicato, adotti adattamenti (spesso semplici e a costo zero) in grado di incrementare in maniera notevole le *chances* di successo di un progetto di inserimento, ma anche di favorire la permanenza fruttuosa della persona con disabilità nel contesto lavorativo. La Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità e la Direttiva 2000/78 sono chiare nel porre l'accomodamento ragionevole al centro di un approccio non discriminatorio al lavoro delle persone con disabilità. Spiace quindi constatare che il legislatore italiano non abbia voluto fare riferimento all'accomodamento ragionevole, e che non abbia ampliato i timidi riferimenti all'accomodamento inseriti dal Decreto Legislativo 151/2015, né abbia tentato un coordinamento tra politiche attive e normativa antidiscriminatoria. Sembra evidente che, nonostante la novella del Decreto Legislativo 216/2003, e nonostante le recenti sentenze della Cassazione relative all'applicazione dell'accomodamento in linea con la Convenzione ONU e la giurisprudenza europea (sempre ampiamente citate), questo istituto non riesce a trovare una ferma collocazione nell'ambito delle politiche di tutela dei livelli occupazionali. In questo senso, il disegno di legge delega è un'occasione mancata. Va ribadito, però, che, anche in assenza di una menzione nella delega, il decreto legislativo dovrebbe far riferimento al dovere del datore di lavoro di adottare accomodamenti e potrebbe prevedere che questi integrino soluzioni tecniche o tecnologiche (inclusi *software* specifici come *screen-readers* o *software* di riconoscimento vocale, ma anche soluzioni *low-tech* come scrivanie rialzabili, e in generale ogni tecnologia assistiva), ovvero soluzioni ambientali, consistenti, per esempio, nel destinare al lavoratore un ufficio diverso da quello originariamente predisposto, localizzato in una specifica area della sede dell'impresa (ad esempio vicino ad una toilette accessibile, al piano terra, oppure un ufficio più grande per permettere la mobilità di una sedia a rotelle...), ovvero soluzioni organizzative (part-time e riduzioni dell'orario lavorativo, telelavoro, permessi volti ad assicurare lo svolgimento di attività riabilitative, congedi estesi o supplementari, trasferimento in una sede diversa ...), e assistenza sul posto di

lavoro (che si può configurare quale presenza di un assistente di lavoro specializzato o *job coach,* che prepari i dipendenti per i loro compiti quotidiani). Nel caso di soluzioni ambientali, l'adattamento che si configuri quale ottemperamento a standard di accessibilità stimolerebbe un circolo virtuoso e favorirebbe un ambiente lavorativo inclusivo.

Infine, la delega richiede che il decreto legislativo individui "profili professionali riservati a persone con disabilità, definendone i relativi percorsi di formazione, abilitazione ed inserimento lavorativo, riordinando anche la normativa in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità al fine di assicurane l'effettività". È chiaro che il legislatore intende porsi in linea con quanto previsto dall'articolo 27 della Convenzione ONU, ma anche con l'approccio dell'UE alla lotta alla disoccupazione, che passa attraverso processi di riqualificazione e formazione. In questo ambito, appare imprescindibile una novella della Legge 68/1999 per quanto concerne l'accesso al collocamento mirato, che dovrà essere in linea con la definizione di disabilità che lo stesso decreto legislativo dovrà adottare. Il riferimento all'invalidità civile e, in particolare, alle percentuali di invalidità è infatti incompatibile con la Convenzione ONU.

In ultimo, nell'attuazione della delega, il coordinamento con le regioni è imprescindibile, per evitare la coesistenza di sistemi troppo diversi tra loro (e ancor più di diverse attuazioni). Sulla base della Legge 68/1999, le regioni hanno legiferato definendo sistemi di collocamento mirato e formazione che si distinguono in tanti aspetti (ad esempio nelle forme di collaborazione e integrazione tra servizi pubblici, modalità di accreditamento con altre organizzazioni e soggetti del territorio come ad esempio gli enti di formazione professionale…). Nel rispetto dell'autonomia regionale e della sussidiarietà verticale, l'attuazione della delega dovrebbe anche comportare una riflessione seria su come supportare un'implementazione regionale coordinata, che possa permettere l'abbattimento delle barriere sociali che le persone con disabilità incontrano.

6. Considerazioni conclusive

Il disegno di legge delega, pur meritorio nelle finalità di riordino delle misure di inclusione lavorativa, e pur, in linea di massima, ponendosi "in armonia" con la Convenzione ONU rischia di non dare piena attuazione né al testo convenzionale, né al dettato costituzionale cui si richiama. L'assenza di una connessione tra politiche attive e normativa antidiscriminatoria, nonché il mancato riferimento all'accomodamento ragionevole sono lacune gravi che minano alla realizzazione delle finalità che il disegno si prefigge. Infatti, l'inclusione lavorativa non può avvenire laddove non sia garantita la non-discriminazione. Oltre alle varie osservazioni puntuali di cui *supra*, spiace anche constatare che la delega non

menziona l'accessibilità dei luoghi lavorativi, né nell'ambito della lettera o), né nell'ambito della lettera p), specificamente dedicata all'accessibilità.

Peraltro, sembra che tra le varie materie e criteri indicati nella delega (in particolare con riferimento alla protezione dei *caregivers*) vi sia parziale sovrapposizione, che rischia di rendere il testo poco chiaro. Si pensi al punto 1 di cui alla lettera o) (disciplina dei congedi parentali per i soggetti che assistono familiari con disabilità e promuovere misure funzionali a realizzare un adeguato rapporto tra attività lavorativa ed esigenze della vita privata, sia a favore della persona con disabilità, sia per i soggetti che prestano attività di cura e assistenza), che è sicuramente tangente rispetto a quanto previsto al punto 2 della lettera l) nella parte in cui discorre di riconoscere e valorizzare il ruolo di cura e assistenza della persona con disabilità.

In conclusione, si auspicano alcune modifiche al testo del disegno di legge delega volte a garantire non solo una maggiore conformità al testo della Convenzione ONU, nonché a quanto stabilito a livello europeo, ma anche una maggiore rispondenza a quelle che sono le finalità ultime della delega. In sede di elaborazione del decreto legislativo, andrà inoltre fatto uno sforzo di coordinamento tra le varie parti del decreto per avere un testo chiaro e completo. Andrà altresì fatto uno sforzo di coordinamento con la normativa esistente (in materie toccate, ma non modificate dalla delega), per evitare di rendere il sistema ancor più farraginoso di quanto non lo sia oggi (che è l'opposto di quanto con la delega ci si proponga di fare).

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

I diritti dell'accessibilità e della mobilità della persona con disabilità*

ANGELO DAVIDE MARRA**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Dalla concezione individuale al modello sociale della disabilità. – 3. La disabilità nell'ottica del rapporto uomo- ambiente. – 4. La progettazione universale per l'accessibilità. – 5. Sviluppo storico della disciplina normativa sulle barriere architettoniche. – 6. Il concetto di barriera architettonica. – 7. L'apparato sanzionatorio. – 8. La mobilità personale e il fattore tempo. – 9. Il diritto alla mobilità. – 10. Unione europea e diritto alla mobilità: cenni. – 11. Appendice.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
A.D. MARRA, *I diritti dell'accessibilità e della mobilità della persona con disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Dottore di ricerca in Diritto civile nell'Università degli studi "Mediterranea" di Reggio Calabria; avvocato del Foro di Reggio Calabria. Indirizzo mail: avv.angelo.marra@gmail.com.

1. Introduzione

Il presente contributo riguarda i diritti all'accessibilità ed alla mobilità delle persone con disabilità e, in particolare, è volto a proporre degli schemi di disposizioni normative, come da appendice, in attuazione dell'art. 1 comma 2 lettera i) del Disegno di legge recante delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità.

Dopo aver delineato il quadro di riferimento attuale, anche in base alla situazione normativa e alle pronunce della giurisprudenza, vengono fornite raccomandazioni indicando quanto è necessario per dare effettiva attuazione alla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità del 2006 che l'Italia ha ratificato nel 2009 con legge n. 18/2009.

2. Dalla concezione individuale al modello sociale della disabilità

La disabilità ha cessato di essere tema relativo all'assistenza da connettere alla (presunta ed auspicata) solidarietà per divenire questione di diritti umani, partecipazione e cittadinanza. La condizione delle persone disabili, grazie anche all'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite del dicembre 2006, cessa di essere un problema individuale che muove compassione, poiché si accede al c.d. "Modello Sociale". Questo modo di comprendere la disabilità quale condizione rispetto al contesto sociale fa sì che gli interventi transitino dal singolare al sistemico. Vediamo, brevemente, come si è giunti ad una riflessione più matura sul tema.

Il tipo di svantaggio sociale di consueto associato con la disabilità veniva generalmente qualificato come questione individuale[1]. L'alternativa a questa ricostruzione è costituita dal c.d. "modello sociale della disabilità" che, invece di concentrarsi sul deficit individuale, si avvicina alla disabilità incentrando l'analisi sui processi e sulle forze sociali che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti diventino disabili[2].

Il nuovo modo di pensare mette in luce come le persone disabili non siano colpite da una disgrazia né, tanto meno, in qualche modo "colpevoli" della loro condizione o del fatto di non fare abbastanza per superare i propri limiti. In questo

[1] Sul tema v. M. OLIVER, *The Politics of Disablement*, Macmillan Education UK, London, 1990; C. BARNES, G. MERCER, *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, The Disability Press, Leeds, 2004; A.D. MARRA, *Disabilità* (voce), in AA. VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, UTET, Torino, 2010, pp. 555-561.

[2] V. M. OLIVER, *The Politics of Disablement*, cit. C. BARNES, *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, C. Hurst & Company, London, 1991.

senso, le persone con disabilità sono espressione della diversità propria del genere umano.

In sintesi, mentre la prima ricostruzione è incentrata sull'individuo, sulla diagnosi, sulla severità del deficit, finendo per identificare la persona disabile con un malato e per individuare la risposta a tale condizione nella necessità di provvedere mediante cure mediche, il modello sociale mette a fuoco la relazione individuo-ambiente, il contesto in cui la persona è inserita, identifica le barriere sociali ed economiche ed i comportamenti diffusi che portano all'esclusione delle persone disabili[3]

Questo salto culturale è stato successivamente anche giuridicizzato: dal 2009 è efficace anche in Italia la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite del 2006, stipulata a New York e resa esecutiva con legge n. 18 del 2009. La Convenzione afferma che: «La disabilità è un concetto in evoluzione ed è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri» e precisa che: «Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

Ciò segna l'accoglimento, sul piano normativo, del pensiero orientato al modello sociale della disabilità: oggi è quest'ottica che deve orientare l'azione normativa che intenda tutelare i soggetti (resi) deboli, perché non viene consentito loro di godere di pari opportunità. Sorge, dunque, un diritto antidiscriminatorio quale strumento di attuazione dei diritti umani, il cui fulcro è la Convenzione del 2006.

L'"accomodamento ragionevole" – il cui rifiuto integra discriminazione ai sensi del Trattato – indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali. Dette modifiche, da adottare in casi particolari non altrimenti gestibili, sono ragionevoli in quanto non impongano un carico sproporzionato o eccessivo.

Senza ripercorre tutto il Trattato occorre ricordare almeno che lo Stato italiano deve:

1) Assicurare e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo basate sulla disabilità;

[3] C. BARNES, G. MERCER, *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 1996; A.D. MARRA, *Disabilità* (voce), cit.

2) Adottare tutte le misure appropriate legislative, amministrative e altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla Convenzione;

3) Intervenire sulla legislazione, per modificare o abrogare qualsiasi legge esistente, regolamento, uso e pratica che costituisca discriminazione nei confronti di persone con disabilità; (ciò impone di intervenire non soltanto nella legislazione ma anche nella prassi amministrativa e operativa);

4) Applicare il principio del *mainstreaming*: tener conto della protezione e della promozione dei diritti umani delle persone con disabilità in tutte le politiche e in tutti i programmi;

5) Assicurare che le autorità pubbliche e le istituzioni agiscano in conformità con la Convenzione: ciò riguarda la Repubblica nelle sue articolazioni e ogni realtà che eserciti un pubblico potere.

6) Eliminare la discriminazione sulla base della disabilità da parte di ogni persona, organizzazione o impresa privata;

7) Intraprendere o promuovere la ricerca e lo sviluppo di beni, servizi, apparecchiature e attrezzature progettati universalmente, come definito nell'articolo 2 della Convenzione, le quali dovrebbero richiedere il minore adattamento possibile ed il costo più basso per venire incontro alle esigenze specifiche delle persone con disabilità, e promuovere la loro disponibilità ed uso, incoraggiare la progettazione universale nell'elaborazione degli standard e delle linee guida;

8) Promuovere la disponibilità e l'uso di nuove tecnologie, incluse tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ausili alla mobilità, dispositivi e tecnologie di ausilio, adatti alle persone con disabilità, dando priorità alle tecnologie dai costi più accessibili;

9) Fornire alle persone con disabilità informazioni accessibili in merito ad ausili alla mobilità, dispositivi e tecnologie di ausilio, comprese le nuove tecnologie, così pure altre forme di assistenza, servizi di supporto e attrezzature.

3. La disabilità nell'ottica del rapporto uomo- ambiente

Il rapporto uomo-ambiente è cruciale anche rispetto al fenomeno della disabilità, riconosciuta come risultato dell'interazione tra la persona con menomazioni e il mondo che la circonda che, in ragione di barriere di vario tipo, esclude ed emargina tale individuo[4].

[4] Cfr. lett. e) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'Assemblea Generale con risoluzione 61/106 del 13 dicembre 2006. In Italia, tra i primi commenti alla Convenzione v. A. DE AMICIS, *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure,* in *Giurisprudenza di merito*, 10, 2009, p. 2375; A.D. MARRA, *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, profili di responsabilità civile,* in P.

Le barriere che ostacolano la partecipazione e determinano perciò l'esclusione delle persone disabili non sono, lo si dica subito, solo barriere di tipo fisico.

Si è parlato del rapporto uomo-ambiente come occasione in cui si manifestano, e diventano perciò ragione di svantaggio, le differenze tra persone disabili (o, comunque, deboli, diverse) e non disabili. È a questo livello, nella possibilità cioè di una (inter)relazione "fisiologica" con ciò che sta al di fuori della persona (fortemente condizionata da problemi di mobilità o sensoriali), che si realizza concretamente l'autonomia nella vita quotidiana. In sostanza, il raggiungimento della piena inclusione sociale di qualunque essere umano passa attraverso un processo che va dal singolo verso il mondo esterno: l'individuo-persona entra in relazione prima di tutto con se stesso e la propria corporeità, impara ad autogestirsi, poi impara a vivere e muoversi in un ambiente chiuso e protetto quale è quello familiare; crescendo, apprende e vive la relazione con un altro da sé, diviene in grado di muoversi all'aperto (ciò in senso sia antropologico che spaziale). Solo alla fine di questo percorso, se non ha incontrato ostacoli che ne hanno compromesso il regolare svolgimento, il soggetto è capace di essere indipendente e può dirsi socialmente incluso.

Questo processo antropologico, di per sé meritevole di attenzione, risulta particolarmente delicato nel caso in cui la persona che cresce sia colpita da una menomazione. Difatti, è di tutta evidenza come in questo caso ciascuna delle fasi ricordate (che normalmente si susseguono fisiologicamente) sia particolarmente delicata, rischiando di compromettere il raggiungimento della piena autonomia. Ecco perché il problema, in presenza di una persona disabile, si concretizza, in maniera peculiare e specifica, nel rapporto persona-ambiente.

Dunque, le azioni positive atte a promuovere il recupero dell'autonomia da parte delle persone disabili devono tendere a ripristinare quel fisiologico rapporto ambiente-persona che rischia di essere compromesso proprio in ragione della presenza di barriere ambientali o di altra natura.

4. La progettazione universale per l'accessibilità

La progettazione universale si riferisce a uno specifico modo di produrre beni e pianificare le aree urbane. Progettare in modo conforme allo *Universal Design* significa: i) partire dall'idea che non esiste un essere umano uguale ad un altro; ii) ritenere che chi progetta debba tener conto di questa diversità insopprimibile; iii) tener conto che esiste un'utenza ampliata di persone per cui l'uso dei beni e servizi progettati può essere difficile; iv) progettare in modo che l'ambiente, i beni ed i

CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale,* UTET, Torino, 2009, II, pp. 849-877; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale,* 3, 2008, pp. 535 ss.

servizi siano accessibili a tutti gli individui (persone sane, anziani, persone disabili, donne in gravidanza, bambini, stranieri che potrebbero non capire la lingua in cui sono scritti cartelli o segnali, etc.) in modo da garantire che l'utilizzatore del bene possa goderne comodamente, liberamente[5], senza necessità di assistenza ed in sicurezza[6].

L'*Universal Design* fornisce una risposta concreta ed efficace all'esigenza di garantire a tutti l'accessibilità dei beni e dello spazio costruito, in quanto permette di strutturare la disposizione delle aree urbane e di tutti i servizi consentendone una fruizione indistinta sia agli individui che abbiano esigenze particolari sia alle altre persone. La progettazione universale è dunque lo strumento concettuale e operativo in grado di determinare un ambiente più vivibile per tutti. L'idea alla base della progettazione universale sta nell'evitare la ghettizzazione delle comunità portatrici di esigenze specifiche.

La filosofia sottesa allo *Universal Design* svincola quindi l'accessibilità dalla disabilità, in quanto mira a elaborare una progettazione non già "orientata alle esigenze dei disabili", ma orientata alla fruibilità da parte di tutte le persone (comprese le persone con disabilità).

L'idea dell'accessibilità come valore per la generalità degli individui e non come interesse esclusivo dei cittadini disabili trova conferma nella giurisprudenza[7]. Sul

[5] F. CHOAY, *La regola e il modello. Sulla teoria dell'architettura e dell'urbanistica,* Officina Edizioni, Roma, 1986; R.P. MALLOY, *Inclusion by Design: Accessible Housing and Mobility Impairment,* in *Hastings Law Journal*, Vol. 60, 4, 2009, pp. 699-748; G. AMENDOLA, *I nuovi imperativi della città della complessità: dall'uguaglianza alla varietà, dalla fraternità alla tolleranza,* in *Paesaggio Urbano*, 6, 1995.

[6] I princìpi fondamentali dello *Universal Design* sono i seguenti: 1. Utilizzo equo, non discriminatorio. 2. Utilizzo flessibile. 3. Utilizzo semplice ed intuitivo. 4. Percettibilità delle informazioni. 5. Tolleranza all'errore. 6. Contenimento dello sforzo fisico. 7. Misure e spazi per l'avvicinamento e l'utilizzo.

[7] La sentenza della Corte costituzionale n. 167 del 1999 ha espresso il principio per cui l'accessibilità degli spazi e degli edifici costituisce un valore in sé, e non in funzione delle caratteristiche soggettive degli utilizzatori interessati, e di conseguenza che spazi ed edifici vanno resi accessibili non per i disabili, ma per tutti, ossia che l'ambiente costruito deve essere accessibile da chiunque indistintamente, e quindi da tutti.

"Va [...] ricordato che la più recente legislazione relativa ai portatori di handicap - in particolare la legge 9 gennaio 1989, n. 13 [...], e la legge 5 febbraio 1992, n. 104 [...] - non si è limitata ad innalzare il livello di tutela in favore di tali soggetti[i disabili], ma ha segnato, come la dottrina non ha mancato di sottolineare, un radicale mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone affette da invalidità, considerati ora quali problemi non solo individuali, ma tali da dover essere assunti dall'intera collettività. Di tale mutamento di prospettiva è segno evidente l'introduzione di disposizioni generali per la costruzione degli edifici privati e per la ristrutturazione di quelli preesistenti, intese alla eliminazione delle barriere architettoniche indipendentemente dalla

punto la Corte Costituzionale non ha esitato a chiarire che "la legislazione in tema di eliminazione delle barriere architettoniche ha configurato la possibilità di agevole accesso agli immobili, anche da parte di persone con ridotta capacità motoria, come requisito oggettivo quanto essenziale degli edifici privati di nuova costruzione, a prescindere dalla loro concreta appartenenza a soggetti portatori di handicap"[8].

Tale impostazione è fortemente inclusiva e testimonia il superamento delle logiche tradizionali che imponevano logicamente una classificazione a priori degli individui, si basavano sulla protezione legata ad uno specifico status e privilegiavano soluzioni speciali.

Oggi la progettazione universale non è solo una filosofia del costruire, ma un modo si realizzare beni e servizi obbligatorio.

La Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006 individua infatti all'art. 2 (Definizioni) nell'*Universal Design* un preciso concetto giuridico. Secondo il trattato, ""Progettazione universale" indica la progettazione (e realizzazione) di prodotti, ambienti, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate. La progettazione universale non esclude dispositivi di ausilio per particolari gruppi di persone con disabilità ove siano necessari".

Dunque, progettare pensando ad una utenza ampliata. Non si esclude tuttavia, riconoscendone anzi la necessità, il ricorso a soluzioni *ad personam*: si tratta del c.d. "accomodamento ragionevole".

Nel progettare allora si deve far ricorso all'*Universal Design* e la prospettiva cambia: non più soluzioni adottate *ex post* per abbattere barriere architettoniche ma progettazione di beni, servizi e spazi accessibili *ex ante*. Gli edifici non vanno costruiti e poi adattati per essere conformi alle norme per i disabili: l'accessibilità (per tutti) è il punto di partenza. Cambia anche il linguaggio normativo: il *focus* non è sulla barriera architettonica ma sul suo contrario, l'accessibilità.

---

effettiva utilizzazione degli edifici stessi da parte delle persone handicappate" Ancora: "l'accessibilità - che l'art. 2 del d.m. 14 giugno 1989, n. 236 [...], definisce come "la possibilità, anche per persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di raggiungere l'edificio e le sue singole unità immobiliari e ambientali, di entrarvi agevolmente e di fruirne spazi e attrezzature in condizioni di adeguata sicurezza e autonomia" - è divenuta una *qualitas* essenziale degli edifici privati di nuova costruzione ad uso di civile abitazione, quale conseguenza dell'affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, preventivamente, ogni possibile ostacolo alla esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da handicap fisici" (Corte Cost., sent. 167 del 1999).

[8] Sentenza n. 167 del 10 maggio 1999.

Il principio dell'accessibilità rientra tra quelli posti alla base della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006, sicché a questo devono essere improntate tutte le azioni intraprese in attuazione del trattato.

In più, al tema dell'accessibilità (in tutti i suoi aspetti, sotto il profilo architettonico, di accessibilità delle informazioni, di formazione di professionisti sulla questione, etc.) è dedicato, in modo specifico, l'art. 9 del trattato in questione. È affermato con chiarezza che il fine è quello di garantire anche alle persone disabili "di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita". Per far questo vanno prese "misure appropriate" per assicurare "l'accesso all'ambiente fisico, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o offerti al pubblico, sia nelle aree urbane che nelle aree rurali". Va notato che la disposizione non è dedicata alle sole barriere architettoniche. Infatti, le misure da adottare "includono l'identificazione e l'eliminazione di ostacoli e barriere all'accessibilità". Nella Convenzione si precisa che queste devono riguardare, tra l'altro, i) edifici, strade, trasporti e altre attrezzature interne ed esterne agli edifici, compresi scuole, alloggi, strutture sanitarie e luoghi di lavoro e ii) i servizi di informazione, comunicazione e altri, compresi i servizi elettronici e quelli di emergenza.

Inoltre, sono enunciati obblighi specifici per gli Stati: tra questi: l'individuazione e l'applicazione di standard minimi e linee guida per l'accessibilità delle strutture e dei servizi offerti al pubblico, l'utilizzo di segnaletica facilmente comprensibile e l'uso di forme alternative di comunicazione (c.d. "Formati accessibili") quali linguaggio dei segni, scrittura Braille o comunicazioni elettroniche delle quali il destinatario può modificare la dimensione dei caratteri, il contrasto cromatico ovvero che si possano trasformare in *file* audio. Inoltre, gli Stati devono assicurare che anche i privati che forniscono strutture e servizi al pubblico, tengano conto di tutti gli aspetti dell'accessibilità per le persone con disabilità. Va curata la formazione sul tema dell'accessibilità e promosso l'uso delle nuove tecnologie e l'accesso ai sistemi di informazione e comunicazione, compreso Internet.

5. Sviluppo storico della disciplina normativa sulle barriere architettoniche

Sin dagli anni '60, in esecuzione dei precetti costituzionali, l'ordinamento italiano contiene previsioni in tema di barriere architettoniche: la circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del gennaio 1967, n. 425 elaborava una sintetica definizione di barriere con l'invito ai progettisti a tenere conto dell'opportunità di evitare ostacoli alla libera circolazione dei disabili negli spazi urbani e negli edifici.

La legge n. 13 del 1989 (superamento dell'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati) aveva introdotto la disciplina concernente la

nuova costruzione e la ristrutturazione degli edifici privati (inclusi quelli di edilizia residenziale pubblica, sovvenzionata e agevolata), adesso trasfusa nel testo unico dell'edilizia (DPR 380 del 2001).

In questo percorso normativo si inserisce anche l'articolo 24 della legge 104 del 1992 (relativo all'abbattimento delle barriere architettoniche), ripreso dal DPR 380 del 2001.

Nel 1996 venne emanato il DPR n. 503 (norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici), al quale va riconosciuto il pregio di aver razionalizzato i riferimenti tecnici della materia: la contemporanea vigenza del DPR 384/1978 e del DM 236/1989 aveva infatti creato un "doppio binario" quanto alle misure da applicare ad edifici pubblici e privati. Dopo l'entrata in vigore del decreto del 1996, si fa riferimento soltanto al DM 236/1989 essendo espressamente abrogato il DPR 384/1978.

Il D.M. 14 giugno 1989, n. 236, abbandonò il metodo proprio del D.P.R. n. 384/1978, basato su standard progettuali fissi, prevedendo invece (art. 7, II comma) soluzioni tecniche adattabili caso per caso, introducendo il criterio dell'effettiva funzionalità ed utilizzabilità degli ambienti.

Le disposizioni contenute nel provvedimento del 1996 si applicano agli edifici e spazi pubblici di nuova costruzione, ancorché di carattere temporaneo, o a quelli esistenti qualora sottoposti a ristrutturazione. Le stesse si applicano altresì agli edifici e spazi pubblici sottoposti a qualunque altro tipo di intervento edilizio suscettibile di limitare l'accessibilità e la visitabilità, almeno per la parte oggetto dell'intervento stesso ovvero agli edifici e spazi in tutto o in parte soggetti a cambiamento di destinazione se finalizzata all'uso pubblico. Inoltre, agli edifici e spazi pubblici esistenti, anche se non soggetti a recupero o riorganizzazione funzionale, devono essere apportati tutti quegli accorgimenti che possono migliorarne la fruibilità.

Infine, non possono essere erogati contributi o agevolazioni da parte dello Stato e di altri enti pubblici per la realizzazione di opere o servizi pubblici non conformi alle norme del regolamento stesso[9].

Ad oggi la disciplina nazionale sul superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati, negli edifici pubblici e negli edifici privati aperti al pubblico è contenuta, dunque, oltre che nel DPR 503 del 1996, nel DPR 6 giugno 2001 n. 380 (Testo Unico dell'Edilizia), in particolare al Capo III (artt. 77 e ss.).

Norme secondarie prevedono (cfr. le disposizioni del D.M. 236/89) tre livelli di qualità dello spazio costruito: accessibilità, visitabilità ed adattabilità.

In particolare: l'accessibilità esprime il più alto livello in quanto consente la totale fruizione del costruito nell'immediato; la visitabilità rappresenta un livello

[9] Art. 1 DPR 503/1996, VII co.

di accessibilità limitato ad una parte più o meno estesa dell'edificio o delle unità immobiliari, che consente comunque ogni tipo di relazione fondamentale anche alla persona con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale. Invece l'adattabilità rappresenta un livello ridotto di qualità, potenzialmente suscettibile, per – si noti – originaria previsione progettuale, di trasformazione in livello di accessibilità. L'adattabilità è, pertanto, un'accessibilità differita.

L'impianto sin qui descritto, e cioè la previsione di tre livelli di qualità dell'ambiente costruito tutti contemplati a livello normativo e, in particolare, la possibilità di integrare il solo livello della adattabilità, finisce per negare in concreto il diritto all'accessibilità sancito anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

Pertanto, l'assetto disegnato da queste norme non è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite. A così tanti anni dal 1989 e ad oltre 10 dalla ratifica della Convenzione di New York, non è più ammissibile nel nostro ordinamento il concetto di "accessibilità differita". L'accessibilità deve essere garantita. Ed essa va garantita oggi, senza dilazioni ulteriori.

La mancanza della concreta accessibilità di un bene determina uno svantaggio per le persone con disabilità; è lecito suggerire allora che, per superare i limiti della disposizione esaminata, in virtù del principio di parità di trattamento di cui alla legge 67 del 2006 (che comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità) dovrebbe probabilmente riconoscersi un'abrogazione implicita della disposizione.

Inoltre, proprio per gli effetti di concreta esclusione cui consente di pervenire, si avanzano dubbi rispetto alla legittimità costituzionale della disposizione di cui si discute. Ciò anche alla luce dell'adesione dell'Italia alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite, che non ammette gradazioni di accessibilità e comunque richiede che i diritti da essa enunciati (tra i quali quello all'accessibilità, nelle più varie accezioni del concetto, assume senz'altro un ruolo preminente) siano garantiti in concreto ed effettivamente goduti. Il Trattato in questione enuncia tra gli obblighi generali quello di adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura idonee ad eliminare tutto ciò che rende concretamente inefficaci i diritti sanciti dalla Convenzione, inclusi prassi e comportamenti.

Ritorna all'attenzione dell'interprete la centralità del tema dell'accessibilità che, come abbiamo visto, è legato in modo inscindibile al concetto di disabilità, atteso che la condizione di disabilità è determinata proprio dalle barriere ambientali o di altra natura che impediscono la piena realizzazione della persona umana con menomazioni.

In questo quadro, ben si comprende come una disposizione (soprattutto quella sull'adattabilità, ma anche quella sulla sola visitabilità) che consente e finisce per favorire nei fatti "sacche" di inaccessibilità non censurabile, risulti del tutto fuori

posto. È chiaro che, ove non venga adottata una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, non se ne riconosca l'avvenuta abrogazione in virtù della *lex posterior*, ovvero non si sollevi una q.l.c., per rimodulare l'impianto delle norme in materia di accessibilità degli edifici sarà necessario un intervento del legislatore.

6. Il concetto di barriera architettonica

Il DM 236/1989 dà una definizione di barriera architettonica che è stata successivamente ripresa senza modifiche dal DPR 503/1996.

Per barriere architettoniche si intendono:

a) gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente o temporanea;

b) gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di spazi, attrezzature o componenti;

c) la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi.

Il concetto di barriere architettoniche prescinde da un riferimento alla condizione di disabilità essendo invece barriera un fattore, comunque da rimuovere, limitante per chiunque al di là delle condizioni fisiche del soggetto considerato; inoltre, è barriera anche ciò che impedisce un utilizzo che sia comodo e sicuro: non è necessario che l'impedimento sia tale da rendere impossibile l'accesso o l'utilizzazione del bene; basta che questa attività sia scomoda o insicura. Anche quando il legislatore specifica che l'interesse è quello della mobilità

Il concetto di barriera architettonica va poi inteso in senso ampio: per questo che la Convenzione delle Nazioni Unite, nel descrivere ciò che causa la disabilità, fa riferimento a "barriere ambientali" , svincolandosi così dal mero riferimento al patrimonio architettonico.

Quanto sopra è in perfetta sintonia con il concetto di "progettazione universale", che propone soluzioni non per disabili ma per chiunque, e tiene in gran conto la comodità di utilizzo e la sicurezza.

Anche gli atti di normazione europea in materia di trasporti non fanno riferimento alla condizione di disabilità ma all'insieme dei passeggeri con mobilità ridotta o esigenze speciali. Il legislatore europeo non ha messo in campo normative speciali scegliendo di disciplinare questi fenomeni all'interno dei provvedimenti che riguardano i diritti dei passeggeri per il trasporto ferroviario o aereo: ciò in attuazione del principio del c.d. *mainstreaming*. La questione è ben più che meramente semantica, perché consente di affermare che i) l'interesse tutelato è quello alla mobilità oggettiva, ii) si prescinde dalle condizioni patologiche dei

soggetti, iii) quel che conta è garantire un utilizzo che consenta di godere in modo uguale dello spazio costruito dall'uomo e dei servizi offerti al maggior numero di persone possibile, e iv) non bisogna dimenticare, ma anzi valorizzare, la circostanza che ogni individuo può avere esigenze speciali che vanno conosciute e prese in considerazione al fine di garantire le pari opportunità.

7. L'apparato sanzionatorio

Il Testo unico in materia di edilizia prevede che "Tutte le opere realizzate negli edifici pubblici e privati aperti al pubblico in difformità dalle disposizioni vigenti in materia di accessibilità e di eliminazione delle barriere architettoniche, nelle quali le difformità siano tali da rendere impossibile l'utilizzazione dell'opera da parte delle persone handicappate, sono dichiarate inagibili".

A tal riguardo occorre precisare che la sanzione della inagibilità (apparentemente molto grave e perciò "persuasiva" e capace di rendere effettivo il diritto all'accessibilità) non ha trovato concreta applicazione anche perché, laddove si prevede che per giungere alla dichiarazione di inagibilità le difficoltà devono essere tali da rendere impossibile l'utilizzazione dell'opera da parte di persone con disabilità, non si fornisce una chiara indicazione di ciò che debba intendersi per impossibilità di utilizzo, con ciò frustrando completamente gli obiettivi della norma.

Per essere conforme alla Convenzione di New York la norma deve essere letta nel senso che è inagibile un immobile che non sia utilizzabile da una persona con disabilità in modo autonomo e indipendente, ma il tenore letterale della norma non è abbastanza preciso in questa direzione. Lascia, anzi, adito ad interpretazioni diverse e, pertanto, deve essere modificato.

Una diversa lettura finirebbe per rendere nulla la previsione in quanto si finirebbe per legittimare l'esistenza di elementi di ambiente costruito non godibili autonomamente da persone disabili in quanto in essi queste persone potrebbero recarsi solo in maniera assistita.

Ogni altra interpretazione è lesiva della dignità che deve essere riconosciuta ad ogni persona. Infatti, la scelta di essere accompagnati o meno deve essere individuale e non presupposta. Lo Stato deve promuovere una progettazione che tenda alla fruibilità da parte di tutti in modo pieno ed autonomo: non può costringere i propri cittadini, se vogliono godere di un particolare edificio aperto al pubblico, a munirsi di un assistente personale.

Inoltre, "la difformità dalle disposizioni in materia di accessibilità e abbattimento di barriere architettoniche" non è sanzionata dal legislatore *de plano*: oltre al mancato rispetto delle norme, c'è un *quid pluris* richiesto (che la difformità sia appunto qualificata nel modo sopra descritto). In altri termini, l'inaccessibilità è normativamente tollerata a meno che l'uso del bene non sia impossibile.

Una tale disposizione, viola continuamente la Convenzione di New York e deve essere modificata in modo tale da colpire con la inagibilità gli edifici "per il solo fatto" di essere inaccessibili. Altrimenti, il diritto umano all'accessibilità resta non garantito (e ciò non è tollerabile a oltre dieci anni dalla ratifica, atteso che quello sancito dalla Convenzione è il nucleo minimo indefettibile del diritto).

L'art. 82 prevede anche sanzioni per il progettista, il direttore dei lavori, il responsabile tecnico degli accertamenti per l'agibilità ed il collaudatore dell'opera edilizia. Questi soggetti, ciascuno per la propria competenza, sono direttamente responsabili, relativamente ad opere eseguite dopo l'entrata in vigore della legge 1992, n. 104, delle difformità che siano tali da rendere impossibile l'utilizzazione dell'opera da parte delle persone con disabilità. Essi sono puniti con l'ammenda da 5.164 a 25.822 € e con la sospensione dai rispettivi albi professionali per un periodo compreso da uno a sei mesi.

Anche qui, i soggetti non sono responsabili a meno che le difformità non siano qualificate da un *quid pluris*. Una sostanziale sacca di impunità a fronte di un'opera non accessibile. Valgono le medesime valutazioni negative sopra formulate.

In più, la sanzione dell'ammenda, richiedendo un processo penale, non viene irrogata praticamente mai (stando ai repertori di giurisprudenza le sentenze penali in questa materia sono rarissime; a fronte di una diffusissima inaccessibilità del costruito in Italia): una sostanziale immunità *de facto* per i soggetti responsabili.

Meglio sarebbe una depenalizzazione con previsione di una sanzione amministrativa, più rapida, efficace, dissuasiva.

Pertanto, la norma deve essere riformulata sia al fine di eliminare la parte che richiede l'impossibilità di utilizzo – che è cosa diversa dalla inaccessibilità – sia al fine di sostituire la sanzione penale con quella amministrativa.

8. La mobilità personale e il fattore tempo

Il fattore tempo incide sensibilmente sulla qualità della vita degli individui. Ancor di più per le persone con disabilità e le persone fragili in genere.

L'accoglimento nel panorama legislativo italiano di politiche di pianificazione territoriale incentrate sulla gestione dei tempi è relativamente recente, potendosi collocare intorno alla prima metà degli anni '90, e si è trasfuso nelle direttrici della riforma strutturale all'epoca avviata con riferimento alla semplificazione della pubblica amministrazione[10]. Il riconoscimento delle esigenze delle fasce più deboli

[10] Fra gli esempi significativi in tal senso si segnala la legge 142/90 sull'ordinamento delle autonomie locali, che all'articolo 36 attribuisce al Sindaco e al Presidente della Provincia la competenza a coordinare "gli orari degli esercizi commerciali, dei servizi pubblici, nonché gli orari di apertura al pubblico degli uffici periferici delle amministrazioni pubbliche al fine di armonizzare l'esplicitazione dei servizi alle esigenze complessive e generali degli utenti", con ciò aprendo la strada della progettazione urbana

della popolazione cittadina è il passo fondamentale mosso da questo nuovo filone urbanistico e legislativo, che permette di ridisegnare il rapporto tra la città e i suoi abitanti in funzione dei bisogni dell'individuo, anziché appiattire i bisogni dell'uomo sui ritmi della città. La nuova prospettiva nella quale tale filone si muove è uno strumento efficace per riconquistare i ritmi biologici naturali propri dell'uomo.

L'importanza del concetto di pianificazione temporale e del rapporto col tempo è espressa anche dalla Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006, ratificata dalla Repubblica Italiana con legge 3 marzo 2009, n. 18[11]. Infatti, all'articolo 20, nel disciplinare il diritto alla mobilità personale, la Convenzione afferma che questa va garantita "alle persone con disabilità" [...] "nei modi e nei tempi da loro scelti ed a costi sostenibili".

9. Il diritto alla mobilità

Risulta evidente che una effettiva accessibilità passa anche per un momento dinamico. Oltre all'accessibilità degli edifici va garantita anche la mobilità idonea a consentire anche alle persone con disabilità una piena fruizione del contesto nel quale si trovano a vivere. L'obiettivo dell'accessibilità è in concreto frustrato se, pur essendo accessibili due edifici, non sia possibile alla persona con disabilità giungere da un edificio a un altro. Ecco perché un discorso sull'accessibilità deve prevedere almeno un cenno ai profili legati alla mobilità delle persone con disabilità.

Ad essa è dedicato l'art. 20 della Convenzione del 2006. Partiamo da questa disposizione per un confronto con la situazione nazionale. Dal trattato internazionale discende che va assicurato ai cittadini con disabilità il diritto alla mobilità personale adottando misure efficaci. Il diritto alla mobilità va realizzato insieme alla maggiore indipendenza possibile, garantendo alle persone con disabilità la libertà di scelta, l'accesso ad ausili per la mobilità a costi sostenibili e facilitando la mobilità delle persone disabili nei modi e tempi scelti da queste ultime e non dalle compagnie di trasporto.

La normativa nazionale riguarda il trasporto ferroviario, il trasporto aereo e quello via mare. Per quel che riguarda il primo, la legge 104/1992 e il DPR 503/1996 dettano le disposizioni rilevanti. L'art. 25 del DPR n. 503, in particolare, presenta diversi profili critici: nel disporre che "le principali stazioni ferroviarie devono essere dotate di passerelle, rampe mobili o altri idonei mezzi di elevazione al fine di facilitare l'accesso alle stesse ed ai treni alle persone con difficoltà di

ai bisogni effettivi delle diverse categorie sociali di abitanti della città, e ripensando il sistema dei servizi pubblici in maniera orientata all'utente.

[11] G.U. n. 61 del 14 marzo 2009.

deambulazione", si finisce per escludere l'utilizzabilità delle stazioni non "principali" da parte dei passeggeri con disabilità. Inoltre, tutta l'organizzazione prevista è improntata all'assistenza dei passeggeri con disabilità e non alla autonoma fruizione da parte di questi ultimi dello spazio stazione e del servizio ferroviario. Tutti i servizi vengono previsti in relazione ad "alcuni treni in circolazione su linee principali". Il VII comma dell'articolo in commento recita: "Le norme del presente regolamento non sono vincolanti per gli edifici e per gli impianti delle stazioni e delle fermate impresenziate, sprovviste cioè di personale ferroviario sia in via temporanea che in via permanente". E ciò non è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite. È necessario e obbligatorio per il legislatore porvi immediato rimedio, essendo trascorsi più di 10 anni dalla Ratifica del trattato internazionale.

È dunque evidente che i passeggeri con disabilità non hanno lo stesso trattamento degli altri passeggeri e non godono del servizio ferroviario alle condizioni di questi ultimi. In ciò si concretizza una discriminazione. La disparità di trattamento si registra sotto un duplice profilo: da un lato, i passeggeri con disabilità sono discriminati rispetto agli altri in quanto sono costretti a utilizzare la rete ferroviaria come deciso dalle ferrovie, e cioè solo per i collegamenti che l'ente abbia deciso di dotare di servizio di assistenza. Su altro versante, si ha discriminazione *tra* persone con disabilità: un soggetto disabile che debba usare il treno per tratte brevi, periferiche, regionali, etc. risulta discriminato rispetto a un altro passeggero disabile che si rechi in treno, per esempio, da Napoli a Roma: solo il passeggero che desideri andare da Napoli a Roma può farlo mentre il servizio non è garantito nelle stazioni prive di personale. La tratta utilizzabile però è tale solo a condizione che il passeggero usufruisca del servizio di assistenza e "decida" di prendere il treno segnalato come accessibile. Quanto sopra descritto è chiaramente in contrasto con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 e mette il passeggero con disabilità in condizione di svantaggio rispetto agli altri passeggeri negando, in concreto, la prestazione del servizio in condizioni di parità. Questa situazione, sia consentito dirlo, desta non poche perplessità rispetto ai principi di parità di trattamento ed uguaglianza sostanziale garantiti anche dalla nostra Costituzione.

La disciplina è inoltre completata dalla normativa comunitaria in materia di diritti dei passeggeri del trasporto ferroviario.

Il D.P.R. 503/1996 disciplina dettagliatamente anche l'accessibilità delle aerostazioni (art. 28), nulla dice però in merito ai dettagli dei servizi di viaggio. Di questo profilo si occupa la legislazione comunitaria che è tesa a garantire il medesimo godimento dei servizi di trasporto aereo per tutti i cittadini europei, compresi i passeggeri con esigenze speciali.

Dei trasporti marittimi si occupano gli artt. 26 e 27 del D.P.R. 503 del 1996 prevedendo requisiti idonei a garantire l'accesso e l'uso dei trasporti via acqua anche da parte delle persone con disabilità.

Il regolamento europeo 1090/2010 si occupa anche dei diritti dei passeggeri con disabilità.

Quanto detto sin qui riguarda la mobilità extraurbana. Per quel che riguarda la mobilità all'interno dell'ambiente urbano, vengono in rilievo tanto i trasporti collettivi quanto quelli privati come il servizio taxi, le norme di circolazione e parcheggio previste per i veicoli a servizio delle persone con disabilità e la possibilità di conseguire la patente di guida anche da parte delle persone con disabilità motoria.

Per il trasporto collettivo rilevano la direttiva CE 85/2001 e l'art. 26 della legge 104.

Inoltre, le Regioni erano tenute ad elaborare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge 104, piani di mobilità delle persone con disabilità da attuare anche mediante la conclusione di accordi di programma ed il Ministro dei trasporti provvede alla omologazione di almeno un prototipo di autobus urbano ed extraurbano, di taxi, di vagone ferroviario.

Nonostante la previsione normativa, il concreto utilizzo del servizio di autobus urbani da parte dei passeggeri con disabilità è a tutt'oggi una rarità. Spesso le amministrazioni locali preferiscono soluzioni di trasporto dedicato, che però sono segreganti e costringono il cittadino con disabilità a organizzare la propria vita in funzione della disponibilità dei mezzi delle cooperative che forniscono il servizio, sicché il parametro sostanziale finisce per essere l'esigenza della cooperativa e non quella dell'utente finale. Questo è stato censurato dalla giurisprudenza.

Va segnalato l'art. 14 della legge 1992, n. 21, a proposito dell'accessibilità del servizio taxi. Nonostante la previsione sia vigente, l'utilizzo di questo mezzo da parte delle persone con disabilità (soprattutto per quanti si muovono su una sedia a rotelle elettronica a batterie) è molto ridotto nel nostro paese (al contrario di quanto avviene in USA, in Canada o in Gran Bretagna) perché pochissime sono le auto concretamente attrezzate per consentire l'accesso al cliente su sedia a rotelle non pieghevole.

La normativa italiana prevede un "contrassegno speciale" per le macchine al servizio delle persone con disabilità.

Anche rispetto al conseguimento della patente da parte di persone con disabilità, la normativa nazionale si combina con quella di origine comunitaria.

10. Unione europea e diritto alla mobilità: cenni

L'UE ha anch'essa aderito alla Convenzione ONU del 2006. Quanto alla politica dei trasporti, l'UE ha approvato una serie di norme in tema di accessibilità dei

mezzi di trasporto aereo, ferroviario, marittimo-fluviale e con riferimento agli autobus. Nel complesso la normativa europea risulta ancora orientata a favorire i vettori più che i passeggeri con disabilità, imponendo a questi ultimi una serie di limitazioni non previste per i passeggeri non disabili e prevedendo tempi di attesa ulteriori per i passeggeri con disabilità rispetto agli altri.

L'Unione è attiva anche sotto il profilo dell'accessibilità ai mezzi di informazione e telecomunicazione e dei servizi. Si vedano sul tema la Direttiva (UE) 2016/2102 del 26 ottobre 2016, sull'accessibilità dei siti *web* e delle applicazioni mobili degli enti pubblici e la Direttiva (UE) 2019/882 del 17 aprile 2019 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi.

11. Appendice

Per realizzare quanto auspicato sin qui, si suggerisce di introdurre nel testo del futuro Codice le seguenti disposizioni:

ACCESSIBILITÀ
Art. 1 - Finalità.

1. La sezione XXX del presente codice ha il fine di consentire alle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita, attuare, in conformità all'articolo 4 della Convenzione di New York del 2006 ed ai principi di sussidiarietà ed effettività immediata, i diritti umani delle persone disabili relativi alla accessibilità, mobilità e vita indipendente fornendo, ove occorra per l'esercizio effettivo dei diritti dell'uomo, livelli di tutela superiore a quelli già previsti dalla legislazione esistente.

2. Per perseguire le finalità di cui al comma 1, la Repubblica adotta misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, l'accesso all'ambiente fisico, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o offerti al pubblico, sia nelle aree urbane che nelle aree rurali.

3. Queste misure, che includono l'identificazione e l'eliminazione di ostacoli e barriere all'accessibilità, si applicheranno a:

a) Edifici, strade, trasporti e altre attrezzature interne ed esterne agli edifici, compresi scuole, alloggi, strutture sanitarie e luoghi di lavoro;

b) Ai servizi di informazione, comunicazione e altri, compresi i servizi elettronici e quelli di emergenza.

4.1. La Repubblica riconosce che la presenza di barriere architettoniche costituisce discriminazione in danno delle persone con disabilità ai sensi della legge n 67 del 2006.

4.2. La Repubblica adotta appropriate misure per:

a) Sviluppare, promulgare e monitorare l'applicazione degli standard minimi e delle linee guida per l'accessibilità delle strutture e dei servizi, sia pubblici che privati, aperti o offerti al pubblico;

b) Assicurare che gli enti privati, i quali forniscono strutture e servizi che sono aperti o offerti al pubblico, tengano conto di tutti gli aspetti dell'accessibilità per le persone con disabilità;

c) Fornire a tutti coloro che siano interessati alle questioni dell'accessibilità una formazione concernente i problemi di accesso con i quali si confrontano le persone con disabilità;

d) Dotare le strutture e gli edifici aperti al pubblico, sia pubblici che privati, di segnali in caratteri Braille e in formati facilmente leggibili e comprensibili;

e) Mettere a disposizione forme di aiuto da parte di persone o di animali addestrati e servizi di mediazione, specialmente di guide, di lettori e interpreti professionisti esperti nel linguaggio dei segni allo scopo di agevolare l'accessibilità a edifici ed altre strutture aperte al pubblico;

f) Promuovere altre appropriate forme di assistenza e di sostegno a persone con disabilità per assicurare il loro accesso alle informazioni;

g) Promuovere l'accesso per le persone con disabilità alle nuove tecnologie ed ai sistemi di informazione e comunicazione, compreso Internet;

h) Promuovere la progettazione, lo sviluppo, la produzione e la distribuzione di tecnologie e sistemi accessibili di informazione e comunicazioni sin dalle primissime fasi, in modo che tali tecnologie e sistemi divengano accessibili al minor costo.

Art. 2 - Definizioni.

1. Ai fini del presente codice s'intende per:

a) disabilità: il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere ambientali e derivanti dal comportamento di altri, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri,

b) persone con disabilità: quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedirne la piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri.

c) accessibilità: la possibilità, anche per persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di raggiungere l'edificio e le sue singole unità immobiliari e ambientali, di entrarvi agevolmente e di fruirne spazi e attrezzature in condizioni di totale sicurezza e autonomia su base di eguaglianza con gli altri.

d) "Accomodamento ragionevole": l'insieme delle modifiche e degli adattamenti necessari ed appropriati che non impongono un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone

con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali;

e) facilitatori della vita di relazione: le suppellettili, le attrezzature e gli arredi che consentano alla persona con disabilità la pratica delle funzioni quotidiane;

f) fruibilità: la possibilità, per tutte le persone, di poter utilizzare con pieno godimento spazi aperti, spazi costruiti, arredi, servizi informativi, attrezzature e svolgere attività in sicurezza ed in autonomia.

g) Barriere architettoniche o sensoriali:

I - gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente o temporanea;

II - gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di parti, attrezzature o componenti;

III - la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi

h) "Progettazione universale": la progettazione e realizzazione di prodotti, ambienti, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate. "Progettazione universale" non esclude dispositivi di ausilio per particolari gruppi di persone con disabilità ove siano necessari.

i) Convenzione ONU: la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità approvata a New York nel 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 18 del 2009.

l) Protocollo Opzionale: il Protocollo allegato alla Convenzione ONU, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con legge n. 18 del 2009.

m) Prescrizioni tecniche Nazionali: Le indicazioni tecniche per la realizzazione di ambienti, spazi ed attrezzature o mezzi di trasporto accessibili e non discriminanti emanate ai sensi dell'art…. della presente legge.

n) "Discriminazione sulla base della disabilità" indica qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole;

Art. …. Sanzioni:

1. Tutte le opere realizzate in difformità dalle disposizioni in materia di accessibilità e di eliminazione delle barriere architettoniche sono dichiarate inabitabili e inagibili.

2. Il progettista, il direttore dei lavori, il responsabile tecnico degli accertamenti per l'agibilità o l'abitabilità ed il collaudatore, ciascuno per la propria competenza, sono direttamente responsabili. Essi sono puniti con la sanzione amministrativa da 10.000 a 40.000 €.

3. In attuazione degli articoli 2, 4 e 5 della Convenzione ONU, si riconosce che la a presenza di barriere architettoniche o sensoriali costituisce discriminazione ai sensi della legge n. 67 del 2006 e s.m.i. e del d.lgs. n. 216 del 2003 e s.m. i.

4. Per gli edifici nei quali hanno sede istituzioni pubbliche o Enti che svolgono una pubblica funzione o di pubblica utilità, in attuazione dell'art. 4 lettera d) della Convenzione ONU, sono responsabili per la discriminazione causata dalle barriere architettoniche, oltre al proprietario dell'edificio, anche i soggetti che ivi svolgano le proprie attività istituzionali.

Art. …. Prescrizioni tecniche:

1. Entro 6 mesi dalla entrata in vigore della presente legge sono emanate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con la partecipazione dell'Osservatorio Nazionale sulle Disabilità di cui alla legge n 18 del 2009, le Prescrizioni tecniche Nazionali.

2. Le prescrizioni tecniche Nazionali sono sottoposte a revisione ed adeguamento ogni 6 anni.

3. Nelle more dell'emanazione delle prescrizioni tecniche Nazionali, si applicano le disposizioni di cui al DM 236 del 1989 per come specificato dai commi seguenti;

4. Si applicano:

a) l'articolo 4,

b) l'articolo 7, fino al numero 7.4,

c) Gli articoli 8 e 9.

5. Le altre disposizioni del DM 236 del 1989 si applicano in quanto non comportino un limite, una deroga o una restrizione alla accessibilità.

6. In ogni caso, salvo che si tratti di abitazioni private non destinate ad uso da parte di estranei, nei servizi igienici non può essere installato il WC con l'apertura sul davanti quale presidio di accessibilità.

7. Al fine di dare compiuta attuazione alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del DM 236 del 1989 non si applicano:

a) i livelli di qualità della "visitabilità" e della "adattabilità" ivi definiti e le relative indicazioni costruttive;

b) gli articoli 1 e 2;

c) l'art.3 fino al 3.5;

d) il limite del 5% degli alloggi previsti negli interventi di edilizia residenziale sovvenzionata.

8. Il parziale rinvio al DM 236 del 1989 perde efficacia dal momento in cui entrano in vigore le Prescrizioni tecniche Nazionali.

9. Al fine di dare compiuta attuazione alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ratificata dall'Italia nel 2009, le Norme Tecniche Nazionali, in ogni caso, non potranno introdurre nuovamente i livelli di qualità della "visitabilità" e della "adattabilità" di cui al DM 236 del 1989.

Art. ... Beni Archeologici o Siti di Interesse Storico

1. In attuazione dell'articolo 30 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, l'accessibilità è garantita anche nei siti di interesse archeologico o culturale.

2. Ove sia strutturalmente impossibile provvedervi altrimenti, l'accessibilità è garantita mediante un accomodamento ragionevole.

Art. … B&B ed altre strutture ricettive

1. Nei bed & breakfast, o nelle strutture ricettive comunque denominate, va garantita l'accessibilità.

2. Salva la necessità di prevedere servizi igienici accessibili, Idonei sostegni per rendere possibile l'accesso al letto in sicurezza, vanno predisposti anche nelle camere da letto.

3. Per l'attuazione di questa norma sono concessi agli esercenti le attività ricettive 5 anni dall'entrata in vigore della presente legge. Trascorso tale termine, le strutture sono dichiarate inabitabili e inagibili.

4. Resta comunque salva, in conformità alla normativa nazionale, la possibilità di lamentare una la discriminazione senza attendere lo spirare del termine di cui al comma precedente.

5. Per consentire le modifiche necessarie sono stanziati euro …

Art… Studi professionali

Gli studi dei liberi professionisti devono essere accessibili anche se ubicati in edifici privati.

Art…. Incentivo alla accessibilità nelle abitazioni private esistenti

1. Per favorire il raggiungimento degli standard di accessibilità negli edifici privati esistenti, la realizzazione o modifica di servizi igienici privi di gradini o dislivelli e l'ampliamento di tutte le porte interne ad almeno 90 cm è incentivata.

2. La realizzazione degli interventi di cui al comma 1 comporta l'esenzione dalla Tassa sui Rifiuti solidi urbani, o equivalente tributo comunque denominato, per cinque anni a decorrere dalla presentazione, ai soli fini della applicazione della esenzione, della comunicazione di inizio lavori.

3. Per evitare che la disposizione di cui al comma precedente venga utilizzata a fini di elusione o evasione fiscale, l'Autorità può svolgere controlli entro 5 anni dalla comunicazione anche mediante l'ausilio della polizia tributaria e con attività ispettive.

MOBILITÀ

Art…. Trasporti ferroviari

1. La Repubblica, attraverso un piano decennale, raggiunge l'obiettivo dell'accessibilità del 100% delle stazioni ferroviarie insistenti sul proprio territorio.

2. A tal fine sono stanziati euro… E sono utilizzabili anche risorse provenienti dai fondi strutturali europei in base alla normativa nazionale ed europea.

3. Sul territorio nazionale sono utilizzabili esclusivamente carrozze accessibili al fine di garantire una totale dismissione del materiale rotabile non utilizzabili da parte delle persone con disabilità.

4. A tal fine sono stanziati euro… E sono utilizzabili anche risorse provenienti dai fondi strutturali europei in base alla normativa nazionale ed europea.

5. L'accessibilità deve essere garantita su tutti i treni operanti sul territorio nazionale e in tutte le stazioni.

6. La salita a bordo treno dei passeggeri con disabilità deve essere possibile anche in assenza di carrelli elevatori in stazione. A tal fine rampe mobili o altri mezzi idonei sono conservati sul treno stesso e, quando necessario, sono utilizzati dal personale viaggiante.

7. Alle persone con disabilità non può essere rifiutata assistenza alla salita a bordo a motivo della mancata prenotazione del servizio specifico.

8. In attuazione all'articolo 20 della Convenzione di New York sui Diritti delle persone con disabilità, ai passeggeri con mobilità ridotta o comunque richiedenti assistenza non possono essere imposti dall'operatore del servizio tempi particolari, diversi da quelli degli altri passeggeri, per utilizzare il servizio di trasporto.

Art…. Trasporti aerei

1. Le compagnie aeree operanti sul territorio non possono rifiutare l'imbarco delle persone con disabilità se non alle medesime condizioni alle quali rifiuterebbero l'imbarco di altre persone.

2. Le compagnie aeree operanti sul territorio non possono rifiutare l'imbarco o il trasporto di mezzi tecnologici necessari alla mobilità personale.

3. I passeggeri con disabilità devono poter accedere ai servizi di prenotazione on-line come gli altri passeggeri. Essi devono, in particolare, essere messi in condizione di segnalare le proprie esigenze di accessibilità e ricevere conferma della disponibilità del posto prima della finalizzazione della prenotazione e, in ogni caso, del pagamento del biglietto di viaggio.

4. Alle persone con disabilità non può essere rifiutata assistenza alla salita a bordo a motivo della mancata prenotazione del servizio specifico.

5. In attuazione all'articolo 20 della Convenzione di New York sui Diritti delle persone con disabilità, ai passeggeri con mobilità ridotta o comunque richiedenti assistenza non possono essere imposti dall'operatore del servizio tempi particolari, diversi da quelli degli altri passeggeri, per utilizzare il servizio di trasporto.

Art…. Autobus

1. Gli autobus devono essere accessibili per le persone con disabilità.

2. Gli Enti locali possono rinnovare il proprio parco mezzi tramite l'acquisto esclusivo di autobus accessibili.

3. A tal fine sono stanziati euro… e sono utilizzabili anche risorse provenienti dai fondi strutturali europei in base alla normativa nazionale ed europea.

Art. …. Servizi taxi e analoghi.

1. I taxi ed i servizi, pubblici o privati, ad essi assimilabili per funzione devono essere accessibili per le persone con disabilità.

2. Le vetture devono consentire alle persone in sedia a rotelle di entrarvi senza abbandonare la sedia, anche se a batterie.

3. I Comuni sovvenzionano la modifica dei veicoli, l'acquisto di rampe per l'accesso o di nuovi veicoli accessibili con cadenza periodica.

4. La previsione di cui al comma 3 è attuata con un Bando Comunale in relazione a trasferimenti regionali. A tal fine, sono stanziati da ciascuna Regione euro… e sono utilizzabili anche risorse provenienti dai fondi strutturali europei in base alla normativa nazionale ed europea.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

L'assistenza alle persone con disabilità (grave) prive del sostegno familiare*

ELENA VIVALDI**

Sommario: 1. Il contesto della riforma legislativa. – 2. Gli assi portanti della legge 112/2016. – 3. L'attuazione della legge: luci ed ombre. – 4. Il disegno di legge delega ed il "Dopo di noi. – 5. Le lacune della delega e le proposte di modifica.

Data della pubblicazione sul sito: 8 marzo 2021

Suggerimento di citazione
E. VIVALDI, *L'assistenza alle persone con disabilità (grave) prive del sostegno familiare*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca condotto in collaborazione con ANMIC (Associazione nazionale mutilati e invalidi civili) ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Elena Vivaldi e Andrea Blasini.

** Ricercatrice in Diritto costituzionale nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: elena.vivaldi@santannapisa.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Il contesto della riforma legislativa

Nel nostro ordinamento la legislazione in materia di disabilità presenta un carattere estremamente eterogeneo dovuto essenzialmente alle peculiarità dello sviluppo storico delle politiche sociali nel loro complesso. Se non sono mancati interventi legislativi di razionalizzazione ed avanzamento sociale, quali ad esempio la legge 508/1988[1] sull'assegno di accompagnamento, la legge 104/1992[2] sull'inclusione sociale ed i diritti delle persone con disabilità o anche la legge 68/1998[3] sul diritto al lavoro, si tratta di un insieme di norme, approvate al di fuori di interventi organici, nel quale non è sempre facile orientarsi, anche per la sovrapposizione e confusione tra i concetti di *disabilità*, *non autosufficienza*, *handicap* e *invalidità*[4].

Basti pensare alla genesi del Fondo nazionale per la non autosufficienza, che oggigiorno integra un pilastro fondamentale degli interventi sociali in materia. Istituito con la legge finanziaria 2007 (art. 1 comma 1264)[5] al di fuori di qualsiasi programmazione sistematica dei benefici ed interventi sociali, nell'ambito dell'iter di approvazione di una delle leggi ad iniziativa necessaria più importanti (allora la legge finanziaria, oggi chiamata legge di bilancio), è entrato a far parte del quadro normativo esistente senza che si sia chiarito il rapporto tra non autosufficienza e disabilità.

In questo panorama policromo si è inserita la legge 112/2016 sul c.d. "Dopo di noi"[6], che ha il merito di aver raccolto una sfida importante: offrire una risposta innovativa alle esigenze residenziali delle persone con disabilità (grave) nel rispetto del paradigma dell'autodeterminazione e piena partecipazione alla vita sociale e all'economia. Da questo punto di vista, la scelta del target è particolarmente significativa perché porta con sé la sfida di prestare attenzione ad una tipologia di bisogno molto peculiare, a cui tradizionalmente si risponde con interventi istituzionalizzanti e standardizzati.

La legge, di iniziativa parlamentare, ha avuto una lunga fase di gestazione ed un *iter* parlamentare lungo e complesso, all'interno del quale hanno giocato un

[1] Legge 21 novembre 1988, n. 508, Norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti.

[2] Legge 5 febbraio 1992, n. 104, Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

[3] Legge 12 marzo 1999, n. 68, Norme per il diritto al lavoro dei disabili, così come modificata dal d. lgs n. 151/2015.

[4] A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 65 ss.

[5] Legge 27 dicembre 2006, n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.

[6] Legge 22 giugno 2016, n. 112, Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare.

ruolo importante le associazioni di rappresentanza delle persone con disabilità[7]. Nel merito, essa ha proposto un intervento innovativo sulla concezione dell'assistenza delle persone con *disabilità grave* prive del sostegno familiare, nella prospettiva del superamento della c.d. istituzionalizzazione. Un intervento che si intende realizzare tramite il finanziamento di una serie di interventi, sui quali torneremo, diretti a potenziare i percorsi di autonomia, acquisire competenze funzionali a vivere da soli, realizzare un modello di residenzialità innovativo.

Tale ultimo intervento normativo, che rappresenta un *unicum* a livello internazionale, si inserisce in un quadro normativo ispirato talvolta a logiche ancora prevalentemente assistenziali, sul quale sarebbe quanto mai opportuna una profonda opera di armonizzazione affinché gli istituti ed i benefici vigenti siano coordinati con il più avanzato quadro di valori e principi affermatosi negli ultimi anni, anche grazie agli apporti della giurisprudenza costituzionale[8]. E la delega legislativa volta all'adozione del Codice può assume un ruolo davvero centrale.

L'obiettivo della delega in commento è, appunto, quello di "armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovando, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione del Codice per la persona con disabilità". In particolare l'art. 3 comma 1 del disegno di legge prevede che il legislatore delegato intervenga secondo i seguenti criteri e principi guida: 1) assicurare l'integrazione dell'offerta di interventi e servizi, individuando a tal fine i livelli essenziali di benefici a favore delle persone con disabilità, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione; 2) riordinare le disposizioni normative e le relative procedure amministrative, in merito a criteri e requisiti per l'accesso, l'erogazione e la determinazione di benefici, interventi e servizi rivolti alla persona con disabilità; 3) riordinare i vari fondi destinati alla tutela, al sostegno, alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, sostegno e assistenza della famiglia".

In questa ottica il Codice mira a rafforzare l'efficacia del sistema di protezione delle persone con disabilità, in conformità con le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, consolidando un percorso che pare riavviato con l'adozione del Piano per la Non autosufficienza 2019-2021[9].

---

[7] Sul punto E. ROSSI, E. VIVALDI, *La legge n. 112 del 2016 sul «dopo di noi». Le questioni aperte, le sfide dell'attuazione*, in *Non profit paper*, 2-3, 2016 (numero monografico).

[8] C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020.

[9] Il Piano, approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 novembre 2019, delinea un percorso graduale volto al potenziamento degli interventi a

Purtroppo, se il disegno di legge delega è stato adottato nel febbraio del 2018, ad oggi non è stato avviato l'iter legislativo presso le competenti sedi parlamentari. E questo ultimo elemento preoccupa non poco circa le sorti di un progetto complesso, articolato e importante per la vita di molti.

Il lavoro intende dunque sollecitare una riflessione sull'urgenza dell'avvio dei lavori parlamentari e, al contempo, sulla corretta collocazione del tema del "Dopo di noi" nell'impianto del futuro Codice. Ciò significherebbe cogliere questa preziosa opportunità per proseguire sulla strada intrapresa dalla legge n. 112/2016 e porre mano ai nodi critici rilevati nella prassi, che si cercherà di delineare sommariamente più avanti.

2. Gli assi portanti della legge 112/2016

L'ampliamento progressivo della garanzia dei diritti della persona con disabilità[10] ha abbracciato anche una nuova area che prima non veniva presa in considerazioni all'interno delle politiche pubbliche per la disabilità, ma rimaneva confinata in ambito strettamente familiare: quella del cd. Dopo di noi. Da questo punto di vista, l'approvazione della legge n. 112/2016 ha colmato una lacuna importante: ha predisposto, infatti, una serie di strumenti ed istituti potenzialmente in grado di garantire la qualità della vita della persona disabile (grave) quando venga meno il sostegno parentale; istituti in grado di assicurare a questi soggetti non solo le prestazioni essenziali di cui sono destinatari e nei confronti delle quali essi sono portatori di diritti sanzionabili, ma altresì preservare la capacità di *autodeterminazione*, che si esplica anche attraverso la possibilità di compiere scelte relative a come e dove vivere, in un ambiente accogliente, familiare, e nella conservazione delle proprie abitudini di vita[11].

La legge n. 112/2016 si muove lungo due binari: la previsione di una serie di misure di assistenza, cura e protezione dirette alla persona con disabilità grave priva del sostegno familiare[12]; la predisposizione di strumenti per favorire le

favore di persone gravi e gravissime non autosufficienti, nell'ottica di definire i livelli essenziali di prestazioni.

[10] Sul punto, da ultimo, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

[11] Per un'analisi dei contenuti della legge sia consentito rinviare a E. VIVALDI, A BLASINI (a cura di), *Il futuro delle persone con disabilità oltre la famiglia. A tre anni dalla legge 22 giugno 2016, n. 112*, Pisa University Press, Pisa, 2019.

[12] Sulle problematiche relativa alla esatta individuazione dei destinatari si vedano le considerazioni di L. GORI, *La qualificazione dei soggetti "disabili in stato di gravità"*, in *Non profit*, 2-3, 2016, pp. 243 ss.

erogazioni da parte di soggetti privati, dirette agli stessi destinatari, pur in presenza del contesto familiare[13] (art. 1, comma 3).

Sul versante più squisitamente pubblicistico, che qui ci interessa, il Fondo speciale istituito dalla legge 112 mira a finanziare percorsi locali di deistituzionalizzazione in case o gruppi di appartamenti che "riproducano le condizioni di vita e di relazione della casa familiare" (art. 4, comma 3, lettera a), legge n. 112/2016), così come "interventi residenziali innovativi per persone con disabilità grave" (art. 4, comma 1, lettera c)). L'obiettivo prioritario è stato quello di creare percorsi progressivi di presa in carico delle persone con disabilità durante l'esistenza dei genitori, al fine di promuoverne l'autonomia e la piena integrazione nella società, anche nell'ottica della scomparsa della famiglia. In questa prospettiva, la legge 112 fornisce percorsi di accompagnamento all'indipendenza dalla rete parentale di origine, anche attraverso programmi di crescita e sviluppo delle capacità personali.

Con particolare riferimento alle soluzioni alloggiative che costituiscono il nuovo modello di residenzialità introdotto, meritoriamente, dalla legge n. 112/2016, il DM 23 novembre 2016 di attuazione specifica in modo molto dettagliato caratteristiche e requisiti. L'art. 3, comma 4 definisce la capacità ricettiva massima di tali strutture, prevedendo un numero massimo di 5 persone; richiede, quali requisiti strutturali, quelli minimi previsti dalle norme per le case di civile abitazione; fa esplicito riferimento alla preferenza, nelle nuove strutture, di camere singole e di adeguati spazi per la quotidianità ed il tempo libero nonché alla necessità di valorizzare l'utilizzo di oggetti e mobili propri (in modo che gli spazi possano essere «vissuti come la propria casa»); richiede che le nuove strutture siano ubicate in zone residenziali.

Peraltro, nel tentativo di ovviare almeno temporaneamente all'assenza della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di ambito sociale, il DM citato ha disposto che «nelle more della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni nel campo sociale da garantire alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare, gli interventi e i servizi di cui all'art. 3 costituiscono la base su cui definire specifici obiettivi di servizio e relativo fabbisogno».

Gli interventi ed i servizi sopra richiamati devono essere inseriti in un percorso di presa in carico chiamato a considerare in modo unitario i bisogni della persona, da attivare quando la rete familiare sia ancora presente[14].

[13] In altre parole, per quanto riguarda le misure di carattere privatistico il legislatore ha esteso la platea dei destinatari, ricomprendendovi tutte le persone con disabilità grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992.

[14] La legge, infatti, disciplina misure di assistenza, cura e protezione a favore di persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, che siano prive di sostegno familiare «o in vista del venir meno del sostegno

Un ruolo decisivo in questo processo dovrebbe essere svolto dalle Regioni. Ogni Regione, infatti, deve assicurare, nell'ambito delle risorse disponibili dalla normativa vigente, l'assistenza sanitaria e sociale alle persone con gravi disabilità, anche attraverso l'integrazione tra i servizi e la collaborazione con i comuni (art. 2, comma 1, legge n. 112/2016).

Gli strumenti che la normativa individua per la presa in carico sono: la valutazione professionale della persona con disabilità effettuata da una équipe multidisciplinare ed il progetto personalizzato. Si tratta di istituti non nuovi, che sono stati individuati, anche nella recente normativa sulle forme di contrasto alla povertà, quali livelli essenziali delle prestazioni di carattere organizzativo.

La valutazione multidimensionale, effettuata tramite commissioni che assumono varie denominazioni a livello regionale, costituisce un processo di tipo interdisciplinare volto ad ottenere un quadro complessivo sulla condizione di disabilità che considera in modo globale la salute fisica, le abilità cognitive, le attività della vita quotidiana, la condizione economica e sociale del singolo, al fine di identificare e descrivere la natura e l'entità degli interventi[15].

La legge 112 statuisce che la valutazione professionale debba essere svolta in coerenza con il sistema di classificazione ICF e quindi deve avere la finalità di analizzare le specifiche dimensioni del funzionamento della persona[16]. Questa classificazione (*International Classification of Function, Disability and Health*), approvata dall'OMS nel 2001, fornisce un linguaggio standard e unificato per la descrizione delle componenti della salute e dei relativi stati, descritti dal punto di vista corporeo, individuale e sociale, con l'elenco dei fattori ambientali che contribuiscono a determinare una situazione di disabilità. Da questo punto di vista la "menomazione" cade in secondo piano, perché è importante il modo in cui l'ambiente interagisce con la persona con disabilità e non la menomazione in sé e per sé considerata. Di conseguenza, diventa rilevante ciò che le persone, i servizi, le istituzioni e le organizzazioni del Terzo settore possono fare per rimuovere gli ostacoli che limitano la realizzazione della persona con disabilità.

familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori» (art. 1 comma 2).

[15] Si veda A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit. p. 147. Peraltro, lo stesso d.p.c.m. 12 gennaio 2017 relativo alla Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza all'art. 27 impone di garantire alle persone con disabilità complesse "la presa in carico multidisciplinare e lo svolgimento di un programma terapeutico e riabilitativo individualizzato differenziato per intensità, complessità e durata" finalizzato dunque alla definizione di un percorso individualizzato costruito sulle esigenze concrete dei singoli.

[16] L. PASQUALOTTO, *La valutazione multidimensionale e il progetto personalizzato*, Erickson, Trento, 2014, pp. 82 ss.

L'attività di valutazione e la costruzione del profilo di funzionamento sono propedeutici alla redazione del progetto individualizzato[17] di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328, richiamato espressamente dalla legge 112/2016. Si tratta, in altre parole, di creare le condizioni affinché il processo di presa in carico sia in grado di raccogliere e interpretare adeguatamente i bisogni dell'individuo, per poi considerarli in modo unitario (ponendosi l'obiettivo della piena inclusione nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica e professionale e del lavoro). È qui che gli sforzi di valutazione e definizione dei bisogni si declinano in indicazioni operative che orientano le pratiche di cura e riempiono di senso le previsioni normative. È nel piano personalizzato che prendono forma concreta la ricerca del benessere della persona con disabilità e il miglioramento della qualità della sua vita. Peraltro il DM 23 novembre 2016 sopra ricordato richiede che il progetto sia definito assicurando la più ampia partecipazione possibile della persona con disabilità grave, tenendo conto dei suoi desideri, delle sue aspettative e preferenze e prevedendo altresì il suo pieno coinvolgimento nel successivo monitoraggio e valutazione del progetto (art. 2, comma 3). Inoltre, richiamando l'art. 19 della Convenzione Onu, sottolinea che gli interventi e i servizi in esso inseriti debbano essere condivisi con la persona con disabilità grave, garantendole la possibilità di autodeterminarsi e il rispetto della libertà di scelta (art. 3). Tuttavia non tutte le Regioni hanno adottato le misure necessarie per garantire la piena attuazione dei nuovi strumenti e percorsi introdotti dal legislatore.

3. L'attuazione della legge: luci ed ombre

Qui di seguito proveremo a richiamare alcuni elementi caratterizzanti l'attuazione della legge n. 112 a livello territoriale: sul punto del coinvolgimento degli enti del terzo settore e degli enti territoriali, sul versante della individuazione dei beneficiari degli interventi, sul tema del monitoraggio degli interventi.

L'analisi degli atti di programmazione[18] consente di poter affermare che in tutte le Regioni vi sia stato il coinvolgimento delle organizzazioni e delle associazioni di rappresentanza delle persone con disabilità e delle loro famiglie, seppur con modalità diverse, che rispecchiano le culture partecipative caratterizzanti le diverse realtà regionali[19]. L'eterogeneità che emerge dall'analisi non riguarda soltanto gli

[17] G. ARCONZO, G. RAGONE, S. BISSARO, *Il diritto delle persone con disabilità al progetto individuale*, in *Le Regioni*, 1, 2020, pp. 31 ss.

[18] Per un'analisi più diffusa, sia consentito rinviare a E. VIVALDI, *Inclusion policies for people with disabilities: twenty years after the Law no. 328/2000*, in *Politiche sociali*, 3, 2020, pp. 439 ss.

[19] E. GNAM, C. CASTEGNARO, *Dopo di Noi, un aggiornamento a due anni dalla legge 112*, in *welforum.it*, 30 ottobre 2018.

strumenti e le procedure attivate, ma anche l'ampiezza del contributo che tali associazioni hanno potuto apportare: se, infatti, in alcuni casi, le Regioni si sono limitate a condividere le scelte effettuate negli atti di programmazione, in altri le associazioni sono state chiamate a partecipare alla vera e propria fase di progettazione degli interventi previsti dalla legge n. 112.

Anche il coinvolgimento degli enti locali è avvenuto in ossequio a quelle che sono state negli anni le scelte effettuate all'interno della programmazione regionale dei servizi sociali e sociosanitari. Da un lato ci sono quelle Regioni che hanno adottato specifiche ed operative linee di indirizzo rivolte agli enti territoriali, per l'individuazione delle modalità e delle priorità di accesso e la redazione del progetto personalizzato ed il relativo budget (Basilicata, Calabria, Emilia-Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Sicilia, Sardegna, Veneto e Umbria). Dall'altro, quelle Regioni che hanno emanato direttamente degli avvisi pubblici, affidando agli ambiti territoriali il compito di istruire e approvare il progetto presentato dalla persona con disabilità, che poi la Regione deve formalizzare e finanziare (Toscana, Campania, Molise, Puglia).

Un secondo elemento da rilevare con attenzione ed interesse concerne l'individuazione dei criteri di selezione dei beneficiari individuati dalle singole Regioni. Tutti gli atti di programmazione, coerentemente con l'impianto normativo, danno conto della necessaria selezione dei beneficiari attraverso la valutazione multidimensionale, che deve essere condotta secondo i criteri indicati dal DM del 2016 più volte richiamato. Al di là dei criteri di priorità indicati in maniera piuttosto precisa dal DM (art. 4, commi 3 e 4), alcune Regioni hanno posto l'accento sulla necessità di garantire la continuità dei finanziamenti anche in deroga al requisito anagrafico. Le misure previste dalla legge n. 112 si rivolgono, infatti, alla persona con disabilità grave non determinata dal naturale invecchiamento o a patologie connesse all'età; questo potrebbe far intendere che, al compimento del 65° anno di età, le persone inserite nei percorsi della legge n. 112, possano fuoriuscirne. Proprio per scongiurare questo rischio, nell'atto di programmazione della regione Emilia Romagna (nello stesso senso anche Abruzzo, Lombardia, Marche, Sardegna) si legge che "i Comuni e le Asl dovranno dunque assicurare continuità dei finanziamenti, evitando revisioni dei progetti individuali che siano basate esclusivamente sul criterio anagrafico".

Infine ci pare utile rilevare che solo poche regioni - Emilia Romagna, Toscana, Calabria, Umbria - hanno inteso finora avvalersi della possibilità di derogare ai criteri di priorità per la selezione dei beneficiari, al fine di riutilizzare patrimoni resi disponibili dai familiari o da reti associative di familiari di persone con disabilità per favorire forme di convivenza e mutuo aiuto tra le persone con disabilità. A tal proposito è interessante rilevare che la seconda Relazione sullo Stato di attuazione della legge n. 112 presentata al Parlamento dà conto del fatto

che tali interventi hanno interessato poco più del 2% dei beneficiari totali, circa 70 persone, di cui ben 1/3 nella sola Emilia Romagna.

Alcune esperienze regionali hanno cercato di sviluppare alcuni strumenti di monitoraggio e valutazione che, se messi a sistema, potrebbero essere davvero utili a ricostruire un quadro completo dell'attuazione della legge n. 112. Si possiamo identificare due modelli di intervento. Da un lato vi sono quelle regioni che hanno previsto di effettuare un controllo di tipo quantitativo, che è svolto: tramite incontri periodici e generiche indagini conoscitive (Calabria, Friuli Venezia Giulia, Lazio), tramite la compilazione di schede di rendicontazioni simili a quelle che le regioni devono compilare periodicamente per il Ministero (Basilicata, Piemonte) oppure attraverso i vari sistemi informativi regionali (Emilia Romagna, Lombardia).

Dall'altro, invece, vi sono quelle esperienze all'interno delle quali, accanto ad una valutazione di carattere quantitativo, si è voluto affiancarne una di tipo qualitativo, attraverso strumenti di valutazione del soddisfacimento degli utenti e di misurazione del cosiddetto "impatto sociale". Da questo punto di vista appare molto interessante l'esperienza della Toscana, laddove, al fine di verificare la qualità degli interventi posti in essere e la soddisfazione degli utenti, si prevede l'attivazione di un gruppo di monitoraggio composto da rappresentanti della Regione, degli enti territoriali, e delle associazioni rappresentative delle persone con disabilità, con il compito di individuare e diffondere le buone prassi emerse sul territorio.

A fronte di questi elementi positivi, che danno conto dei possibili itinerari che l'attuazione del principio di sussidiarietà, orizzontale e verticale, hanno seguito nei diversi contesti territoriali, ci sono anche degli elementi critici da considerare e da cui ripartire.

A oltre tre anni dall'approvazione della legge 112, l'attuazione regionale delle misure lì previste presenta ancora dei ritardi importanti. Se da un lato tutte le Regioni hanno presentato al Ministero i propri indirizzi di programmazione ed hanno partecipato alla rilevazione prevista dall'art. 8 della stessa legge 112, dalla seconda Relazione al Parlamento sull'attuazione della Legge n. 112 emerge che le persone con disabilità grave prive del sostegno familiare che per ora hanno usufruito degli interventi e dei servizi previsti sono poche migliaia, mentre secondo il rapporto tecnico presentato alle Camere dal Governo il 28 gennaio 2016 il gruppo dei beneficiari complessivi avrebbe potuto variare da 100.000 a 150.000 individui.

Inoltre in molte Regioni mancano ancora team multi professionali specifici in grado di sviluppare un quadro accurato del profilo di funzionamento di una persona; del contesto in cui vive la persona; dei facilitatori e delle barriere presenti nel contesto; e il tipo e la quantità di sostegno necessario per un percorso di vita autonomo (Lazio, Calabria). In altre è emersa come presupposto per

l'interpretazione del profilo di funzionamento delle singole persone con disabilità la necessità di istituire formazione per operatori socio-sanitari sull'utilizzo dell'ICF.

4. Il disegno di legge delega ed il "Dopo di noi"

Desta non poco stupore che il tema dell'assistenza e della tutela delle persone con disabilità prive dei genitori sia affrontato, nel disegno di legge in commento, in termini riduzionistici. Infatti al punto 4 della lettera p) comma 3 art. 1 si stabilisce di rafforzare le misure a favore delle persone con disabilità prive, o che restano prive, del sostegno familiare, favorendo, tra l'altro, la creazione di aree urbane funzionali alla integrazione della persona con disabilità, caratterizzate anche da forme di residenzialità sociale e di domotica assistenziale. Questo è l'unico riferimento *sostanziale* contenuto nel testo del disegno di legge al tema del c.d. "Dopo di noi".

Almeno due sono le ragioni che determinano un senso di malcontento su come venga trattato il tema. *In primis* ci pare impropria la collocazione della disposizione all'interno del disegno di legge. La disposizione è posta in attuazione del principio di accessibilità e del diritto alla mobilità (art. 1, comma 3, lettera p). In realtà i problemi che l'assistenza e l'inclusione sociale delle persone con disabilità prive dei genitori pongono non sono legati soltanto all'accessibilità ed alla mobilità dell'individuo, ma a una serie di tematiche riguardanti l'integrazione sociale, la qualità degli standard di vita, l'esercizio pieno dei diritti fondamentali della persona oltre la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sociali, socio-sanitarie e sanitarie. Immaginare che il "Dopo di noi" si riduca a problemi di accessibilità e mobilità significa non comprendere le ragioni e i bisogni concreti delle persone con disabilità prive del sostegno familiare.

In secondo luogo, la disposizione suscita anche serie perplessità nel contenuto perché, in fin dei conti, sfugge il significato precipuo del criterio direttivo della delega sul punto. Al di là di un riferimento generico ("rafforzare le misure a favore delle persone con disabilità prive, o che restano prive, del sostegno familiare"), essa concentra la propria forza innovatrice sul proposito di realizzare "aree urbane effettivamente funzionali alla integrazione della persona con disabilità, caratterizzate anche da forme di residenzialità sociale e di domotica assistenziale". Una lettura puntuale della disposizione indurrebbe a ritenere che il legislatore della delega intenda creare delle specifiche aree urbane a dimensione delle persone con disabilità prive dei genitori e queste sarebbero riconoscibili da due caratteristiche fondamentali: l'esistenza di strutture di residenzialità sociale e la predisposizione di abitazioni dotate di domotica assistenziale. In vero non si comprende, se non in termini molto sbiaditi, la reale portata della disposizione, ma l'interpretazione, che se ne potrebbe trarre sembra indirizzare il "Dopo di noi" verso una soluzione non

in sintonia con quanto lo stesso DM 23 novembre 2016 di attuazione della legge n. 112/2016 sottolinea. Qui infatti si pone in evidenza la necessità, mai richiamata nel disegno di legge in commento, che le soluzioni alloggiative per le persone con disabilità grave prive del sostegno familiare debbano essere ubicate in zone residenziali[20] (non solamente *urbane*) e, comunque, "in un contesto territoriale non isolato, essere aperte alla comunità di riferimento, permettere la continuità affettiva e relazionale degli ospiti"[21].

Si rivela, dunque, un potenziale scollamento del testo del disegno di legge in commento rispetto al recente tessuto normativo e giurisprudenziale: non si guarda neppure alle buone prassi emerse sullo sfondo di frutto della riflessione teorica che ha guidato il legislatore del 2016.

5. Le lacune della delega e le proposte di modifica

Come abbiamo potuto constatare, ormai il Dopo di noi gode di un percorso tracciato, sul quale bisogna ancora investire. Un percorso lungo il quale si sono sviluppate complesse reti di relazioni e progettualità innovative. Relazioni e progettualità che coinvolgono enti territoriali e soggetti del terzo settore e che hanno un rapporto molto stretto con alcuni degli assi portanti del nostro stato sociale: le tecniche di tutela dei diritti della persona con disabilità, le modalità di attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, i percorsi che caratterizzano l'attuazione del principio di sussidiarietà.

Il disegno di legge delega qui in esame sembra, da una parte, ignorare questo complesso percorso e, di converso, pare considerare in modo semplicistico e riduttivo il tema dell'assistenza a favore delle persone con disabilità prive del sostegno familiare. Lo colloca, isolato, in una sede materiale inadatta, trasmette l'idea di non cogliere la reale portata del tema e lo declina in termini potenzialmente riduttivi.

Ci pare dunque opportuno ripensare il rapporto tra il futuro Codice ed il "Dopo di noi", a partire da due considerazioni, che proveremo a sviluppare.

Innanzitutto il processo di implementazione della legge 112 non può e non deve essere disperso. È stata un'esperienza significativa ed innovativa, che ha ingaggiato una sfida importante e sollecitato le aspettative di tante persone con disabilità (grave) e delle loro famiglie. Per questa ragione, prima di qualsiasi intervento normativo che possa modificare gli assi portanti della legge n. 112 o anche solo gettarvi qualche ombra, sarebbe utile effettuare una seria opera di monitoraggio e valutazione dei risultati ottenuti nei diversi contesti regionali. Indubbiamente una

[20] L'ubicazione in zone rurali è ammessa sono all'interno di specifici progetti di agricoltura sociale coerenti con le finalità di cui all'art. 2, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141).

[21] Art. 3, comma 4, lett. e DM 23 novembre 2016.

base importante per il lavoro prospettato è costituita dalle due Relazioni già presentate al Parlamento sullo stato di attuazione della legge 112/2016 (giunte, entrambe, all'analisi del Parlamento con considerevole ritardo rispetto ai tempi previsti dall'art. 8 della legge e con un apparato di informazioni proveniente dai contesti territoriali non sempre completo). Ma è necessario integrare questo patrimonio di dati con analisi di tipo qualitativo e con una valutazione dell'impatto sociale, che sappiano restituire un quadro più compiuto dello stato dell'arte.

L'altra indicazione che può essere formulata in questa sede riguarda un aspetto più attinente al testo della delega legislativa. L'intervento riguardante il Dopo di noi nello schema della delega deve essere formulato in termini completamente differenti. L'indicazione di fondo che potrebbe essere contenuta in un testo non dettagliato per sua natura come quello di un disegno di legge delega, dovrebbe attenere a un'impostazione generale e di *design* complessivo, in linea con quanto previsto dalla legge 112.

Non basta, dunque, il riferimento al soddisfacimento di bisogni residenziali (per rispondere ai quali occorre, certamente, predisporre degli edifici accessibili) e al ruolo positivo delle tecnologie, ma bisogna valorizzare appieno un contesto generale in cui possano svilupparsi quelle reti di relazioni e quelle progettualità sopra richiamate. Un contesto atto a promuovere efficacemente la piena inclusione sociale ed in cui sia sviluppata e valorizzata l'acquisizione graduale delle competenze necessarie a vivere in autonomia.

A livello legislativo, poi, c'è una preziosa norma che dovrebbe entrare nel Codice e che costituisce la chiave di volta del Dopo di noi nel nostro ordinamento: l'art. 2 comma 1 della legge 112/2016 stabilisce che nell'ambito del procedimento di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e degli obiettivi di servizio di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, *sono definiti i livelli essenziali delle prestazioni nel campo sociale da garantire alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare* in tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Tale disposizione dovrebbe integrarsi con quanto previsto dall'art. 1, comma 3, lett. h) del disegno di legge delega, allorché si afferma che tra i principi ed i criteri direttivi posti al Governo in relazione al riordino della disciplina dei benefici e dei servizi occorre "assicurare l'integrazione dell'offerta, individuando a tal fine i livelli essenziali delle prestazioni in favore delle persone con disabilità, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione". Da questo punto di vista, la definizione dei livelli essenziali richiamati nel disegno di legge delega non dovrebbe essere disgiunta dalla definizione dei livelli *specifici* richiamati nella legge n. 112 ma, anzi, dovrebbe partire da questi e tenere in debita considerazione ciò che già stato tratteggiato in ambito sanitario e sociosanitario con il DPCM del 12 gennaio 2017.

Introdurre nel disegno di legge delega una cerniera di questo tipo inciderebbe positivamente anche sulle sorti del Fondo speciale di cui all'art. 3 della legge 112,

istituto proprio al fine di garantire le erogazioni delle prestazioni essenziali per le persone con disabilità grave prive del sostegno familiare su tutto il territorio nazionale. Infatti il disegno di legge delega in commento prevede all' art. 1 comma 3 lett. h) numero 3, anche di riordinare, anche accorpandoli, i diversi fondi destinati alla tutela, al sostegno e alla promozione dei diritti della persona con disabilità e alla valorizzazione del ruolo di cura, di sostegno e di assistenza della famiglia.

Dal canto suo, il Fondo speciale sopra richiamato è stato lo strumento per dare corpo e sostanza alla individuazione degli obiettivi di servizio, nelle more del complemento del procedimento di definizione dei livelli essenziali di prestazione (art. 2 comma 2 legge 112/2016) e occorre mantenerlo, almeno sostanzialmente, per il raggiungimento degli scopi per cui è nato, al di là delle vesti formali che assumerà.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Nota a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 2020: legittimo il raffreddamento della perequazione per le pensioni più elevate ed illegittima la durata quinquennale del contributo di solidarietà

CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI*

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 234 del 9 novembre 2020.
Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0234s-20.html.

Sommario

1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. La legittimità del maggior raffreddamento della perequazione per gli importi più elevati (c. 260). – 4. L'illegittimità del contributo di solidarietà se quinquennale e la sua legittimità se triennale (comma 261). – 5. Un approfondimento per i profili relativi all'art. 53 Cost. Il problema dell'accessibilità informativa. – 6. Un approfondimento per i profili relativi al sistema previdenziale. – 7. Inconferenza del richiamo, nella sentenza, alla sessione di bilancio. – 8. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2020

Suggerimento di citazione

C. FORTE, M. PIERONI, *Nota a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 2020: legittimo il raffreddamento della perequazione per le pensioni più elevate ed illegittima la durata quinquennale del contributo di solidarietà,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Consiglieri della Corte dei Conti.

1. Premessa

La presente nota si sofferma sui due punti-chiave del *diritto* della sentenza n. 234, costituiti dal punto 15, in tema di legittimità della riduzione della perequazione per le pensioni di importo più elevato, in quanto delimitata temporalmente, e dai punti 16-18, concernenti l'illegittimità del prelievo quinquennale sulle pensioni eccedenti determinati importi, per l'eccessiva durata.

2. Il fatto

Con sei ordinanze di rimessione sono state sollevate plurime questioni di legittimità costituzionale di due articoli della legge di bilancio per il 2019: il primo (art. 1, comma 260, l n. 145/2018), che dispone il "raffreddamento", per tre anni, della rivalutazione dei trattamenti pensionistici in proporzione inversa al loro importo (con esclusione di quelli complessivamente pari o inferiori a tre volte il trattamento minimo INPS); il secondo (art. 1, comma 261, l n. 145/2018), che introduce un contributo di solidarietà, per cinque anni, esclusivamente sui trattamenti elevati, in misura crescente rispetto al loro importo. Secondo i rimettenti (cinque Sezioni regionali giurisdizionali della Corte dei conti ed il Tribunale ordinario di Milano) il citato comma 260 (limitazione della rivalutazione automatica) "reitererebbe i pregressi interventi limitativi del meccanismo perequativo sì da risultare privo del necessario carattere della transitorietà, sia perché non sarebbe sorretto da motivate e urgenti ragioni di finanza pubblica", con violazione degli artt. 3, 36 e 38; il successivo comma 261 (contributo di solidarietà), sarebbe lesivo di molteplici parametri: artt. 3, 23, 36, 38 42, 53, 97, 81 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 1 del Prot. addiz. alla Convenzione stessa e 136 Cost. In sintesi, la normativa sarebbe illegittima "sia perché, in assenza di una destinazione solidaristica endoprevidenziale, il prelievo avrebbe carattere sostanzialmente tributario, in pregiudizio selettivo di una categoria di contribuenti, sia perché la durata quinquennale dell'intervento, eccedente lo stesso ciclo triennale di bilancio, sarebbe incompatibile con ogni giustificazione di tipo emergenziale, sia infine perché verrebbero comunque lesi i canoni della ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza in materia previdenziale". Infine, "sarebbe leso l'affidamento del titolare della pensione, colpito da una 'misura ablativa della proprietà privata', in violazione dell'art. 42 Cost. […].".

La sentenza risolve la questione dell'art. 1, co. 260, l. n. 145/2018 nel senso della non fondatezza e quella di cui all'art. 1, co. 261, l. n. 145/2018 nel senso dell'illegittimità costituzionale "sostitutiva" per l'eccessiva durata del prelievo

(inammissibili sono state invece ritenute le questioni riferite agli artt. 81, 97 e 136 Cost. e non fondate quelle sollevate in relazione agli artt. 3, 42, 53, 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 1 del Prot. addiz. alla Convenzione stessa).

3. La legittimità del maggior raffreddamento della perequazione per gli importi più elevati (c. 260)

Nel dettaglio, quanto all'art. 1, comma 260, il punto 15 fissa, anzitutto, un passaggio di estremo rilievo (15.2 e 15.4): spetta alla decisione discrezionale del legislatore fissare le modalità della perequazione, in modo da tener conto anche delle esigenze di bilancio. Prosegue poi, il punto 15, giudicando rispettoso quindi dei principi di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza il raffreddamento della perequazione per le pensioni di importo più elevato, purché limitato nel tempo (come in effetti prescrive la norma di riferimento), collegando però la *ratio* della norma medesima ad altre norme della stessa legge relative all'istituzione di un fondo per la revisione del sistema pensionistico attraverso l'introduzione di ulteriori forme di pensionamento anticipato e misure per incentivare l'assunzione di lavoratori giovani. Si mette in luce infine (15.4.3) il collegamento della misura con in vincoli europei di bilancio, nel momento in cui si ricorda che "come si evince dalla documentazione allegata agli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, il raffreddamento della rivalutazione delle pensioni di maggior importo ha rappresentato una misura emendativa al disegno della legge di bilancio 2019, introdotta nell'ambito dell'interlocuzione del Governo italiano con la Commissione europea, in funzione dell'osservanza dei vincoli di stabilità finanziaria derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea".

Qui la sentenza manifesta subito un doppio equivoco, che emerge anche nei successivi punti 16-18.

Da un lato, si fissano collegamenti tra norme diverse che le norme medesime però non indicano. Infatti, la disposizione sul raffreddamento della perequazione, oggetto della prima parte della sentenza (punto 15), finalizza esplicitamente i relativi risparmi all'obiettivo di cui al successivo comma 265, nel senso che "presso l'INPS e gli altri enti previdenziali interessati sono istituiti appositi fondi denominati «Fondo risparmio sui trattamenti pensionistici di importo elevato» in cui confluiscono i risparmi derivati dai commi da 261 a 263. Le somme ivi confluite restano accantonate.", il che esclude la endoprevidenzialità presunta dalla sentenza, trattandosi di somme semplicemente sterilizzate (le quali, *per absurdum*, se scongelate - non sussistendo uno specifico vincolo di destinazione - potrebbero indifferentemente essere impiegate, *ad libitum* dell'Istituto, per esempio, per la

copertura delle spese correnti dell'Inps, ovvero degli oneri per la cassa integrazione oppure comunque di quelli riguardanti il mercato del lavoro).

Dall'altro, si correlano le norme finanziarie impugnate al rispetto dei vincoli di bilancio.

Laddove emerge con tutta evidenza la contraddittorietà delle due proposizioni: la perequazione del sistema previdenziale implica un saldo netto nullo da parte della norma, i cui proventi vengono riassegnati dunque al sistema, il che esclude quindi che la disposizione abbia un effetto di sollievo alla manovra per la parte in cui quest'ultima serve a cogliere gli obiettivi di *deficit* e di debito.

Come prima accennato, la pronuncia collega la disposizione ad altre norme, come il precedente comma 256[1] nonché la legge istituiva di "quota 100" (decreto-legge n. 4 del 28 gennaio 2019), il cui art. 14 prevede provvidenze a valere delle risorse di cui al citato comma 256. Ne deduce poi, la sentenza, che "il quadro normativo evidenzia pertanto che il raffreddamento della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici di elevato importo è stato disposto con una finalità di concorso agli oneri di finanziamento di un più agevole pensionamento anticipato, considerato funzionale al ricambio generazionale dei lavoratori attivi".

Come prima anticipato, si ribadisce a questo riguardo che la norma sul raffreddamento della perequazione (comma 260) non fissa questo collegamento. Si fa dire pertanto alla legge ciò che la legge non dice. Ne consegue che le motivazioni per dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale del comma 260 non poggiano su un fondamento, in riferimento al fatto che con un raffreddamento temporalmente limitato della perequazione finalizzato al riequilibrio del sistema previdenziale la disposizione, alla fine, risulterebbe legittima: questa è la sintesi della pronuncia in merito al comma 260.

Dal punto 15 emergono comunque le due impostazioni di fondo di tutta la sentenza, peraltro non collegate fra di loro ovvero il cui legame la pronuncia quanto meno non chiarisce: da un lato, la (presunta) finalizzazione delle norme per recare sollievo ai conti della previdenza nonché per favorire l'equità di questo sistema (peraltro, sovrapponendo le due finalità che invece operano su piani

[1] Il testo recita che "al fine di dare attuazione a interventi in materia pensionistica finalizzati all'introduzione di ulteriori modalità di pensionamento anticipato e misure per incentivare l'assunzione di lavoratori giovani, nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito un fondo denominato « Fondo per la revisione del sistema pensionistico attraverso l'introduzione di ulteriori forme di pensionamento anticipato e misure per incentivare l'assunzione di lavoratori giovani », con una dotazione pari a 3.968 milioni di euro per l'anno 2019, a 8.336 milioni di euro per l'anno 2020, a 8.684 milioni di euro per l'anno 2021, a 8.153 milioni di euro per l'anno 2022, a 6.999 milioni di euro per l'anno 2023 e a 7.000 milioni di euro a decorrere dall'anno 2024.

diversi) e, dall'altro, il rilievo dell'argomento legato all'estensione temporale dei sacrifici disposti.

Si tratta degli stessi pilastri su cui poggiano i successivi punti 16-18 (cd. "contributo di solidarietà"), che, infatti, partendo dal medesimo assunto circa il presunto carattere "endoprevidenziale" delle norme impugnate, dichiarano sproporzionata (e dunque illegittima) la durata quinquennale del contributo medesimo, a vantaggio della sua triennalità.

Un ulteriore punto di carattere metodologico merita di essere affrontato (e che vale anche per i successivi punti 16-18 del Considerato in diritto, in riferimento al comma 261 già citato): la possibile qualificazione del c.d. raffreddamento della perequazione quale tributo, così come, peraltro, ritenuto (non in questo caso) dai rimettenti delle questioni di legittimità costituzionale decise con le sentenze n. 70/2015 (punto 4 del *diritto*) e n. 250/2017 (punto 6.4. del *diritto*). In entrambe le occasioni, la Corte ha "risolto" il dubbio di legittimità costituzionale concludendo in modo perentorio nel senso che le "misure di blocco della perequazione" avrebbero "la natura di misure di mero risparmio di spesa e non di decurtazione del patrimonio del soggetto passivo". Anche questa soluzione offerta dalla Corte al quesito formulato dai rimettenti appare piuttosto stringata, sì da non potersi ritenere esaustiva.

Due le considerazioni.

La prima, funzionale alla seconda, è che, con la sentenza in commento (n. 234, punto 15.4.3. del *diritto*), la Corte prende atto che "il raffreddamento della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici di elevato importo è stato disposto con una finalità di concorso agli oneri di finanziamento di un più agevole pensionamento anticipato, considerato funzionale al ricambio generazionale dei lavoratori attivi", con ciò ammettendosi che la misura assume una connotazione solidaristica di carattere sistemico e dunque chiaramente intesa a conseguire un interesse della generalità dei consociati.

La seconda è che, pur non sussistendo una destinazione vincolata dell'introito di specie, in quanto volto esso sarebbe vagamente volto, secondo la Corte, a riequilibrare, in ossequio dell'interesse generale, il "ricambio generazionale" per rendere più equo il sistema della previdenza nel suo complesso, la Corte vira poi su di una qualificazione del prelievo di tipo atecnico, quello del "risparmio di spesa"[2], che, a ben vedere, costituisce, per l'uno, il soggetto erogatore, l'effetto

[2] In realtà, dal punto di vista contabile, sarebbe - eventualmente - più appropriato parlare, in questo caso, di "minore spesa", derivante dal blocco (o dall'abrogazione) di un'autorizzazione legislativa di spesa preesistente e non di un "risparmio di spesa" che costituisce, più propriamente, o l'effetto - a legislazione vigente - di una gestione virtuosa oppure il sovrabbondare dello stanziamento programmato rispetto alle effettive esigenze soddisfatte nell'anno.

della misura e, per l'altro, il pensionato, una perdita secca, stante l'effetto di trascinamento della riduzione della pensione medesima (momentaneamente non più - ovvero meno - ancorata al meccanismo perequativo), con conseguente depauperamento non più recuperabile da parte del percettore del trattamento pensionistico. Talché non risulterebbe perspicua, secondo la Corte, la ragione della riconduzione della misura nel *genus* "prestazione patrimoniale imposta" (art. 23 Cost) ovvero in quella del "tributo" (art. 53 Cost.), da far confluire invece in quella del "risparmio di spesa" (*tertium genus*), pur a fronte di un diritto soggettivo del pensionato a vedere il proprio trattamento (*rectius*, retribuzione differita) garantito (ai sensi del congiunto operare degli artt. 36 e 38 Cost.), attraverso il meccanismo perequativo, dall'erosione dovuta al fenomeno dell'inflazione (sia pure nell'attuale contingenza in misura ridotta, ma comunque significativa vista anche l'introduzione a più riprese, ad opera del legislatore, delle misure di blocco).

In tal modo, la Corte, liquida la questione con un'affermazione meramente residuale - anche in questo caso - dal tono apodittico, e cioè che il blocco perequativo non è un tributo ma un "risparmio di spesa", e che dunque esso non viola parametri costituzionali. Laddove è di tutta evidenza come un gravame possa consistere - oggi - sia in una riduzione di prestazione da parte dell'erogatore pubblico sia in una maggiore imposizione a carico dell'avente diritto, sicché la mancata equiparazione delle due fattispecie si pone come una mera *fictio* di carattere linguistico, dalla quale non si possono trarre conseguenze sul piano giuridico. Va anche considerato infatti che, storicamente, il concetto "einaudiano" (*lato sensu)* di copertura sotteso alla Carta costituzionale ed il concorso della collettività alle spese pubbliche rimaneva riferito, in un'epoca e nell'idea del bilancio in pareggio con un Stato neutrale ai fini della politica economica, all'assolvimento dell'obbligo tributario, non essendo presente al Costituente l'idea successivamente di gran moda dell'intervento attivo dello Stato nell'economia attraverso lo strumento della spesa. E che successivamente si sia proceduto ad una sostanziale equiparazione delle due possibilità ai fini del governo della finanza pubblica lo dimostra tutta l'evoluzione della teoria e della prassi dei paesi occidentali di questi ultimi 60 anni (almeno), a tal punto che una regola del Patto di stabilità e crescita sottostante alle novelle costituzionali del 2012 contempla la priorità della manovra sulla spesa rispetto a quella sull'entrata, per raggiungere l'obiettivo di medio termine, attesi i minori effetti depressivi. Ciò peraltro rimane cristallizzato anche a livello normativo, con l'art. 5 della legge rinforzata n. 243 del 2012, dettante infatti la "regola della spesa". Sicché, a prescindere dal contenuto, non appare azzardato ipotizzare un ampliamento dell'interpretazione dei riferimenti in Costituzione ai concetti di prestazione patrimoniale e di obbligo tributario.

4. L'illegittimità del contributo di solidarietà se quinquennale e la sua legittimità se triennale (comma 261)

Con riferimento, dunque, alle questioni sollevate in relazione all'art. 1, comma 261 (cd. "contributo di solidarietà"), il punto 16 respinge anzitutto la censura circa la presunta violazione degli artt. 3 e 53 Cost., perché - secondo la Corte – l'introito derivante dal contributo rimarrebbe all'interno del circuito "endoprevidenziale", stante la mancata previsione legislativa espressa della devoluzione del contributo al bilancio dello Stato, il che escluderebbe la natura tributaria del contributo medesimo. Il punto 17 prende in esame il profilo di censura riferito all'art. 3 Cost. avuto riguardo all'affidamento, respingendo i ricorsi perché il contributo riguarderebbe il futuro, laddove anche la stessa retroattività è legittima - si spiega - se trovi, in tesi, "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza" e non trasmodi in "un regolamento irrazionale lesivo del legittimo affidamento dei cittadini […]", fattispecie, quest'ultima, che, con giudizio *tranchant*, "non si è verificata nel caso in esame". Il punto 18, infine, dopo avere escluso la riconducibilità della misura oggetto di censura al principio di universalità dell'imposizione fiscale, di cui agli artt. 3 e 53 Cost., e qualificando l'inquadramento del contributo nel *genus* delle prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost., ne dichiara l'irragionevolezza nella parte in cui stabilisce la riduzione dei trattamenti pensionistici ivi indicati «per la durata di cinque anni», anziché «per la durata di tre anni».

Circa l'assunto della "endoprevidenzialità", si tratta invero, in analogia con il punto 15, di un'assunzione che non trova riscontro nella norma[3], ma che tuttavia viene elevata a *ratio decidendi* per le decisioni assunte, nonostante la lettera della norma preveda solo l'accantonamento nel bilancio dell'Istituto dei relativi proventi[4]. Anche in questo caso *lex ubi voluit dixit*. In altre parole, ad ulteriore chiarimento, così come per il comma 260 (raffreddamento della perequazione), il

[3] L'argomento non viene affrontato infatti – del tutto legittimamente – dalla circolare applicativa dell'INPS n. 62 del 7 maggio 2019.

[4] Cfr., anche la lettera inviata il 18 dicembre alla Commissione europea dal presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, e dal Ministro dell'economia e delle finanze, Giovanni Tria, 5° capoverso: "Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi programmatici di bilancio, il Governo italiano intende sottoporre al Parlamento una norma che disponga l'accantonamento temporaneo di una parte di specifici stanziamenti. Le somme accantonate sarebbero rese disponibili solo nel caso in cui, in corso d'anno, il monitoraggio dell'andamento dei conti evidenzi che esso è coerente con gli obiettivi programmatici.". Ciò può rappresentare un indizio del fatto che era nelle intenzioni del Governo sterilizzare a garanzia somme, con il che si confermerebbe la *ratio* della lettera della disposizione di cui all'art. 1, comma 265, della legge n. 145/2018 (e cioè che il prelievo rimane accantonato).

successivo comma 261 (contributo di solidarietà), di cui ai punti 16 e ss. della pronuncia, destina – in base al comma 265 della legge 145 del 2018 – i risparmi alla creazione di un Fondo presso l'INPS, i cui importi risultano accantonati, ma non devoluti ad altri obiettivi, quale il riequilibrio del sistema previdenziale, come la sentenza invece assume.

Come già prima accennato, una somma in essere nel bilancio dell'Inps, in assenza di una disposizione *ad hoc*, non necessariamente deve costituire spesa per finalità previdenziali, presentando, il bilancio dell'Inps, oneri correnti autonomi afferenti alle spese di funzionamento dell'ente, per esempio, ovvero ai complessi e rilevanti interventi concernenti il mercato del lavoro, come cassa integrazione, etc. L'affermazione della sentenza di cui al punto 16.2, secondo cui "sebbene queste disposizioni [quelle oggetto della pronuncia] non indichino una specifica destinazione di utilizzo dei risparmi di spesa, l'accantonamento delle somme in fondi dedicati, appositamente istituiti presso gli enti di previdenza, ne garantisce il necessario mantenimento all'interno del circuito previdenziale", ruota dunque su un equivoco, ossia che le previsioni di spesa, almeno dell'Inps, *magna pars* del sistema normativo oggetto del giudizio, siano *ex se* destinate a sostenere la previdenza.

Il punto 17, poi, sempre in materia di contributo di solidarietà (comma 261), nel ritenere non violato il principio dell'affidamento, non argomenta adeguatamente intorno al fondamento di tale principio, ossia un patto implicito tra ordinamento e singolo cittadino circa la sua immutabilità unilaterale, ma si sofferma invece su valutazioni di equità del sistema previdenziale, che - si ripete ancora una volta - non trovano riscontro nella norma, ma ciò nondimeno vengono presunte dalla Corte.

Per non accogliere il punto relativo alla lesione del principio di affidamento, la pronuncia evoca, invece, l'argomento della mancata retroattività dell'aggravio, specificando peraltro anche le condizioni in base a cui la retroattività è stata ritenuta legittima. Al riguardo, si osserva come a nulla rilevi che il contributo non sia retroattivo: il taglio - ancorché *pro futuro* e provvisorio - dell'importo maturato in base a leggi vigenti all'atto del pensionamento costituisce una violazione unilaterale del patto, ancorché temporanea, a prescindere se il singolo possa o meno riorganizzare il proprio piano di vita. Semplicemente, lo Stato di diritto si basa su questo patto. L'unico argomento di qualche fondamento sarebbe stato quello della transitorietà del contributo, per cui il patto sarebbe violato *pro tempore*, ma di ciò non vi è cenno nel punto 17, in riferimento all'art. 3 Cost.

Quanto poi alle altre questioni (sempre relative al contributo di solidarietà in questione), ritenute infondate anche con riferimento ai parametri di cui agli artt. 42 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 6 della CEDU e all'art. 1 del Prot. addiz. alla Convenzione stessa), la Corte fa richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU (decisioni Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo e

Da Conceição Mateus c. Portogallo) per dare giustificazione a misure, quale quelle in esame, che incidono su percettori di trattamenti previdenziali "di particolare favore" (nella specie, incentrati sul sistema retributivo o su quello misto). Le pronunce della Corte EDU evocate dalla Corte costituzionale - a differenza di quanto sembrerebbe desumere dal loro richiamo - riconducono all'art. 1 del Prot. addiz. alla CEDU (anche) tutti i trattamenti pensionistici, a prescindere se "subordinati o meno al precedente versamento di contributi" (punto 18 del *diritto* della Decisione CEDU, ricorsi n. 62235/12 e n. 57725/12). Di qui l'eccentricità del disposto di cui al comma 263 della l. n. 145, che esonera dal contributo di solidarietà le «pensioni interamente liquidate con il sistema contributivo», e che, tuttavia, la Corte giustifica per finalità di "riequilibrio" *ex post* dei maggiori vantaggi maturati dai pensionati soggetti al sistema retributivo rispetto a quelli soggetti al sistema contributivo. La CEDU invece ricostruiva la propria *ratio decidendi*, ritenendo che le misure di compressione dei diritti soggettivi in materia previdenziale - comunque temporanee - fossero (nella specie) non sproporzionate ed eccessive, in ragione del bilanciamento delle misure intese a far fronte all'"eccezionale crisi economica e finanziaria affrontate dal Portogallo" con i principi su cui si fonda lo stato di diritto.

Infine, viene in rilievo il punto 18, che giudica irragionevole e dunque illegittima la quinquennalità del contributo: nelle parole della sentenza, "tale durata non solo risulta esorbitante rispetto all'orizzonte triennale del bilancio di previsione […] ma costituisce anche un indice di irragionevolezza per sproporzione, poiché riguarda una misura che persegue le sue finalità proprio nell'arco del triennio".

Il punto-chiave su cui ruota la sentenza, relativamente al comma 261 (contributo di solidarietà) è, dunque, l'illegittimità della portata quinquennale di detto contributo, giudicata eccessiva, essendo invece legittima una dimensione triennale.

Al riguardo, merita anzitutto di essere ribadito il punto di partenza, ossia che la norma non destina i risparmi di spesa se non ad un fondo accantonato presso l'INPS, come prima illustrato, e dunque non può essere assunta, come pur fa la pronuncia, all'interno di una politica intesa a disegnare una diversa composizione della spesa previdenziale.

Oltretutto, a parte l'argomento anche qui dirimente del tenore letterale della norma, si osserva che, a proposito del contributo in esame, come per il precedente punto 15 (raffreddamento della perequazione), non sarebbe stato possibile (ricomporre la spesa previdenziale) con una disposizione di durata limitata (cinque anni), trattandosi di esigenze di lungo periodo. Ne deriva che, anzi, proprio seguendo la logica della sentenza (destinazione dei risparmi al riequilibrio del sistema previdenziale), la norma - dovendo per un fatto di sistema risultare di lungo periodo – difficilmente sarebbe potuta diventare legittima con una riduzione della

portata al triennio, cioè esattamente l'opposto di quanto esigerebbe un intervento di riequilibrio del sistema previdenziale.

Riassumendo, l'alternativa è triplice.

Se la norma impugnata non destina i risparmi previsti per cinque anni e crea un accantonamento sterilizzato nel bilancio dell'INPS, come recita il suo tenore letterale, allora non sono chiari i motivi della declaratoria di illegittimità in quanto di durata quinquennale, per diventare peraltro legittima se limitata al triennio. Se invece la norma viene interpretata - al di là del suo tenore letterale e quindi senza un valido appoggio - come tale da contribuire a riconfigurare il sistema previdenziale, allora – trattandosi di problemi di lunga durata – essa sarebbe stata perfettamente legittima nella sua portata quinquennale (e, anche in questo caso, non sarebbe certo diventata legittima se ridotta al triennio). Infine, se la norma - sempre al dà del suo tenore letterale – fosse stata intesa in termini di sollievo alla finanza pubblica e come tale, quindi, da apportare risorse nette, ugualmente con la pronuncia non è chiaro perché il medesimo risparmio è illegittimo se quinquennale e legittimo se triennale: anzi, per l'art. 97, primo comma, Cost., che suggella il principio di lungo periodo della sostenibilità del debito, paradossalmente la si sarebbe potuta dichiarare illegittima per il fatto di presentare una durata solo quinquennale e non dunque una portata permanente o comunque di lunga durata, coerente con il principio della sostenibilità del debito.

In nessun caso, comunque, la norma di cui al comma 261 può diventare legittima se di durata più breve.

Tutto ciò senza che la sentenza consideri adeguatamente il vero problema della natura fiscale del contributo nonché della violazione del principio di affidamento, sbrigativamente superati, invece, dalla Corte.

5. Un approfondimento per i profili relativi all'art. 53 Cost.

In proposito, va ricordato che la dottrina più accreditata[5] concepisce la relazione tra i due principi costituzionali di cui agli artt. 23 e 53 Cost. come due cerchi concentrici, la più ampia quella delle prestazioni patrimoniali imposte (art. 23 Cost.), che include anche prestazioni coattive a carattere non tributario e stabilisce il principio della riserva di legge; la più ristretta è quella che definisce i tributi.

In materia, la giurisprudenza della Corte costituzionale[6] ha costantemente precisato che gli elementi indefettibili della fattispecie tributaria sono tre: a) la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; b) la decurtazione non

[5] A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Utet, Torino, 2003, pp. 52 ss.; A. FEDELE, *Commento all'art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1976, p. 146.

[6] Corte cost., sentt. n. 70/2015, punto 4 del *diritto*, e n. 223/2012, punto 12.3 del *diritto*.

deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico (nella specie, di una voce retributiva di un rapporto di lavoro ascrivibile ad un dipendente di lavoro pubblico statale "non contrattualizzato"); c) le risorse connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione sono destinate a sovvenire pubbliche spese.

Tanto premesso, dirimente ai fini della qualificazione giuridica del contributo di solidarietà e del regime costituzionale applicabile sarebbe, secondo la Corte costituzionale, il carattere "endoprevidenziale" del contributo medesimo[7], il che basterebbe a qualificarlo quale prestazione patrimoniale imposta soggetta al rispetto dell'art. 23 Cost. ma non anche al precetto di cui all'art. 53 Cost., cui sono sottesi i principi di universalità del prelievo e della non discriminazione garantita dalla capacità contributiva.

Quindi, a determinare la qualificazione dell'intervento legislativo quale prestazione imposta o tributo sarebbe esclusivamente il "vincolo di destinazione" imposto al "gettito" del contributo, e cioè la sua riconducibilità all'ambito previdenziale in funzione redistributiva.

Ora, in considerazione della (presunta) finalità del contributo, la c.d. endoprevidenzialità", resta difficilmente contestabile – nella fattispecie – il rispetto del vincolo a non dar luogo ad operazioni redistributive che non coinvolgano tutti coloro che manifestano eguale capacità contributiva e cioè a non violare il principio di eguaglianza.

Invero, l'affermazione della Corte intesa ad escludere, dall'alveo dell'art. 53 Cost., trasferimenti coattivi da categoria a categoria che non passino quali entrate indifferenziate per il bilancio dello Stato non può essere condivisa, in quanto rischia la *fraus Constitutioni*[8]; tanto più ove si consideri che il contributo di solidarietà, negli ultimi venti anni viene sistematicamente reiterato a carico delle pensioni più elevate sfuggendo allo scrutinio di cui all'art. 53 Cost. solo in ragione di un profilo di carattere meramente formale, quello della c.d. destinazione

[7] La Corte si è pronunciata più volte in tema di contributo di solidarietà, individuando nella c.d. "endoprevidenzialità", e cioè nel vincolo di destinazione assegnato alle risorse prelevate nei confronti dei pensionati, l'elemento che ne determina la riconducibilità tra le prestazioni imposte (art. 23 Cost.) oppure nei tributi (art. 53 Cost.): nel senso della qualificazione del contributo di solidarietà quale "tributo", in quanto destinato dal legislatore a sostenere "le pubbliche spese", v. sentenze n. 116/2013, punto 7.2 del *diritto*; n. 241/2012, punto 7.3.3.2 del *diritto*; n. 223/2012, punto 13.2 del *diritto*; nel senso della qualificazione del contributo di solidarietà quale "prestazione patrimoniale imposta", in quanto destinata dal legislatore all'endoprevidenzialità, v. sentenze n. 234/2020, punto 16.1 del *diritto*; n. 173/2016, punto 9 del *diritto*; n. 178/2000, punto 3.5 del *diritto*; ordinanze n. 160/2007; n. 22/2003.

[8] A. CERRI, *Profili costituzionali del sistema pensionistico*, in *Diritto e società*, I, 1983, p. 278.

vincolata ("endoprevidenzialità"), peraltro nella fattispecie non espresso dalla norma impugnata.

Infatti, secondo il ragionamento della Corte costituzionale, l'obiettivo redistributivo potrebbe alternativamente essere conseguito dal legislatore o attraverso l'introduzione di una prestazione patrimoniale imposta (art. 23 Cost.) oppure attraverso la previsione di un tributo (artt. 23 e 53 Cost.); sicché, non v'è nella specie una soluzione obbligata o necessitata per il legislatore, ma l'esercizio di un'opzione discrezionale che consentirebbe di pretermettere, *ad libitum* del legislatore ordinario, il rispetto del sicuro ancoraggio all'art. 53 Cost.

Ma non può non evidenziarsi che la finalità redistributiva in senso solidaristico non può configurarsi quale affare dei beneficiari dei trattamenti pensionistici bensì di tutti i consociati, in quanto la perequazione del sistema previdenziale sottende l'interesse pubblico di tutti i cittadini ad un sistema equo e sostenibile; non a caso vengono evocate dalla stessa Corte costituzionale le "connotazioni intergenerazionali del sistema previdenziale". D'altro canto, in relazione all'obiettivo di conseguire un sistema previdenziale più equo, non può non dirsi sussistente uno stretto nesso di correlazione inversa tra il prelievo imposto ai soli pensionati l'apporto della fiscalità generale, a parità di condizioni, per realizzare quell'obiettivo che ha il carattere di rispondere all'interesse generale e non soltanto dei pensionati.

Senonché, assumendo come valido il c.d. criterio oggettivo di identificazione della spesa pubblica[9] diretta al soddisfacimento di interessi generali della collettività (anche a prescindere dalla natura pubblica del soggetto che acquisisce l'entrata[10]), sembra più plausibile, oltre che più sicuro, dal punto di vista giuridico pervenire alla qualificazione della natura tributaria degli strumenti attuativi dell'art. 38 Cost., in quanto diretti all'attuazione dei doveri di solidarietà che non possono prescindere dall'art. 53 Cost. applicabile per tutti i prelievi coattivi *sine causa*.

Il percorso seguito in questi anni dalla Corte costituzionale sul versante della prestazione patrimoniale imposta, slegata dall'art. 53 Cost., evidenzia, come si è visto, insicuri punti di appoggio; non a caso la giurisprudenza della Corte EDU in materia, consapevole della scivolosità di percorsi giuridici alternativi, si colloca sul più solido ragionamento del test di proporzionalità della misura introdotta rispetto al diritto inciso, nella specie, in nome della grave crisi economico-finanziaria del

[9] V. MASTROIACOVO, *L'uguaglianza di capacità contributiva nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, IV, 2013, p. 3596; I. PEPE, *Costituzionalmente legittimi gli interventi sulle pensioni d'oro per il triennio 2014/2016*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1, 2017, pp. 37 ss.

[10] A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 17.

momento[11]. D'altro canto, la stessa Corte si avvede della sostanziale irrazionalità della scelta del legislatore (quale inadeguatezza del mezzo rispetto al fine, quello redistributivo all'interno del comparto previdenziale) laddove prende atto che la provvista creata mediante il prelievo di specie ha un carattere "modesto in termini relativi" (Corte cost., sent. n. 234/2020, punto 18.11. del *diritto*).

Va anche ribadito che la presunta contraddittorietà di cui alla pronuncia tra il carattere temporaneo del gravame (quinquennale o triennale che sia) e la relativa natura tributaria risulta non dimostrata nel suo fondamento e rimane un punto del tutto dubbio: innumerevoli sono i casi di sovrattasse (per esempio) limitate nel tempo, ma non per questo dichiarate illegittime. Comunque, il testo dell'art. 53 Cost. non fa cenno a tale vincolo-presupposto-condizione di carattere temporale: il tenore letterale rimane sempre l'argomento conclusivo.

6. Un approfondimento per i profili relativi al sistema previdenziale

Sintetiche riflessioni merita altresì la ritenuta legittima differenziazione tra i beneficiari di trattamenti pensionistici interamente liquidati con il sistema contributivo (non incisi) e tutti gli altri beneficiari di trattamento pensionistico (art. 1, comma 263, secondo periodo, della legge 30 dicembre 2018, n. 145), ritenuta legittima dalla sentenza.

A questo riguardo, anche di recente la Corte costituzionale[12] ha definito la pensione quale "retribuzione differita"[13], nel senso che ragioni previdenziali consiglierebbero di non erogare subito l'intera retribuzione al lavoratore, ma di ritardare la corresponsione dell'intero al momento in cui le sue capacità lavorative vengono meno, con ciò fondendosi il momento previdenziale con quello retributivo (artt. 36 e 38 Cost.).

[11] Sul test di proporzionalità effettuato dalla Corte in relazione all'eccezionale crisi economica e finanziaria del momento, cfr., CEDU, sentenze Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo n. 13341, punti 44 e 45; Da Conceição Mateus e Santos Januario c. Portogallo, nn. 62235/12 e 57725/12, punti 28 e 29.

[12] Corte cost., sent. n. 116/2013, punto 7.3. del *diritto*.

[13] La nozione di retribuzione differita può riferirsi ai contributi effettivamente accantonati e alla loro rendita, in ciò assumendo una connotazione privatistica, o anche ad un'ipotetica, tendenziale corrispondenza tra pensione e ultime retribuzioni godute, sì da assicurare un'esistenza libera e dignitosa (in ciò l'assetto costituzionale dei Rapporti economici conferisce rilevanza alla *virtus* e alla *fortuna*), in ciò assumendo una connotazione più marcatamente pubblicistica. Ebbene, così definito il concetto di pensione quale "retribuzione differita", non provvedersi ad operazioni redistributive se non attraverso un prelievo fiscale che abbia i necessari caratteri della generalità e nel rispetto del principio di eguaglianza.

Orbene, il profilo previdenziale assume il carattere *lato sensu* assicurativo, fondato sul principio della compensazione dei rischi, nel senso che non ogni lavoratore beneficerà del trattamento pensionistico nella stessa misura, in considerazione dell'alea della durata della vita.

Poiché peraltro il sistema contributivo non coincide con quello a capitalizzazione (che, per es., lascia al mercato il rendimento del risparmio accumulato, diversamente dal modello contributivo che vede invece fissato per legge tale rendimento), ma rappresenta solo una diversa modalità di calcolo del rapporto contribuzione-prestazione rispetto al sistema retributivo, fermo rimanendo il modello a ripartizione, non appare, sotto il profilo giuridico, dimostrata la diversità di trattamento, stabilita dalla norma, che distingue tra regime pensionistico interamente contributivo e altri regimi. Ciò tanto più che la Corte EDU, pronunciandosi sulla portata del diritto di proprietà di cui all'art. 1[14], Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), include anche i diritti di credito alle prestazioni sociali nonché le aspettative di diritto in materia previdenziale; non solo, essa assicura protezione indifferenziata anche al "pagamento di una pensione - subordinata o meno al precedente versamento di contributi - generando un interesse patrimoniale che rientra nell'ambito dell'art. 1, Prot. 1, CEDU"[15], alla sola condizione che detto credito pensionistico sia sotteso ad un legittimo affidamento ("*legitimate expectation*")[16] del percipiente e cioè, nelle specie, ad una legge dello Stato.

Disancorata dall'art. 53 Cost., la Corte, operando sul solo versante dell'art. 23 Cost. (prestazione patrimoniale imposta) ha sottoposto, nel passato, la previsione legislativa oggetto di censura al c.d. scrutinio stretto di costituzionalità, svolto in relazione al canone generale di ragionevolezza, che in materia assume, peraltro, un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati (Cfr., *ex plurimis*, sent. n. 432/1997).

Ebbene, secondo la Corte, il contributo di solidarietà in questione è da ritenere immune da censure, in quanto: a) operante in un'ottica di "mutualità

[14] Articolo 1 – Protezione della proprietà "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto generale. […]".

[15] Cfr., Corte EDU, Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo n. 13341, punto 31; Da Conceição Mateus e Santos Januario c. Portogallo, nn. 62235/12 e 57725/12, punto 18.

[16] E. BINDI, *La Corte EDU alla ricerca del giusto equilibrio tra politica fiscale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ianus*, 14, 2016, pp. 9 ss.; CEDU, sentenza N.K.M. v. Hungary (no. 66529/11), punti 34 e 35.

intergenerazionale" come misura di solidarietà interna all'ordinamento previdenziale, solidarietà a sua volta imposta da una situazione di grave crisi del sistema stesso di cui b) i pensionati sono tanto partecipi e consapevoli da potersi ritenere contestualmente salvaguardato anche il principio dell'affidamento in ordine al mantenimento del trattamento pensionistico già maturato.

Neanche in tale logica, quella dello scrutinio stretto di costituzionalità, il ragionamento della Corte appare persuasivo.

Quanto, alle "connotazioni intergenerazionali" che la norma intenderebbe salvaguardare è sufficiente osservare che la c.d. solidarietà intergenerazionale si può configurare come una sorta di catena che non può farsi carico della sorte degli anelli successivi senza trascurare l'anello attuale quello sul quale si pretende di incidere, a sua volta sostenuto da coloro che lo hanno preceduto[17]; sicché uno suo programmatico indebolimento non può che rivelarsi quale evidente *vulnus* in pregiudizio delle tutele attuali assicurate dalla generazione passata. Il contenimento delle pensioni di oggi penalizza, dunque, chi, a suo tempo, aveva fondato scelte di vita sulle promesse del legislatore dell'epoca; senza considerare che il diritto a poter disporre di mezzi adeguati alle esigenze future di vita ha un suo valore comparativo superiore per chi, avendo concluso il periodo di vita lavorativa, non ha più alcuna concreta possibilità, a differenza delle giovani generazioni ancora in attività o potenzialità di lavoro, di provvedersi di rimedi aggiuntivi o surrogatori della perdita delle aspettative sulle quali, a suo tempo, aveva fondato il proprio profetto di vita.

Quanto poi alla ritenuta salvaguardia del principio di affidamento dei pensionati incisi dalla norma appare di stampo politico-sociologico la motivazione addotta dalla Corte, nel senso della sua salvaguardia, poiché "il principio di affidamento deve sempre più essere inteso in senso non astratto, «nella misura in cui il prelievo non risulti sganciato dalla realtà economico-sociale, di cui i pensionati stessi sono partecipi e consapevoli»" (punto 18.8 del *diritto*, con richiamo della sentenza n. 173/2016).

In tal modo, il principio dell'affidamento[18], corollario del principio di certezza del diritto, quale valore primario del diritto inteso a garantire la sicurezza giuridica,

[17] M. CINELLI, *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in M. BARBIERI, M. D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Working Papers Centre for the Study of European Labour Law "Massimo d'Antona"*, 4, 2015, pp. 24 ss.

[18] Va qui citata la sentenza n. 349/1985, punto 5 del *diritto*, proprio in tema di tutela dei diritti dei pensionati, secondo la quale "qualsiasi precetto legislativo, non [può] trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile

viene in sostanza depotenziato a situazione soggettiva sacrificabile in nome di una generica "consapevolezza" della realtà economico-sociale del momento, che potrebbe altrettanto genericamente pregiudicare non solo i pensionati, ma la generalità dei titolari di diritti acquisiti. Sicché, la (forzata) qualificazione del contributo di solidarietà (quale prestazione patrimoniale imposta) perde il suo sicuro ancoraggio ai precetti ricavabili dall'art. 53 Cost., e cioè tanto il principio solidaristico-redistributivo quanto quello di eguaglianza scolpito del concetto di "capacità contributiva".

Appare evidente che la vaghezza delle giustificazioni addotte dalla Corte in relazione agli erratici interventi del legislatore in questa materia, al di fuori cioè di un complessivo riassetto sistemico della materia, rischia di cadere nella discrezionalità piena.

7. Inconferenza del richiamo, nella sentenza, alla sessione di bilancio

Come per il precedente punto 15 (raffreddamento della perequazione), va, inoltre, notato che, se i proventi di cui al contributo di solidarietà fossero rimasti nel circuito della previdenza, come sostiene la Corte, la norma allora avrebbe presentato un saldo nullo per la finanza pubblica: ciò avrebbe privato però di fondamento il riferimento (di cui al punto 18) alla sessione di bilancio e alle circostanze in cui maturò la decisione (manovra di finanza pubblica, punto 18.11). Ulteriori aspetti, questi, che rendono vieppiù perplesso l'impianto della pronuncia. Il riferimento alla sessione di bilancio in altre parole, da un lato, introduce un argomento legato all'estensione temporale della normativa (con la conseguenza per cui una disposizione con effetti finanziari di carattere quinquennale diventa legittima, in virtù della pronuncia, solo se ristretta al triennio), dall'altro riconosce alla normativa un effetto finanziario, che, per le regole che presiedono agli strumenti di bilancio, può essere di carattere espansivo ovvero, al contrario, di carattere riduttivo della spesa, ma non tale da presentare un carattere neutro (come

dello Stato di diritto (v. sentt. n. 36 del 1985 e n. 210 del 1971). Se quindi - in via di principio - rispetto alla fattispecie in esame deve ritenersi ammissibile un intervento legislativo che, nel rispetto dell'autonomia negoziale privata, modifichi l'ordinamento pubblicistico delle pensioni, non può però ammettersi che tale intervento sia assolutamente discrezionale. In particolare non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività". V., anche, M. BACCI, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Collana di Diritto Privato Europeo*, 6, 2015.

la sentenza dovrebbe assumere nel ritenere destinati i risparmi al circuito previdenziale, ancorché senza fondamento per i motivi prima illustrati).

Ma, nel primo caso (maggiore spesa netta), sarebbe difficile scorgere in un risparmio - ancorché finalizzato in ipotesi a nuove spese e dunque con un saldo netto nullo - un effetto espansivo, almeno nei termini usuali in cui si calcola la *fiscal stance* di una manovra (segno, cioè, del saldo strutturale primario, in termini tecnici). Nel secondo caso invece (risparmio), cadrebbe l'impianto su cui ruota la sentenza sul presunto intento endoprevidenziale, laddove si dovrebbe invece sortire un effetto netto nullo, se i proventi vengono riassegnati. Il richiamo alla sessione di bilancio non appare dunque conferente.

Anche in questo caso, inoltre, desta perplessità lo stesso riferirsi alla sessione di bilancio per dedurre un fondamento per la triennalità come condizione di legittimità, nella misura in cui si omette di ricordare che solo la legge di bilancio è triennale, ma che i documenti programmatici, che ne costituiscono, sin dal 1988 con la legge n. 362, il perimetro finanziario e la declaratoria degli intenti politici di fondo da perseguire, presentano, in base alla legge di contabilità n.196 del 2009, art. 10 (riferito al Documento di economia e finanza), una portata "almeno" triennale, il che non esclude un respiro più ampio. Vi sono esempi infatti di proiezioni ultratriennali, come da ultimo dimostra la Nota di aggiornamento a tale documento presentata in vista della sessione di bilancio relativa al triennio 2021-2023.

8. Conclusioni

Infine, un auspicio. Negli ultimi tempi, con un moto che va accelerando a partire dalla novella del 2012, molta legislazione in materia finanziaria costituisce il più delle volte la veste formale per un corpo dalla sostanza permanentemente fluida. Questo crea una serie di torsioni, come quella legata alla tendenziale stabilità del diritto di contro alla costante mutevolezza dei fenomeni finanziari, ma richiede anche che il mondo del diritto (giurisprudenza e dottrina), nell'affrontare queste questioni, profonda un più apprezzabile sforzo per cogliere tale substrato economico-finanziario. Altrimenti, si finisce con il cadere in un guscio vuoto, nel quale è possibile inserire interpretazioni e concetti che poco o nulla hanno a che fare con la sostanza delle questioni esaminate.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica

FRANCO SICURO*

Abstract: The paper aims to investigate the consequences of the reduction in the number of representatives on the organization and functioning of parliamentary committees, starting from the 19th Legislature. These reflections try to outline the new possible conformation that committees could assume in a numerically reduced Parliament, without underestimating the consequences that from this new conformation could derive on the delicate constitutional balances.

Sommario

1. Delimitazione del campo d'indagine. – 2. La regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni deliberanti o "in sede legislativa". – 2.1. Commissioni parlamentari e pluralismo politico-procedimentale: dalla riforma fascista alla Costituzione repubblicana. – 3. Gli effetti del "taglio" della rappresentanza sulla costituzione dei gruppi parlamentari. – 3.1. La "funzionalità" della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020. – 4. Le soluzioni prospettate *de iure condendo* – 4.1. L'intervento sugli organi bicamerali. – 5. Fattori di crisi del sistema delle commissioni permanenti. – 5.1. La possibile riforma dell'attività istruttoria in commissione. – 5.2. Verso un generale ripensamento del sistema delle commissioni permanenti.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2021

Suggerimento di citazione

F. SICURO, *Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottorando di Ricerca in "Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali" nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro". Indirizzo mail: franco.sicuro@uniba.it.

1. Delimitazione del campo d'indagine

Lungi dal costituire un intervento riformatore puntuale e ad effetti circoscritti[1], la riduzione del numero dei parlamentari sembra dischiudere una «nuova stagione di riforme costituzionali "a tappe"»[2], il cui approdo finale resta, allo stato, incerto e, per alcuni aspetti, non privo di criticità.

Intervenire sulla dimensione numerica delle Camere, infatti, non può che riverberarsi su quel complesso meccanismo che, in una prospettiva teleologica, «consiste in un processo di scelta dei governanti e di controllo sul loro operato attraverso elezioni competitive»[3]: la rappresentanza politica. In tal senso, senza voler giudicare nel merito l'«adeguamento» costituzionale[4] appena entrato in

[1] Come sottolineato da M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari più democrazia?*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 245, «ogni intervento, pur puntuale, sulla Costituzione si riverbera fatalmente sull'intera architettura».

[2] S'intende qui richiamare il titolo del contributo di M. D'AMICO, *Una nuova stagione di riforme costituzionali "a tappe" e le sue insidie*, in *Federalismi.it,* Paper, 9 settembre 2020, la quale, all'esito di un'attenta disamina dei probabili ed ulteriori interventi riformatori che seguiranno alla riduzione del numero dei parlamentari, rileva come si tratti di «tappe non chiarite e tuttavia necessarie per fare in modo che la riforma non finisca col delegittimare e marginalizzare il ruolo del Parlamento, rischiando di paralizzarne il funzionamento e così di fatto raggiungendo lo scopo dei suoi primi promotori e fautori: sostituire la rappresentanza politica, in favore di ristretti gruppi di partito (o movimenti), che si muovono sulla base di una pseudo legittimazione popolare elettronica ottenuta via web, dai contorni fumosi e con evidenti tendenze oligarchico-plebiscitarie» (p. 4). Per una panoramica esaustiva degli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sul funzionamento delle istituzioni e, più in generale, sull'intero assetto politico-costituzionale, cfr. G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020. Per di più, in una prospettiva che resta teleologica, la circostanza che la richiesta di sottoporre a *referendum* popolare la modifica costituzionale *de qua* «sia stata avanzata da un numero di senatori superiore ai voti contrari ottenuti dalla riforma in Senato», induce a considerare lo strumento referendario medesimo «come fonte di legittimazione del percorso riformatore». In tal senso, F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Una riforma costituzionale per aggregare e legittimarsi*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 521.

[3] M. COTTA, *Rappresentanza politica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, UTET, Torino, 2016, p. 804.

[4] Sul punto, non possono che tornare alla mente le riflessioni di Gustavo Zagrebelsky sulla distinzione tra adeguamenti e riforme costituzionali: «Più che la distinzione tra riforme "forti" e "deboli", sembra utile quella tra *adeguamenti* e *riforme* (…). Per comprendere il senso della distinzione, occorre tener presente il rapporto tra dimensione formale e dimensione materiale della esperienza costituzionale. Per adeguamento, intendo le modifiche costituzionali (grandi o piccole) che tengono dietro a trasformazioni materiali (la costituzione formale che si adegua a quella materiale). Per riforma, intendo invece le

vigore, l'aumento della quota rappresentativa di cui ciascun parlamentare diverrà titolare a partire dalla XIX Legislatura non potrà che avere ripercussioni su quei principi di sovranità popolare e di responsabilità politica degli eletti che dal rapporto rappresentativo medesimo traggono origine[5]. Proprio per tale ragione, in un contesto segnato dalla perdurante crisi dei partiti politici e da una «copiosa produzione normativa per mano del Governo»[6], aver ridotto il numero dei parlamentari potrebbe, di fatto, determinare non già un aumento dell'efficienza e della produttività delle Camere, ma, al contrario, una limitazione ancor più marcata della relativa funzione all'interno del complessivo assetto istituzionale[7].

---

modifiche che vengono prima delle trasformazioni materiali, perché intendono determinarle. La mia tesi è questa: gli adeguamenti, non le riforme sono possibili; le "riforme" che si realizzano in presenza di una costituzione materiale immutata sono in realtà adeguamenti e valgono perciò non *contro* ma *secondo* quest'ultima (quali che possano essere le forme propagandistiche sotto cui siano presentate)». Così, G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, vol. II, p. 933. La distinzione tra adeguamento e riforma è ripresa, da ultimo, da G. DI PLINIO, *Dopo il referendum: le riforme e i loro presupposti*, in *Federalismi.it,* Paper, 21 ottobre 2020, p. 4, il quale, proprio nell'alveo delle riflessioni dello studioso torinese, afferma che, stante l'impossibilità di una riforma *stricto sensu* intesa, la riduzione del numero dei parlamentari si configura come un adeguamento necessario: anzi, «probabilmente il primo, di quegli adeguamenti, che, piaccia o meno, pare destinato a riaprire la stagione delle riforme».

[5] Come è stato acutamente osservato da A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta Online*, n. III/2017, pp. 492-493, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org «crisi della sovranità, crisi dell'indirizzo politico, crisi della legge sono, dunque, i tre punti di un ideale triangolo entro il quale si consuma la complessiva vicenda di un ordinamento costituzionale che sempre più fatica a riconoscere se stesso, la propria identità, quale descritta dalla Carta costituzionale, per come riflessa in un'esperienza dai tratti peraltro confusi ed appannati, gravati di molte contraddizioni e complessive, non colmate carenze».

[6] A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 495.

[7] A tal proposito, P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli art. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari più democrazia?*, cit., p. 186, sottolinea come, in definitiva, si tratti «di una riforma soprattutto "estetica", con effetti presumibilmente e apparentemente semplificatori della rappresentanza partitica parlamentare, ma non anche decisivi ai fini della formazione di stabili maggioranze di governo e dunque in termini di governabilità ed equilibrio del sistema politico. Insomma, un bel vestito nuovo, che donerebbe una più bella linea a chi lo indossasse, ma non trasformerebbe l'indossatore, senza altri interventi, non solo sul sistema elettorale, in un modello di virtù repubblicane».

Pur nella consapevolezza di tali significative conseguenze di carattere sistemico, il presente contributo non intende tuttavia soffermarsi, con l'analiticità che uno studio siffatto richiederebbe, sugli effetti che l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020 potrebbe provocare sui delicati equilibri su cui si reggono tanto la forma di governo quanto, a monte, la forma di Stato e l'effettivo tasso di democraticità della produzione normativa[8].

Più nello specifico, ci si propone di indagare le incipienti conseguenze che la riduzione di 375 parlamentari elettivi produrrà sull'organizzazione e sul funzionamento delle commissioni permanenti, quali organi deputati alla concreta

[8] È questa la conclusione cui giunge A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 settembre 2019, p. 8, la quale incisivamente conclude: «La riduzione del numero dei parlamentari è un tassello di una trasformazione della forma di Stato in senso autoritario, tendente ad espellere e a privare di agibilità politica, quando non a punire (il riferimento è ai decreti sicurezza), il dissenso». Si interroga sulla possibile compromissione, a seguito del "taglio" della rappresentanza, della forma di Stato e della forma di governo, anche P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *Consulta Online*, n. I/2020, spec. p. 77, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org. Critico nei confronti della proposta di modifica costituzionale, poi confermata in sede referendaria, è anche G. AZZARITI, *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online,* n. 1/2020. *Contra*, tuttavia, V. ONIDA, *Le ragioni di un sì*, in *Federalismi.it*, Paper, 9 settembre 2020, a detta del quale «Pare difficile sostenere che vi sarebbe un *vulnus* alla rappresentatività delle Camere. Questa infatti non dipende in generale dal fatto che siano più o meno le centinaia di eletti, quando gli elettori sono decine di milioni, quanto piuttosto dal rapporto "sostanziale" e qualitativo che si realizza fra elettori ed eletti, su cui, come si sa, in una democrazia di massa sono decisivi da un lato il ruolo di intermediazione svolto dai partiti politici e dalle altre organizzazioni sociali, dall'altro i sistemi elettorali» (p. 2); 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, la quale ritiene che «La riduzione del numero dei deputati e senatori potrebbe contribuire, oggi, sia a conferire maggiore prestigio e autorevolezza alle due Camere, rafforzandone il ruolo, sia ad ampliare la capacità di lavoro e l'efficienza dei singoli parlamentari». Anche C. FUSARO, *Perché non è possibile votare "no" alla riduzione dei parlamentari. Anche se è una goccia nel mare delle riforme necessarie*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 241-244, dopo aver sottolineato la portata, in un certo senso, "contenuta" degli effetti della riforma costituzionale, ne ha evidenziato i vantaggi legati, soprattutto, alla possibilità, per Camere numericamente ridotte, di funzionare in modo più efficiente. Insiste sulla maggiore responsabilizzazione politica che potrebbe derivare dalla riduzione del numero dei componenti delle Camere anche A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari potrà rispondere alle attese?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 257-261.

elaborazione dell'indirizzo politico statale. In effetti, il "taglio" del 36,5% circa della rappresentanza nazionale sembra destinato ad incidere soprattutto sul piano della funzionalità interna delle Camere[9], richiedendo un nuovo esercizio di autonomia regolamentare diretto ad evitare probabili paralisi dell'attività parlamentare. Ed è proprio sui possibili, futuri interventi regolamentari che si tenterà di svolgere qualche riflessione, dopo aver meglio precisato la struttura ed i meccanismi di funzionamento del sistema delle commissioni.

2. La regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni deliberanti o "in sede legislativa"

«Raggruppamenti organici parziali di deputati e senatori» costituiti al fine «di esercitare competenze varie»[10] all'interno di «un'attività preliminare di confronto e di sintesi»[11], le commissioni permanenti specializzate per materia intervengono in vario modo nel procedimento legislativo, «nell'ambito del quale la fase di commissione rappresenta un momento non eludibile»[12]. In particolare, oltre a svolgere «*ab antiquo*»[13] un'imprescindibile funzione istruttoria rispetto all'attività dell'assemblea (art. 72, co. 1 Cost.), cui si aggiunge un'importante funzione consultiva, esse, per espressa previsione costituzionale, risultano altresì titolari del

[9] Da ultimo, S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *Federalismi.it*, Paper, 15 aprile 2020, pp. 4-5, ha fatto notare che «in una forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione come quella delineata in Costituzione, i regolamenti parlamentari hanno spesso avuto un ruolo decisivo nella sua dinamica, che è andato ben al di là di quello meramente attuativo o integrativo in cui lo si sarebbe voluto confinare sicché si può a ragione parlare di una via regolamentare alternativa alle riforme costituzionali, per introdurre modifiche tacite all'assetto costituzionale sulla forma di governo». Si tratta di un argomento ormai consolidato in dottrina: *ex multis*, cfr. G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. I, pp. 346 ss.; A. MANZELLA, *L'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. II, pp. 269 ss.; S. LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo (note in tema di ostruzionismo, formazione dell'ordine del giorno dell'assemblea, decretazione legislativa di urgenza)*, in *Diritto e società*, n. 4/1982, pp. 645 ss.

[10] C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1982, p. 649.

[11] S. CURRERI, *L'inopinato revival del «libero mandato parlamentare»*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2014, p. 695.

[12] G.F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, *I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica,* Treccani, Roma, 1988, vol. VII, p. 6.

[13] L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VII, p. 899.

«potere di definire autonomamente la volontà delle Camere cui appartengono»[14]. Tale fondamentale potestà deliberativa non costituisce, tuttavia, una prerogativa esclusiva delle commissioni permanenti, in quanto l'art. 72, co. 3 Cost.[15] riconosce espressamente la facoltà di stabilire, per mezzo dei Regolamenti parlamentari, "in quali casi e forme" sia possibile deferire la funzione legislativa a commissioni speciali, costituite a seconda delle esigenze di esame dei disegni di legge e destinate ad esaurire la propria attività con l'approvazione definitiva dei medesimi. Anzi, l'utilizzo di un'incidentale – "commissioni anche permanenti" – parrebbe «quasi dare un'indicazione preferenziale»[16] a favore di tali sub-unità speciali, appositamente costituite in relazione allo specifico progetto di legge da esaminare[17]. Possibilità, quest'ultima, che, nonostante la formulazione letterale dell'art. 72, co. 3 Cost, è rimasta, almeno sino ad oggi, residuale, in forza della consolidata prassi applicativa, puntualmente recepita dai Regolamenti parlamentari, tesa a prediligere l'articolazione in commissioni permanenti specializzate per materia.

In entrambi i casi di esercizio di potere deliberativo, la Costituzione, formalizzando una sorta di «rottura dei principi del parlamentarismo classico»[18], prescrive che le commissioni permanenti o speciali siano "composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari" (art. 72, co. 3 Cost.), secondo

[14] L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 151.

[15] Come ha sottolineato A.A. CERVATI, *Art. 72*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 70-74: la formazione delle leggi*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, vol. I, p. 147, «non è facile trovare un'idea ispiratrice unitaria nella formulazione del terzo comma dell'art. 72».

[16] L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., p. 155.

[17] G.F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 11, ha evidenziato che «Queste commissioni speciali si inseriscono nel sottosistema delle commissioni permanenti e ne seguono, per quanto possibile, le procedure; ma non sono soggette ad un rinnovamento periodico, come le commissioni permanenti, cessando con l'avvenuto adempimento delle funzioni per le quali sono costituite».

[18] In effetti, come ha sottolineato S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2020, p. 226, «la facoltà, riconosciuta in Costituzione alle Commissioni di potersi sostituire all'Assemblea nell'esercizio del suo principale potere – quello legislativo (art. 72.3 Cost.) – e nella massima espressione della sua potestà ispettiva – quella cioè di procedere ad indagini ed esami in materie di pubblico interesse con gli stessi poteri e gli stessi limiti dell'autorità giudiziaria (art. 82 Cost.) – a condizione di essere composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari in essa presenti, implica una rottura dei principi del parlamentarismo classico, basati sulla rappresentanza politica del singolo parlamentare, a favore di quelli propri dei regimi parlamentari "razionalizzati", basati invece principalmente sulla rappresentanza politica dei gruppi politici».

un principio, quello di proporzionalità[19], che, sancito per la prima volta nel Regolamento della Camera del 1920-1922[20],sembra essere preordinato a garantire non solo un'indefettibile pluralità politico-procedurale[21] ma, forse ancor più significativamente, l'esigenza di costituire commissioni parlamentari, soprattutto se operanti in sede deliberante, che riproducano «su scala ridotta la reale fisionomia politica di assemblee politiche, per poter avere quel medesimo carattere rappresentativo che hanno (…) le Camere». Solo così, infatti, esse, nel momento in cui acquistano una dimensione tecnica specializzata[22], possono legittimamente

[19]A tal proposito, L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., pp. 896-897 considera il principio di proporzionalità estensibile, più in generale, a tutti gli organi collegiali costituiti all'interno delle Camere.

[20] Infatti, dando attuazione ad una pressante esigenza di riconoscimento istituzionale dell'incipiente pluralismo sociopolitico allora in via di affermazione, attraverso un *modus operandi* che un autorevole studioso del diritto parlamentare ebbe modo di definire «metodo dei cauti e progressivi innesti sul tronco del regolamento del 1900» (così, P. UNGARI, *I precedenti storici del metodo parlamentare vigente in Italia*, in AA. VV., *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, Camera dei deputati, Roma, 1968, p. 94), fu stabilito che i gruppi-uffici, espressione parlamentare dei partiti operanti nel Paese, dovessero designare i componenti delle commissioni permanenti non già mediante il metodo del sorteggio, sino ad allora utilizzato, ma in misura proporzionale alla loro composizione numerica, secondo una regola di rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni che, ancora oggi, presiede all'organizzazione ed al funzionamento di queste fondamentali *sub*-unità organiche *intra*-camerali. Per un'ampia ricostruzione delle evoluzioni storico-politiche qui soltanto diffusamente accennate, cfr. A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Cacucci, Bari, 2019, pp. 17-101.

[21] Un'esigenza, quella della pluralità di espressione politico-partitica all'interno delle commissioni, riconosciuta da gran parte delle Carte fondamentali delle moderne democrazie costituzionali. Non a caso, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 1993, p. 439, ha evidenziato che «estremamente significative sono le previsioni generalizzate relative al principio di proporzionalità, dovendo la composizione delle commissioni riflettere la composizione politica della assemblea».

[22] Come ha acutamente osservato G. SARTORI (1995), *Elementi di politica. Parlamento*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 220, «I parlamentari (…) non sono dei veri e propri *decision makers*» e, pertanto, loro precipua funzione non dovrebbe essere quella del *come* decidere, in termini di prontezza e capacità di decidere, ma, più correttamente, del *cosa* decidere. E se questo è vero, un criterio oggettivo per rilevare se, e in che misura, l'esigenza della specializzazione viene sentita, esiste: è il criterio di assegnazione e la permanenza dei singoli parlamentari nelle commissioni legislative. Se l'assegnazione segue troppo spesso criteri che non hanno nulla a che vedere con il titolo di studio, il mestiere o la precedente esperienza, e se al tempo stesso i cambiamenti di commissione sono frequenti, tanto da diventare una prassi normale, allora è chiaro che l'esigenza della specializzazione non è sentita e che la professionalizzazione non trasforma l'uomo politico in esperto».

sostituirsi «*in parte qua* alle Assemblee rispettive, offrendo nel loro modo di operare garanzie di dialettica interna analoghe a quelle che contrassegnano l'operare delle Camere nel loro *plenum*»[23].

In altri termini, benché imprescindibile strumento a tutela del pluralismo politico-procedurale, il senso più profondo della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle commissioni in sede deliberante o "legislativa" parrebbe radicarsi non già o, meglio, non solo nella garanzia dei diritti delle minoranze, invero perseguibile mediante altre e più efficaci procedure parlamentari (alcune delle quali, peraltro, espressamente costituzionalizzate[24]), ma, più precisamente, nel rispetto dei risultati elettorali e della legittima pretesa di governabilità di cui sono titolari le forze politiche di maggioranza[25]. Con ciò si

[23] È questa la ricostruzione che delle commissioni permanenti fornisce V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*, n. 1-2/1969, pp. 19-30.

[24] Basti pensare alle espresse garanzie in tal senso fornite dallo stesso art. 72, co. 3 e 4 Cost., il quale, innanzitutto, prevede che, nel caso in cui l'esame e l'approvazione dei disegni di legge siano deferiti a commissioni con poteri deliberativi, "fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della commissione richiedono che sia discusso e votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto" (co. 3); e, ancor più significativamente, "La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi" (art. 72, co. 4 Cost.). Per tal motivo, P. PASSAGLIA, *Art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, UTET, Torino, 2006, p. 1395, ha evidenziato come la tutela delle minoranze non passi tanto dalla regola della proporzionalità di cui all'art. 72, co. 3 Cost., quanto «dall'istituto della rimessione all'assemblea, previsto dal 3° co. dell'art. 72», inteso come vero e proprio «diritto potestativo» delle minoranze medesime.

[25] Come ha chiarito S. CURRERI, *L'inopinato revival del «libero mandato parlamentare»*, cit., p. 695, «La commissione è (…) necessariamente luogo di confronto tra le posizioni dei gruppi parlamentari, rappresentati dai loro membri in proporzione alla loro consistenza numerica in Aula. Se così non fosse, e se cioè gli equilibri in commissione fossero diversi rispetto a quelli dell'Aula, fino al punto da trasformare la maggioranza nella seconda in minoranza nella prima, a patirne non sarebbe solo la loro rappresentanza politica ma anche la stessa funzionalità dei lavori parlamentari, compromessa dai prevedibili permanenti conflitti interni che si innescherebbero tra commissione ed Aula; ad ulteriore riprova di come la capacità delle commissioni di assolvere il ruolo loro attribuito in Costituzione dipenda dal mantenimento degli equilibri politici al loro interno. Questo è, dunque, il senso della presenza proporzionale dei gruppi parlamentari in commissione». Nello stesso senso, cfr. A. CHIAPPETTA, *Le commissioni legislative: l'attore che rivendica il ruolo di protagonista*, in P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *«Il procedimento legislativo*

intende dire che la regola della rappresentanza proporzionale è diretta a riprodurre, il più fedelmente possibile, la geometria politica fuoriuscita dalle elezioni, senza alterare in commissione i rapporti di forza venutisi a creare, in ragione dei risultati elettorali, nel *plenum* assembleare.

2.1 Commissioni parlamentari e pluralismo politico-procedimentale: dalla riforma fascista alla Costituzione repubblicana

Già da queste brevi annotazioni introduttive è possibile trarre preziose informazioni sul rapporto intercorrente tra l'articolazione *intra*-camerale in commissioni ed il sistema politico-partitico di riferimento[26]. Una conclusione, quest'ultima, che risulta corroborata sol che si pensi alla genesi delle commissioni parlamentari ed al tentativo di soppressione cui esse sono andate incontro durante il ventennio fascista[27]. Non è casuale, infatti, che, superata l'identificazione

ordinario in prospettiva comparata», *L'Italia*, Seminario di Studi e Ricerche parlamentari Silvio Tosi, Ricerca 2018, Firenze, giugno 2018, p. 30, disponibile all'indirizzo www.osservatoriosullefonti.it, il quale sottolinea che «la predeterminazione delle quote di partecipazione tende, (…) per un verso, a stabilizzare le forze di maggioranza e, per l'altro, a garantire un tangibile contributo delle minoranze».

[26] Del resto, ripercorrendo le quattro fasi che hanno segnato la composizione e le competenze delle commissioni parlamentari, Leopoldo Elia ha fatto notare che, in corrispondenza della c.d. seconda fase, caratterizzata dalla costituzione di commissioni permanenti specializzate per materia e composte proporzionalmente alla forza dei differenti gruppi parlamentari, «è in rapporto alla formazione delle commissioni permanenti che il partito moderno trova il suo riconoscimento in sede parlamentare, poco dopo averlo trovato in sede elettorale con l'abbandono del sistema maggioritario a collegi uninominali» (cfr. L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 896).

[27] Infatti, con l'avvento del regime fascista, la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni, fissata dal regolamento della Camera del 1920-1922, fu oggetto di un mirato tentativo di eliminazione, da inserirsi all'interno di un più generale contesto di limitazione del carattere pluralistico della realtà sociopolitica e dei suoi riflessi istituzionali. A tal fine, con l'intento di far rivivere il vecchio sistema degli Uffici legislativi composti secondo il metodo del sorteggio, la mozione presentata il 28 maggio 1924 dall'on. Dino Grandi prevedeva, senza mezzi termini, che "le modificazioni del regolamento della Camera approvate nella seduta antimeridiana del 26 luglio 1920 e del 6 agosto 1920, con gli emendamenti relativi approvati nelle sedute antimeridiane del 22 e 23 giugno, sono abrogate". Pertanto, con l'eliminazione, peraltro soltanto formale, delle commissioni, gli Uffici legislativi riassunsero le funzioni precedentemente da queste esercitate, continuando così a funzionare all'interno delle Camere, seppur secondo logiche di tipo meramente amministrativo, in un contesto di forte accentramento dei poteri in capo all'Esecutivo. Fu così che, pur sopprimendo le commissioni, la mozione Grandi non eliminò la possibilità di formare raggruppamenti politici endocamerali, dalle funzioni tuttavia ridotte a causa della presenza di un clima politico non propenso a garantire

pressoché totale con gli "Uffici" ed il pedissequo criterio di formazione mediante sorteggio[28], le commissioni permanenti si siano affermate in una fase storica in cui l'ordinamento costituzionale era caratterizzato da una pluralità di soggetti politico-partitici in competizione tra loro; e, ancora, non può essere sottovalutato che, come si avrà modo di meglio precisare *infra*, venuto meno il pluralismo durante il fascismo, il sistema delle commissioni, benché destinatario di interventi di innovazione strutturale soltanto parziali, sia stato oggetto di una significativa rimodulazione funzionale, riscoprendosi formidabile strumento operativo nella piena disponibilità del partito unico al governo[29].

manifestazioni di dissenso e di pluralismo politico-sociale. Sul punto, per i necessari approfondimenti, si rinvia ancora ad A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., spec. pp. 82-101.

[28] Come ha evidenziato G.F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 2, prima delle modifiche regolamentari del 1920-1922 non vi erano «commissioni permanenti con competenza specializzata per materia, salvo qualche sporadica eccezione (…); le commissioni erano invece costituite per un singolo progetto di legge o affare, sul modello inglese degli *Standing Committees*. L'attività parlamentare poggiava soprattutto sul "sistema degli uffici", che non comportava alcuna garanzia per le minoranze, e funzionava quindi sul presupposto di una sostanziale intercambiabilità tra i parlamentari, quale poteva sussistere in assemblee elette con sistema uninominale – o non elettive – nelle quali i processi aggregativi tra i componenti rispondevano più a coalizioni di interessi o a seguiti personali che non a vere e proprie differenziazioni programmatiche o ideologiche fra partiti». Sul rapporto tra "Uffici" e commissioni, per come regolato dallo Statuto albertino e dai Regolamenti parlamentari all'epoca vigenti, cfr., altresì, E. GIANFRANCESCO, *Uffici e Commissioni nel diritto parlamentare del periodo statutario*, in *Amministrazione in cammino*, 18 maggio 2013.

[29] Obiettivo, quest'ultimo, comunque non pienamente conseguito. Come ha rilevato G. NEGRI, *Profilo del gruppo parlamentare nel secondo Novecento*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi nella VII Legislatura*, Atti del convegno del Gruppo Parlamentare Radicale (Roma – Hotel Parco dei Principi, 20-21-22 ottobre 1978), Giuffrè, Milano, 1979, p. 259, non si possono dimenticare «le difficoltà del raccordo, nel periodo del partito unico, tra il partito fascista e la rappresentanza corporativa della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, il conseguente tentativo del partito di realizzare un proprio controllo totalizzante nelle commissioni legislative, rimasto improduttivo di conseguenze a seguito dell'alleanza instauratasi tra l'alta amministrazione, i ministri e le confederazioni industriali, professionali e di mestiere». Per una ricostruzione articolata e raffinata dello sfondo culturale e giuridico dell'esperienza fascista e della relativa traduzione sul piano istituzionale, con particolare riguardo ai meccanismi rappresentativi ed alla persistenza di talune problematiche ad essi sottese, si rinvia a S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della "terza via"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

Cionondimeno, fu proprio il regime, con la legge n. 129 del 1939[30], ad introdurre una nuova tipologia di commissioni permanenti dotate di competenza deliberativa: in numero pari ad undici, esse costituirono un importante fattore di stabilità e di efficienza produttiva, garantendo quella celerità decisionale tanto auspicata dalle forze politiche allora al potere. In effetti, in un contesto politico-istituzionale segnato dalla crescente critica rivolta all'incapacità decisionale dei Parlamenti democratico-rappresentativi[31], l'introduzione di "Commissioni legislative" pareva destinata ad avere «echi e ripercussioni nella storia generale dei Parlamenti odierni»[32]. In realtà, se si eccettua l'esperienza spagnola e quelle da questa derivate[33], essa è rimasta un vero e proprio *unicum* nel panorama comparatistico[34], anche perché, nell'alveo di un'interpretazione dell'istituzione

[30] Il cui art. 12 espressamente statuiva: «La Camera dei fasci e delle corporazioni esercita le proprie funzioni per mezzo dell'Assemblea plenaria, della Commissione Generale del bilancio e delle Commissioni legislative».

[31] Intere biblioteche sono state riempite da volumi dedicati alla crisi del parlamentarismo liberal-rappresentativo nella prima metà del XX secolo. Non potendoli qui annoverare nella loro interezza, si rinvia, *ex multis*, a G. LEIBHOLZ (1933), *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Giuffrè, Milano, 1996, il quale, in anni drammatici per la tenuta delle istituzioni liberal-democratiche, notava come «in una serie di paesi si è già avviato (…) uno sviluppo costituzionale che, quando non ha condotto a rivoluzioni o a nuove costituzioni, in questo modo ha comunque condotto a un mutamento tacito della Costituzione. In correlazione con la crisi sempre più acuta della forma di governo rappresentativo-parlamentare, si evidenzia oggi la tendenza quasi generale a rafforzare l'Esecutivo dominante a scapito del Legislativo, che in molti casi si è addirittura autoeliminato».

[32] Così, S. ROMANO, *Relazione della commissione speciale della Camera sul disegno di legge istitutivo della Camera dei fasci e delle corporazioni*, in *L'Economia italiana*, gennaio-febbraio, 1939.

[33] L'art. 75 della Costituzione spagnola del 27 dicembre 1978, dopo aver precisato al comma 1 che "*Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones*", stabilisce, al comma 2, che "*Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación*". Come si vede, la Costituzione spagnola non costituzionalizza, come fa invece quella italiana, la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni. L'articolazione in commissioni parlamentari aventi potestà deliberativa è poi accolta dalle Costituzioni del Brasile e del Paraguay (sul punto, cfr. M. IACOMETTI, *L'organizzazione interna dei parlamenti*, Carocci, Roma, 2010).

[34] Come ha fatto notare L. ELIA, *Commissioni parlamentari,* cit., p. 896, la circostanza che le commissioni parlamentari possano svolgere, oltre ai tradizionali compiti referenti, funzioni deliberanti, «anche se in un ambito più ristretto di quello previsto nel 1939»,

parlamentare ancora legata al modello del *government by discussion*, «le commissioni del parlamento» venivano considerate utili «solo alla preparazione esteriormente tecnica, oltre a ciò esse non [potendo] avere alcuna importanza e corrispond[endo] all'essenza del parlamento in quanto assemblea che decide sulla base della pubblica discussione»[35]. Malgrado ciò, la soluzione elaborata in epoca fascista è sopravvissuta, senza troppi stravolgimenti operativi, sino ad oggi[36], probabilmente in virtù della specifica funzionalità offerta da queste vere e proprie sub-unità specializzate, affermatesi nella prassi parlamentare in concomitanza con l'aumento delle funzioni del Parlamento ed il diffondersi nella società di esigenze di divisione e di crescente specializzazione del lavoro.

costituisce una «innovazione veramente unica negli Stati democratici», tanto da essere «l'elemento più originale che caratterizza le nostre commissioni; esso fu accolto dal costituente col proposito di evitare un largo esercizio di potere normativo da parte del Governo, dopo l'esperienza dei decreti-legge in epoca fascista e pre-fascista (nel periodo seguito alla prima guerra mondiale)».

[35] È questa, come noto, la ricostruzione del rapporto tra commissioni ed assemblea parlamentare fornita da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 416, il quale, a sua volta, riporta una riflessione di J. C. BLUNTSCHLI, *Allgmeines Staatsrecht, I-Band, Literarisch – Artistische Anstaltder J. G. Cottaschen Buchhandlung*, München, 1863, p. 488, secondo cui, mentre i ceti di matrice medievale tendevano a formare commissioni permanenti, «lo Stato moderno conosce di norma solo l'assemblea del corpo rappresentativo stesso; solo un'assemblea plenaria pubblica può rappresentare il popolo».

[36] Del resto, come ha fatto notare senza infingimenti L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1961, p. 58, la legge n. 129 del 1939 sulla Camera dei fasci e delle corporazioni avrebbe influenzato il costituente «assai più che non si osasse dire». Si sofferma sul legame tra la soluzione introdotta in epoca fascista e la formulazione dell'art. 72 Cost. anche E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2008, spec. pp. 21-24.

Per di più, nonostante i dubbi avanzati in ordine alla relativa qualificazione giuridica[37] ed alla compatibilità con il sistema parlamentare "classico"[38], la recente riforma del Regolamento del Senato (2017) ha elevato la sede deliberante e quella redigente a sedi privilegiate di assegnazione dei disegni di legge (art. 34, co. 1-*bis* reg. Sen.).

A cambiare, tuttavia, ed in modo significativo rispetto all'epoca fascista, è stato proprio il contesto politico di riferimento, il quale, ritornato ad essere plurale e

[37] A tal proposito, diverse, come detto, sono state le ricostruzioni avanzate dalla dottrina. S. ROMANO, *Relazione della commissione speciale della Camera sul disegno di legge istitutivo della Camera dei fasci e delle corporazioni*, cit., asserì che «le commissioni legislative non hanno alcuna propria autonomia, ma sono organi delle Camere stesse ed esprimono una volontà che è volontà dei corpi di cui fanno parte». Di contrario avviso è, invece, L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., spec. pp. 900-901, secondo il quale l'approvazione in commissione e quella in assemblea avrebbero una pari dignità giuridica. Tuttavia, è doveroso evidenziare come la ricostruzione di Elia non abbia riscontrato il favore della maggioranza della dottrina, la quale, al contrario, ritiene le commissioni organi interni della singola camera (cfr. A. SANDULLI, *Legge*, in AA. VV., *Novissimo Digesto italiano*, UTET, Torino, 1963, vol. IX, p. 640), ovvero organi secondari dell'assemblea (così, G. D'EUFEMIA, *Le commissioni parlamentari nelle costituzioni moderne*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 6/1956, pp. 45 ss.), le cui «manifestazioni di volontà sono proprie delle assemblee, di cui fanno parte» (F. PIERANDREI, *Le commissioni legislative del Parlamento italiano*, in *Il Foro padano*, n. 7/1952, p. 254). Inoltre, deve essere sottolineato come, benché con riferimento alle commissioni d'inchiesta, la Corte costituzionale abbia esplicitamente puntualizzato che "la riconosciuta indipendenza funzionale delle Commissioni (…) non postula affatto una loro strutturale distinzione dalle Camere, di cui rappresentano pur sempre una articolazione" (senota n. 241 del 2007). Su un piano più generale, per un'ampia ed esaustiva ricognizione delle necessità che condussero a ripartire in *sub*-unità specializzate l'attività legislativa delle Assemblee elettive, cfr. C. FASONE, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Cedam, Padova, 2012, pp. 58 ss.

[38] Come ha rilevato A. BARBERA, *I Parlamenti. Un'analisi comparativa*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 58-59, «Il lavoro delle commissioni precede il lavoro legislativo e politico dell'assemblea, in tutto o in parte. Solo in due paesi (Italia e Spagna) è consentita nel procedimento legislativo l'attribuzione di poteri decisionali alle commissioni, determinando così sia un indebolimento della funzione direttiva del governo, sia effetti negativi di settorializzazione, frantumazione e moltiplicazione della produzione legislativa (di qui in Italia il fenomeno delle cosiddette 'leggine'). L'esigenza di sottoporre ogni interesse a una discussione pubblica, che è uno degli elementi che distinguono il sistema parlamentare rispetto a quello corporativo (…), richiederebbe invece che fosse riconosciuta all'intera assemblea ogni decisione legislativa (ed infatti il sistema delle cosiddette commissioni in sede legislativa è eredità, in Italia, della Camera dei fasci e delle corporazioni)».

non escludente[39], ha restituito il senso più profondo dell'articolazione policentrica dell'istituzione parlamentare in gruppi e commissioni, quali organi collegiali legati tra loro per mezzo della regola operativa della rappresentanza proporzionale dei primi all'interno delle seconde.

Ed è proprio con riferimento alla concreta funzionalità della suddetta regola della rappresentanza proporzionale che la riduzione del numero dei parlamentari sembra presentare i maggiori profili di criticità. Preliminarmente, però, può essere utile ricordare come già in Assemblea costituente l'espressa costituzionalizzazione di una simile regola procedurale avesse incontrato una serie di resistenze, in quanto, a detta di autorevoli Padri costituenti, da essa sarebbe potuto derivare «anziché un ordine, (…) un disordine costituzionale»[40], oltre che un effettivo impedimento circa la possibilità di adottare, in futuro, formule elettorali di tipo

[39] Non a caso, esse faranno la loro ricomparsa nel periodo post-fascista. All'interno del Comitato di Liberazione Nazionale e della Consulta Nazionale, infatti, si riformarono alcuni raggruppamenti politici che, nell'alveo di una riconquistata dimensione politica pluralista, funzionarono come vere e proprie unità organizzative formate mediante il criterio della proporzionalità ed aventi competenze tanto legislative, quanto consultive. Sul punto, esaustivamente, cfr. A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., pp. 53-101, anche per una più ampia argomentazione della tesi, sostenuta dall'Autore, dell'ontologica rilevanza costituzionale dei gruppi politici. La «*necessità* dell'esistenza dei gruppi e l'influenza di essi sulla vita politica nazionale» è riconosciuta anche da G. NEGRI, *Profilo del gruppo parlamentare nel secondo Novecento*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, cit., p. 259, il quale, ancora, precisa: «Le norme, dunque, prima della Costituzione, poi dei regolamenti parlamentari e (…) della legislazione più recente parallele ad una prassi, e anche possiamo ormai dire ad una consuetudine quasi costituzionale, hanno sancito la *presenza necessaria* del gruppo parlamentare come proiezione operativa del partito sia nell'area specifica del Parlamento, sia in quella risultante dall'attività interorganica degli organi Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento».

[40] Queste le parole, altamente evocative, pronunciate dall'on. Vanoni in Seconda Sottocommissione, durante la seduta di venerdì 25 ottobre 1946. A tal proposito, parrebbe utile riportare nella sua interezza l'intervento dell'on. Vanoni, stante la sorprendente attualità che essa assume in relazione ai potenziali effetti paralizzanti della riduzione del numero dei parlamentari sul funzionamento e sull'organizzazione delle commissioni stesse. Notava, infatti, l'on. Vanoni che «il principio che le Commissioni devono essere nominate col sistema proporzionale costituisce senza dubbio una bella affermazione di carattere generale, che però potrebbe rivelarsi inapplicabile all'atto pratico. Poiché ogni norma costituzionale crea dei vincoli alla futura attività legislativa ed al funzionamento dei vari organi costituzionali e del Parlamento, occorre evitare che questi vincoli siano tali da non permetterne il funzionamento: ché altrimenti, anziché un ordine, si avrebbe un disordine costituzionale» (cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta di venerdì 25 ottobre 1946*, p. 425, rinvenibile in www.storia.camera.it).

proporzionale[41]. In ogni caso, tali timori furono superati proprio in considerazione della circostanza che, attraverso la costituzionalizzazione della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni deliberanti, ad essere garantiti fossero, da un lato, l'esigenza di governabilità prima enunciata, quale diretta conseguenza di una stretta applicazione della regola della proporzionalità nel rapporto gruppi-commissioni; e, dall'altro lato, in parallelo al riconoscimento «di un generico pluralismo politico e sociale, (…) anche e soprattutto (…) un *pluralismo politico-procedimentale* che [fungesse] da argine e limite alle possibili degenerazioni di una maggioranza di governo»[42].

Proprio perché, come si diceva, il "taglio" del 36,5% circa della rappresentanza politica pare destinato ad incidere direttamente sul tasso di pluralismo caratterizzante l'articolazione policentrica delle Camere[43], sembra necessario

[41]Parrebbe essere questa la principale ragione che spinse Costantino Mortati ad opporsi alla costituzionalizzazione della regola di corrispondenza proporzionale tra gruppi e commissioni. Infatti, nella seduta del 20 dicembre 1946, all'interno di un dibattito incentrato sulla modalità di composizione delle commissioni bicamerali, Costantino Mortati, rispondendo alla domanda formulata dall'on. Laconi circa la possibilità di formare dette commissioni mediante il ricorso al principio della proporzionalità, ebbe modo di affermare «che una norma nel senso accennato dall'onorevole Laconi non si può inserire nella Costituzione, dal momento che non è stato fissato un principio costituzionale che stabilisca la proporzionalità nella composizione delle Camere». A tale osservazione, seguì poi la replica dell'on. Laconi, il quale evidenziò che «anche se le due Camere dovessero essere formate secondo un sistema elettorale diverso da quello attuale [proporzionale], sussisterebbe sempre la necessità di comporre queste Commissioni proporzionalmente alla composizione delle Camere, perché queste discussioni possono essere utili solo se le Commissioni riproducono esattamente la composizione della Camera che rappresentano» (cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta di venerdì 20 dicembre 1946*, cit.).

[42] Così, incisivamente, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., p. 97. In questa prospettiva, inoltre, A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., pp. 110-118, ha fatto notare che l'analitica disciplina del procedimento legislativo dettata dall'art. 72 Cost., oltre a rivelare «prevalentemente un intento di razionalizzazione delle procedure e di garanzia del mantenimento di un certo assetto istituzionale» attraverso il riconoscimento di un'ampia autonomia regolamentare alle Camere, sottrae «il rispetto delle previsioni della costituzione rigida (…) al contingente determinarsi delle maggioranze, (…) in un assetto pluralistico che si ispira al rispetto dei diritti delle minoranze».

[43] Tuttavia, come è stato autorevolmente evidenziato, «storicamente e tipicamente, meno sono i rappresentanti per numero di elettori, meno frammentato in partiti e movimenti risulta il sistema politico rappresentato nell'assemblea elettiva, anche se la frammentazione politica potrebbe rimanere molto alta negli elettorali». E tanto avrebbe come ulteriore conseguenza «una semplificazione del sistema politico, ma non anche (necessariamente) una maggiore governabilità o chiarezza nella determinazione della

soffermarsi sulla concreta operatività della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020, dopo aver speso, però, qualche parola sul funzionamento dei gruppi politico-parlamentari medesimi.

3. Gli effetti del "taglio" della rappresentanza sulla costituzione dei gruppi parlamentari

Allorquando si discetta di pluralismo politico-procedurale non può che riferirsi alla garanzia di un'effettiva articolazione pluralistica *intra*-camerale. È attraverso le procedure parlamentari, infatti, che il principio di sovranità popolare si esprime in concreto, trasformando i programmi elettorali in effettivi provvedimenti normativi. Ciò che si vuol dire è che sono le disposizioni parlamentari a determinare, sul piano applicativo, le modalità di realizzazione delle dinamiche democratico-rappresentative e, quindi, dell'indirizzo politico statale. Ed è per questo motivo che i principi e le regole costituzionali, «in una democrazia parlamentare», devono trovare attuazione proprio «attraverso il "processo" assembleare»[44], dal momento che è la rappresentanza, quale «tema di fondo del diritto costituzionale», che «misura la quantità ed accerta la qualità nei singoli ordinamenti costituzionali» della «democrazia moderna»[45]. Ossia, come è stato detto, «con stretta logica aritmetica, il "diritto parlamentare" *sta* al "diritto costituzionale" *come* il "diritto processuale" *sta* al "diritto sostanziale"»[46]. A tal

maggioranza, poiché la natura bipolare o frammentata del sistema non è governata solo dal numero dei parlamentari, ma anche da altri meccanismi per lo più affidati alla legislazione elettorale (come si formano e stabilizzano elettoralmente le alleanze, la formula di ripartizione dei seggi ecc.) o addirittura ai regolamenti parlamentari». Così, P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri?*, E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari più democrazia?*, cit., p. 184.

[44] A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 17.

[45] G. FERRARA, *La rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 3/1998, p. 22, il quale, successivamente, aggiunge: «È d'altronde del tutto evidente che la quantità e la qualità della democrazia nei regimi rappresentativi si misura in base alla forza politica ed all'autenticità o almeno alla credibilità della rappresentanza».

[46] È questa la conclusione cui giunge A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., p. 17, il quale sottolinea come sia «in primo luogo attraverso il "processo" assembleare che in una democrazia parlamentare trova realizzazione – o dovrebbe realizzarsi – la Costituzione con i suoi principi. È attraverso le regole procedurali dell'*iter legis*, nello specifico snocciolate nei regolamenti camerali, che si innova – o dovrebbe innovarsi – l'ordinamento giuridico e si conferisce quindi validità a tutte le altre fonti subcostituzionali che consentono di far funzionare la macchina dello Stato (principio di legalità)».

proposito, sono proprio i gruppi parlamentari che, di fatto, contribuiscono ad inverare i principi della rappresentanza politica[47], assicurando, all'interno delle Camere, quell'ineliminabile tasso di pluralismo che, in virtù di una precisa scelta dei Padri costituenti, deve innervare l'intero tessuto sociale ed ordinamentale[48]. Nel far ciò, secondo quanto meglio si dirà più oltre, i gruppi si configurano come veri e propri «soggetti della rappresentanza politica», disvelando la propria «potenziale funzione rappresentativa autonoma»[49], in grado, a sua volta, di mettere in crisi la tradizionale raffigurazione «triangolare»[50] del circuito rappresentativo, all'interno della quale i gruppi si configurano come meri organi amministrativi delle Camere o meri organi di partito. Senza poter qui ulteriormente approfondire la questione relativa alla dimensione giuridico-costituzionale dei gruppi politico-

[47] In tal senso, cfr. G. NEGRI, *Profili giuridici della disciplina di partito*, in *Rassegna di politica e di storia*, n. 6/1960, pp. 6-11.

[48] Non a caso, essi sono stati definiti dalla Corte costituzionale "espressione istituzionale del pluralismo politico" (da ultimo, cfr. ordinanza n. 60 del 2020).

[49] In tal senso, non può che rinviarsi ad A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., spec. pp. 314 ss. e a quanto si dirà *infra* nel par. 3.1. In particolare, volendo qui compulsare un ragionamento complesso ed articolato, secondo l'Autore appare innanzitutto «necessario distinguere, sul piano concettuale, la tradizionale *rappresentanza politica del corpo elettorale*, dalla *rappresentanza politica dei partiti politici*». Fatta questa premessa teorica, l'ampia autonomia politica riconosciuta, all'interno delle dinamiche assembleari, ai gruppi parlamentari ha fatto sì che questi ultimi, soprattutto a seguito della "svolta" elettorale del 1993, «attraverso scissioni, fusioni e costituzioni di nuovi gruppi in corso di legislatura», rescindessero l'originario legame con il partito (o coalizione di partiti) di cui il gruppo medesimo era espressione ad inizio legislatura, facendosi essi stessi «rappresentanti diretti delle presunte nuove istanze sociali provenienti dagli elettori». In tal modo, i gruppi parlamentari, quali effettivi «soggetti della rappresentanza politica», hanno esplicitato la propria «potenziale funzione rappresentativa autonoma», disvelando «il quarto "lato" della geometria variabile della rappresentanza politica». A tal proposito, in base ad una recente indagine condotta dalla fondazione *Openpolis*, ancora nel 2020 i c.d. cambi di casacca sono stati ben 57 su un totale di 147 da inizio Legislatura (il 38,8%), con il MoVimento 5 Stelle che ha visto "uscire" dalle proprie fila ben 33 parlamentari. Il dato del 2020 parla da sé: anche complice la (quantomeno discutibile) formazione del gruppo "Italia Viva – P.S.I.", la media mensile dei c.d. cambi di gruppo registratisi nel 2020 è di 4,5 (al mese, appunto; ancora ben lontano, peraltro, dai 9,48 della XVII Legislatura). Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia al seguente link www.openpolis.it/quanti-sono-stati-i-cambi-di-gruppo-in-parlamento-nel-2020/.

[50] Si veda, su tutti, G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4/2009, pp. 345-346; ID., *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 3/2013, pp. 275 ss., il quale parla, a più riprese, di un «triangolo» costituito da tre soggetti: «eletti-partiti-elettori».

parlamentari, è su di essi che, come detto, la riduzione a 400 deputati e 200 senatori elettivi sembra incidere direttamente, sol che si pensi all'aumento implicito delle soglie elettorali[51] e, *intra moenia*, dei *quorum* richiesti per la costituzione di un gruppo stesso. Pertanto, dato che «è la stessa Carta repubblicana a pretendere che, il concreto articolarsi della rappresentanza politica e il perseguimento dell'indirizzo politico, debba avvenire attraverso commissioni che rispecchino la proporzionalità dei gruppi parlamentari»[52], è inevitabile che le soluzioni che si adotteranno in punto di costituzione e di articolazione dei gruppi saranno destinate a riverberarsi, in modo particolare, sull'organizzazione e sul funzionamento delle commissioni parlamentari[53].

A tal proposito, è stato fatto notare che la modifica costituzionale appena entrata in vigore, sebbene non del tutto esente dal rischio di dare vita a «forme di ostruzionismo che *quorum* frazionari particolarmente bassi potrebbero favorire»[54], non incide, in misura diretta, sui numeri espressi in termini di frazione. Al contrario, essa è destinata a riverberarsi su tutte quelle disposizioni «dei due Regolamenti che affidano a un numero fisso di parlamentari diritti e facoltà

[51] Il punto è affrontato da 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, pp. 11 ss.

[52] A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., p. 326.

[53] In questo orizzonte prospettico, S. CURRERI, *L'inopinato revival*, cit., p. 694, ha evidenziato come non sia «un caso che la Costituzione accomuni negli stessi articoli gruppi parlamentari e commissioni. Vi è, infatti, un profondo, storico, nesso tra la natura dei primi e le funzioni delle seconde. Le commissioni, infatti, sono in grado di soddisfare quell'esigenza tecnico-organizzativa – propria di tutte le assemblee numerose – di divisione del lavoro parlamentare, senza che ciò costituisca un'inaccettabile estromissione della centralità dell'Assemblea, nella misura in cui ne riproducano "in scala" l'articolazione politica, senza alterazioni o, addirittura, capovolgimenti. Ciò è ovviamente possibile solo se nella composizione delle commissioni si prendano a parametro non i singoli eletti, ma i gruppi parlamentari, tant'è che la nascita delle commissioni (1920) e l'annesso obbligo d'appartenervi (1922) coincidono con la costituzione dei gruppi parlamentari, espressione dei partiti politici sorti dopo il varo della legge elettorale proporzionale (1919)».

[54] In tal senso, C. MASCIOTTA, *I regolamenti parlamentari alla prova della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2020, p. 779. A tal proposito, L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 139-140, ha evidenziato come si potrebbe «pervenire al risultato di affidare ad un ridottissimo numero di parlamentari, in valore assoluto, alcuni rilevanti poteri o facoltà, a tutto detrimento dell'efficacia della procedura parlamentare (ad es., ai sensi dell'art. 79, c. 5 R.C., in tema di istruttoria legislativa, rimette a soli *quattro* deputati la facoltà di richiedere al Governo di fornire dati e informazioni, anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche: nello scenario post-riforma, sarebbero sufficienti appena *due* o *tre* deputati)».

(generalmente si tratta dell'attivazione di procedure)»[55]. Basti pensare, da un lato, alla difficoltà con cui si potrà garantire il rispetto del criterio della rappresentatività di tutti i gruppi politici nella formazione di organi collegiali a composizione numerica fissa (si pensi, per esempio, all'Ufficio di Presidenza); e, dall'altro lato, alla problematicità di intervento in ordine a tutti quei *quorum* funzionali che, come detto, disciplinano l'attivazione di procedure generalmente preposte alla tutela dei diritti e delle prerogative delle minoranze parlamentari (a titolo esemplificativo, si pensi agli artt. 27, co. 2 Reg. Cam. e 56, co. 4 Reg. Sen. che prevedono la facoltà, per almeno trenta deputati ed otto senatori, di proporre la discussione in aula di materie non inserite nell'ordine del giorno)[56].

In questa prospettiva, è noto che tra i requisiti numerici fissi assume una particolare rilevanza quello previsto per la formazione di un gruppo parlamentare: venti deputati quale soglia minima per formare un gruppo alla Camera, esattamente il doppio di quello (dieci) necessario per formare un gruppo al Senato. Tale regola, tuttavia, subisce un'importante eccezione all'interno del solo Regolamento della Camera, lì dove è consentita la formazione di un gruppo "in deroga", a condizione che tale gruppo rappresenti un partito od un movimento organizzato nel Paese, il quale abbia ottenuto risultati elettorali in grado di soddisfare i criteri prescritti dall'art. 14, co. 2 Reg. Cam. Con l'ulteriore possibilità di costituire, secondo le modalità fissate dal comma 5 del medesimo articolo, una componente politica all'interno del gruppo misto.

La possibilità di costituire un gruppo "in deroga" non è, invece, prevista, almeno formalmente, dal Regolamento del Senato, il quale, con la riforma del 2017, ha introdotto, accanto al numero "minimo" di dieci senatori, un requisito ulteriore, c.d. politico-elettorale, in forza del quale ciascun gruppo deve "rappresentare un

[55] Così, L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Camera e Senato*, in *Quaderni Costituzionali*, il Mulino, Bologna, n. 3/2020, pp. 563-564.

[56] Come anticipato nel testo, gli esempi, a tal proposito, potrebbero moltiplicarsi: basti pensare alla presentazione in aula di una questione pregiudiziale su decreti-legge da parte di 20 deputati o 10 dieci senatori (artt. 96-*bis*, co. 3 Reg. Cam. e 78, co. 3 Reg. Sen.); alla facoltà riconosciuta, dall'art. 79, co. 6 Reg. Cam., a favore di soli quattro componenti della commissione in sede referente di richiedere al Governo dati e informazioni; ovvero, ancora, al diritto, riconosciuto ad un terzo dei senatori, di chiedere la convocazione della Giunta per il regolamento con riferimento a questioni di interpretazione regolamentare, diritto che consente di scongiurare l'evenienza che il Presidente d'assemblea decida "da solo". Sul punto, è doveroso evidenziare che, se, da un lato, è vero che il Presidente non è tenuto a conformarsi all'orientamento della Giunta, dall'altro, mediante l'esercizio di un siffatto diritto, la minoranza che se ne avvalga obbliga, in un certo senso, il Presidente a fornire buone ragioni per giustificare l'eventuale rifiuto della soluzione interpretativa fornita dalla Giunta.

partito o movimento politico anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori" (art. 14, co. 4 Reg. Sen.)[57]. A prescindere dall'interpretazione piuttosto estensiva che di tale ultima disposizione è stata fornita in occasione della costituzione del gruppo parlamentare Italia Viva-PSI[58], è evidente che la mancata modifica, in senso diminutivo, dei

[57] Soluzione che è parsa ad una parte della dottrina, benché «motivata da esigenze comprensibili, (…) forse connotata da un eccesso di rigidità in una stagione connotata da una articolazione fragile e instabile del sistema partitico: da questo punto di vista, l'effetto di "cristallizzazione" dell'articolazione dei gruppi sull'esito elettorale avrebbe forse potuto essere temperato quantomeno dalla possibilità di formare gruppi in corso di legislatura formati da un numero di senatori più elevato rispetto a quello ordinariamente richiesto». Così, G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra interventi riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, pp. 74-75. Il punto è affrontato anche da E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018, spec. pp. 10-12 oltre che da A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazione dei partiti*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, p. 18, a detta della quale la modifica dell'art. 14, co. 4, Reg. Sen. «appare, invero, maggiormente rispettosa della purezza dell'originario disegno costituzionale, che depone nel senso che i gruppi parlamentari debbano inevitabilmente connotarsi politicamente, restando altrimenti priva di senso compiuto la necessità di formare Commissioni che, in omaggio al principio di corrispondenza proporzionale alla consistenza dei gruppi, finiscano per riprodurre, sia pur in dimensione numerica ridotta, gli stessi rapporti di forza tra le formazioni politiche esistenti e rappresentate nel *plenum*».

[58] Come ha fatto notare N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 334, si è trattato di «un'interpretazione dell'art. 14, comma 4, del regolamento del Senato talmente forzata, in quanto contrastante con la disposizione di cui al primo periodo di tale comma, e a tal punto impopolare, che nessuno ha osato esplicitarla». Sulla vicenda, cfr., almeno, le considerazioni in senso critico di A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 72 ss.; di U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, pp. 227 ss. e di M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *Costittuzionalismo.it*, n. 1/2020, spec. pp. 197-209. Si sofferma sul punto anche G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2019. Su un piano più generale, mette in evidenza le criticità – in punto di imputazione di responsabilità – dischiuse dallo iato tra liste elettorali e gruppo parlamentare che deriverebbe dalla formazione di un partito parlamentare, S. CECCANTI, *A costituzione invariata (ma non pecchiamo di iper-realismo?). La priorità è la disciplina sui gruppi*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangieri, quaderno 2015-2016,* Jovene, Napoli, 2017, p. 23. Peraltro, gli sviluppi parlamentari della tensione

prescritti requisiti numerici determinerebbe un aumento implicito della soglia (20 deputati e 10 senatori) richiesta per la costituzione di un gruppo parlamentare. Infatti, se essa oggi è pari al 3% circa del numero complessivo degli eletti, con la riduzione a 400 deputati e 200 senatori quella medesima percentuale si innalza di per sé al 5%. E tanto non consentirebbe ad alcune forze politiche, anche di non così modesta dimensione, di costituire, all'interno del Parlamento, propri gruppi politico-parlamentari, con inevitabili ripercussioni sulla dimensione e sulla composizione del gruppo misto. Nondimeno, la stessa riduzione del *quorum* fissato per la costituzione di un gruppo parlamentare potrebbe rivelarsi operazione alquanto problematica: in particolare, qualora si decidesse di adottare un criterio di riduzione aderente a quello adottato per il "taglio" della rappresentanza, ossia si riducesse di un terzo il requisito di costituzione suddetto, tale soluzione potrebbe rivelarsi «non particolarmente opportuna»[59], stante il probabile effetto di paralisi dei lavori parlamentari che da essa deriverebbe.

Per ovviare a siffatto inconveniente e scongiurare, altresì, eccessivi pregiudizi per le forze politiche minori nell'espletamento delle loro fondamentali funzioni parlamentari, è stata prospettata la possibile eliminazione dello stesso requisito numerico per la costituzione di un gruppo, in modo tale che, così come accade con i *parliamentary parties* nel Parlamento di Westminster, «specie in un Parlamento ridimensionato», a rilevare non sia «più tanto la consistenza numerica del raggruppamento, quanto la corrispondenza ad una formazione politica che si è presentata alle elezioni ed ha ricevuto consensi da una frazione del corpo elettorale»[60]. Tale soluzione, a guardar bene, parrebbe vantaggiosa per due ordini di ragioni: da un lato, essa renderebbe omogenei i Regolamenti di Camera e Senato in punto di costituzione dei gruppi parlamentari; dall'altro lato, senza alcuna lesione dell'art. 67 Cost., se accompagnata dalla riduzione del numero complessivo delle commissioni e dall'introduzione in esse del sistema del c.d. voto ponderato,

registratasi tra le file della maggioranza che sosteneva il governo guidato dal Presidente Conte, con le dimissioni delle ministre Bellanova e Bonetti (IV), la decisione del gruppo IV di astenersi dal votare la fiducia al governo e la scelta dissimile del Senatore Nencini (PSI), che la fiducia l'ha votata, sembravano aprire nuovi scenari sulla vicenda politica del gruppo "Italia Viva-PSI", come tali implicanti anche lo scioglimento del gruppo medesimo. La questione pareva controversa, soprattutto per quel che concerne l'interpretazione letterale di alcune espressioni verbali contenute nell'art. 14 Reg. Sen. Per i necessari approfondimenti sul punto si rinvia a S. CURRERI, *Si scioglierà il gruppo parlamentare Italia Viva – P.S.I. al Senato?*, in *laCostituzione.info*, 21 gennaio 2021.

[59] N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., p. 333. Il punto era già stato evidenziato da S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari. Del fare riforme senza badare alle conseguenze*, in *laCostituzione.info*, 3 marzo 2020.

[60] A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., p. 30.

scongiurerebbe probabili alterazioni – a danno dei gruppi meno numerosi – della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle commissioni medesime[61]. Su un piano più generale, poi, l'estensione della regola della necessaria corrispondenza tra gruppo politico-parlamentare e gruppo politico-partitico risulterebbe ancor più opportuna all'interno di un Parlamento così ridotto nella sua composizione numerica: solo in tal modo, infatti, sembrerebbe possibile assicurare un adeguato tasso di responsabilizzazione delle forze politiche nel perseguimento dell'indirizzo politico, scongiurando la formazione di partiti parlamentari non aventi alcuna legittimazione elettorale.

A prescindere dall'intervento riformatore che verrà poi concretamente adottato, proprio per scongiurare un eccessivo disallineamento tra requisito numerico per la costituzione di un gruppo e soglia di sbarramento elettorale, come tale limitante la «rappresentazione del pluralismo politico»[62], è all'esame delle

[61] Sul punto, anche per i necessari approfondimenti teorici, si rinvia ad A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., pp. 22-38.

[62] Come ha fatto osservare F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2019, p. 5, «La rappresentazione del pluralismo politico dipende infatti dalla formula elettorale prescelta e, poiché per ragioni tecniche nessuna formula elettorale (neppure quella esclusivamente proporzionale) fotografa perfettamente gli orientamenti dell'elettorato, dal modo in cui sono disegnati circoscrizioni e collegi». Non a caso, secondo M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 65, «Il cambiamento del sistema elettorale è il contrappeso più importante alla riduzione del numero dei parlamentari, al fine di evitare gli effetti abnormi sulla rappresentatività politica e territoriale che sarebbero prodotti dal sistema elettorale vigente». Nel medesimo orizzonte prospettico, auspica una riforma della legge elettorale in senso proporzionale, «che preveda un'assegnazione dei seggi a livello territoriale o quantomeno parta dai territori, valorizzando in questo modo un più forte legame tra gli eletti e la circoscrizione di appartenenza», G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 231. Sugli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sulla rappresentatività dei territori e, a monte, sulla conseguente *dis*-proporzionalità che da essa potrebbe derivarne, sia consentito il rinvio a F. SICURO, *Il referendum elettorale all'esame della Corte costituzionale. Prime annotazioni a margine della sentenza n. 10 del 2020*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 2/2020, spec. pp. 385-386. Invita a riflettere sul tipo di rappresentanza, piuttosto che sulla mera dimensione numerica dei due rami del Parlamento, anche A. TORRE, *Meno siamo, meglio stiamo? Il numero dei parlamentari tra quantità e qualità della rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, spec. pp. 555. Sulla possibilità che il "taglio" degli eletti incida sulla rappresentatività dell'organo parlamentare si sofferma, in modo particolare, L. TRUCCO, *Audizione in merito al d.d.l. A.S. 881 su «Legge elettorale per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari» (Commissione Affari Costituzionali*

Camere una proposta di modifica dell'attuale legge elettorale che, nel testo depositato alla Camera dei deputati[63], prevede l'introduzione di una formula del tutto proporzionale, con soglia di sbarramento nazionale al 5%, fissata, con ragionevole probabilità, proprio in aderenza alla mutata composizione numerica che le Camere verranno ad assumere a partire dalla XIX Legislatura[64]. Per di più, sempre nella prospettiva di correggere alcuni effetti distorsivi derivanti dalla riduzione del numero degli eletti, giova rammentare che ha iniziato il proprio *iter* parlamentare una proposta di modifica costituzionale tesa ad abolire la "base regionale" che oggi caratterizza l'elezione del Senato, al fine di evitare un eccessivo ed implicito rafforzamento in senso maggioritario dell'attuale formula elettorale[65].

---

del Senato – giovedì 29 novembre 2018), disponibile in *Consulta Online*, n. 1/2019, p. 14, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org.

[63] Sebbene la formazione del Governo a guida Mario Draghi, in virtù della mutata composizione politica delle forze che lo sostengono, potrebbe presumibilmente operare nuove valutazioni sulla legge elettorale, mutandone l'impianto proporzionalistico con la previsione di correttivi maggioritari o, in estrema ipotesi, prediligendo una formula del tutto maggioritaria (magari con correttivi proporzionalistici).

[64] Come si può leggere nella relazione di accompagnamento, «l'adozione di un sistema proporzionale avviene nella consapevolezza di dover evitare l'introduzione di incentivi alla frammentazione delle forze politiche e pertanto la soglia di sbarramento viene innalzata al 5 per cento dei voti validi espressi sul piano nazionale, mentre la riduzione del numero dei parlamentari giustifica l'abbassamento della soglia, a livello regionale, al 15 per cento (alla Camera per le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute). Al fine di garantire un diritto di tribuna alle formazioni politiche che non raggiungono le soglie di sbarramento, si prevede che alla Camera siano eletti i candidati delle formazioni che ottengono almeno tre quozienti in almeno due regioni e al Senato i candidati che ottengono almeno un quoziente nella circoscrizione regionale» (A.C. 2329, proposta di legge d'iniziativa del deputato Brescia, reperibile in *documenti.camera.it*). Sui profili di criticità della proposta attualmente all'esame della Camera, cfr. 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., spec. pp. 223-224. Inoltre, l'intervento in materia elettorale non potrà che avere ricadute sui regolamenti parlamentari: sul punto, cfr. C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero dei deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 1/2020, p. 174.

[65] Parla di una vera e propria «vocazione maggioritaria» della riforma G.L. CONTI, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari: un appello*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, p. 3, il quale, in tal senso, evidenzia che trattasi di una vocazione maggioritaria «perché riducendo il numero dei parlamentari aumenta il valore marginale dei singoli membri del Parlamento, se adesso sono pochi i parlamentari che assicurano la maggioranza in Assemblea e ancora meno in Commissione, nella XIX legislatura saranno ancora meno e questo, combinato a un sistema elettorale proporzionale, conduce all'instabile ingovernabilità che è, nella nostra storia costituzionale, la principale ragione a

Tale progetto di revisione costituzionale si inserisce, a sua volta, nell'alveo dell'implementazione del processo di superamento delle differenziazioni strutturali e funzionali tra le due Camere[66], processo che, a prescindere dalla

favore di sistemi maggioritari». In argomento cfr. altresì S. CURRERI, *Brevi considerazioni sugli effetti costituzionali, elettorali e regolamentari della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, p. 6, il quale, dopo aver fatto notare che «in conseguenza dell'approvata riduzione, il numero dei senatori da eleggere in alcune regioni sarà così minimo da impedire di fatto al metodo proporzionale di poter dispiegare i suoi effetti», conclude nel senso che «con numeri così ridotti, i seggi in palio saranno conquistati anche in questo caso dai partiti maggiori. Per questo motivo, (…) oltreché abolire la quota maggioritaria, si vorrebbe abrogare la base regionale del Senato per unire in un'unica circoscrizione regioni diverse e quindi eleggervi più senatori». Sul punto si sofferma anche A.M. POGGI, *La riforma costituzionale meno urgente. Se rimanesse l'unica sarebbe una pietra tombale sul rinnovamento delle istituzioni*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., spec. pp. 263-265, la quale sottolinea come «le distorsioni che conseguirebbero alla diversa attribuzione dei senatori alle Regioni cozzano inevitabilmente con l'eguale rappresentatività degli elettori». Si interroga, diffusamente, sugli effetti della riduzione del numero dei parlamentari su una serie di aspetti legati alla materia elettorale, come tali includenti anche l'attuazione della legge n. 51 del 2019, G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale,* cit., pp. 206 ss. Tale ultimo profilo è al centro del lavoro anche di G.M. SALERNO, *Le riforme dopo il* referendum *costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, spec. pp. 2-7. Per un esame degli effetti della riduzione del numero degli eletti su una serie di altri organi e procedure costituzionali, cfr. V. CASAMASSIMA, *Cosa cambia per i senatori a vita*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., pp. 71-83 ed E. VIVALDI, *Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Consulta Online*, 26 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org.

[66] Non possono che tornare alla mente le riflessioni di E. CHELI, *Bicameralismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, UTET, Torino, 1987, p. 323, il quale notava come la scelta di un bicameralismo paritario fosse non solo un omaggio alla tradizione, ma una vera e propria garanzia contro il rischio di degenerazioni assemblearistiche, consentendo «una forma più articolata di *checks and balances* all'interno della stessa struttura parlamentare; e questo spingeva a ricercare gli elementi di differenziazione tra le due Camere essenzialmente sul terreno elettorale, in modo da consentire due "rappresentazioni" diverse e, al limite, contrapposte della stessa base popolare».

possibile compromissione derivante dalla valorizzazione del Parlamento in seduta comune[67], sembra essere stato auspicato dalla stessa Corte costituzionale[68].

Emerge, qui, ancora una volta, quel legame tra sistema delle commissioni e contesto politico che, come visto, ne ha caratterizzato, in misura significativa, la genesi e lo sviluppo storico-materiale. Tuttavia, più ancora che da una legge elettorale, il corretto funzionamento della democrazia parlamentare sembra dipendere, a monte, da un sistema di partiti ben strutturato[69], in grado esso stesso

[67] Come ha evidenziato S. CURRERI, *Il Parlamento in seduta comune come terza camera politica: prospettiva e difficoltà*, in *laCostituzione.info*, 9 ottobre 2021, il rafforzamento delle attribuzioni del Parlamento in seduta comune «si colloca nella prospettiva del superamento del nostro bicameralismo paritario», in quanto esso darebbe vita ad un «terzo organo» la cui «coesistenza con le altre due camere pone (…) problemi di reciproco coordinamento che sono ovviamente non solo tecnici ma politici e che per questo potrebbe aggravare, anziché semplificare, il funzionamento delle nostre istituzioni di governo». In senso critico, soprattutto verso la possibile introduzione dell'istituto della sfiducia costruttiva e la prospettata integrazione del Senato con ventuno senatori tratti dai Consigli regionali o provinciali, anche L. SPADACINI, *Sfiducia costruttiva e integrazione del Senato nella proposta del Pd: carenze e contraddizioni del tentativo di stabilizzare il Governo e di razionalizzare i rapporti tra Stato e Regioni ed assenza di misure di rafforzamento del Parlamento*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, *passim*. Su un piano più generale, sembrerebbe qui riproporsi quella convinzione, già propria di una parte significativa dei Padri costituenti, in forza della quale il bicameralismo sia in grado di conferire maggiore stabilità all'Esecutivo proprio allorquando la fiducia e la sfiducia siano ad esso concessi e/o revocati dalle due Camere riunite in un'unica Assemblea. Sul punto, anche per una ricognizione delle problematiche già emerse nel corso della discussione in Assemblea costituente (e, invero, ancora oggi non superate) in ordine all'adozione di un sistema bicamerale paritario, cfr. le dense riflessioni di L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 325-355.

[68] Basti pensare a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 2017, *cons. in dir.* 15.2: "la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee". Sulla base di tale asserzione, N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, pp. 10 ss., ha sottolineato come il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare possa venir compromesso non solo da sistemi elettorali differenti, ma anche da regole parlamentari non armonizzate, le quali rischiano di rendere impossibile la formazione di maggioranze parlamentari omogenee.

[69] In un contesto politico-istituzionale segnato dalla scarsa capacità, da parte delle formule elettorali adottate negli ultimi anni, di garantire una reale incidenza del voto degli elettori sulla scelta dei programmi e degli uomini di governo, un profilo di particolare

di assicurare un equilibrato bilanciamento tra le diverse esigenze che connotano il tessuto socio-istituzionale.

3.1 La "funzionalità" della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020

Il probabile ridimensionamento del tasso di pluralismo connotante la rappresentanza parlamentare, legato alla possibilità che alcune forze politiche, anche di non così modesta dimensione, non riescano a costituire un autonomo gruppo parlamentare ovvero ne costituiscano uno di dimensioni talmente ridotte da non poter partecipare ai lavori in commissione, impone una attenta riflessione.

In particolare, a causa della ridotta dimensione numerica delle Camere, la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni in sede deliberante potrebbe essere, di fatto, svuotata del proprio significato più pregnante, esponendosi, da un lato, ad un eccessivo irrigidimento del criterio di stretta proporzionalità, che pure ne costituisce la cifra più qualificante[70]; e,

criticità è stato altresì rinvenuto nella mancata democratizzazione della struttura e dell'azione interna dei partiti. Se è vero, infatti, che in Assemblea costituente prevalse la volontà di porre le basi di un «pluralismo politico ad ampio raggio di legittimazione», privilegiando così «la dimensione "associativa" su quella istituzionale» (P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 30), è altrettanto evidente che la crisi istituzionale dei partiti politici pone nuovi e pressanti problemi di legittimazione e di funzionamento della forma di governo parlamentare. Si soffermano, da ultimo, sull'esigenza di introdurre requisiti minimi di democrazia interna dei partiti politici, A. CIANCIO, *Quali riforme dopo la riduzione del numero dei parlamentari? Brevi considerazioni a margine della proposta per la valorizzazione del Parlamento in seduta comune e l'introduzione della sfiducia costruttiva*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, pp. 4-5, e 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. 125. Evidenzia, infine, l'aumento delle iniziative di attuazione dell'art. 49 Cost., P. ADDIS, *Le proposte di attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 130.

[70] Cfr., in tal senso, la pregnante riflessione dell'on. Laconi in Assemblea costituente, riportata *supra* alla nota n. 35. Più di recente, S. CURRERI, *L'inopinato revival,* cit., p. 695, evidenzia come «Proprio perché funzionale allo svolgimento del suo ruolo istruttorio, la proporzionalità richiesta dalla Costituzione tra commissione e Aula va interpretata in senso non esclusivamente numerico ma anche politico, cosicché sia assicurata in commissione la prevalenza della maggioranza – sia del gruppo che dell'Assemblea – sull'opposizione. (…) Non a caso, i Presidenti d'Assemblea hanno finora sempre ritenuto soddisfatto il requisito della proporzionalità *ex* art. 72.3 Cost., nella misura in cui, nell'impossibilità aritmetica di garantire una perfetta corrispondenza proporzionale tra numero dei membri di un gruppo

dall'altro lato, ad effetti di sovra-rappresentazione delle forze politiche di minoranza, in virtù di una lettura *magis ut valeat* dell'esigenza di rappresentatività[71] delle stesse in commissione. Tale ultima esigenza potrebbe, a sua volta, spingere ad acconsentire, anche contro la lettera del Regolamento del Senato, la costituzione «di gruppi "autorizzati" di piccole dimensioni», i quali, tuttavia, rischierebbero «di distorcere la rappresentanza proporzionale nelle Commissioni (e non solo in quelle permanenti), rendendo impossibile la formazione di maggioranze»[72]. A tal proposito, se è vero che il «rinnovo biennale della composizione delle commissioni» risponde all'esigenza precipua di «verificare la loro [dei singoli commissari] proporzionalità rispetto alla consistenza del gruppo d'appartenenza alla luce delle possibili variazioni numeriche che esso potrebbe subire (e, di fatto, subisce) in corso di legislatura»[73], è doveroso evidenziare che già oggi, nel Regolamento del Senato, il criterio della rappresentatività sembra invero prevalere su quello della proporzionalità. L'art. 21, co. 2 Reg. Sen. consente, invero, a quei

parlamentare e numero dei suoi rappresentanti in commissione, sia comunque garantita la superiorità numerica della maggioranza sull'opposizione».

[71]Può essere utile ricordare come, su un piano più generale ma, al contempo, strettamente connesso con l'articolazione in sub-unità specializzate per materia, Norberto Bobbio ha così definito l'aggettivo «rappresentativa» che tipicamente accompagna il complesso concetto di democrazia: «una democrazia è rappresentativa nel duplice senso di avere un organo in cui le decisioni collettive vengono prese da rappresentanti e di rispecchiare attraverso questi rappresentanti i diversi gruppi d'opinione o d'interessi che si formano nella società». Per ulteriori approfondimenti, cfr. N. BOBBIO, *Rappresentanza e interessi*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Laterza, Bari, 1988, pp. 3-27. Con riferimento specifico alle commissioni parlamentari, in base alla lettera della Costituzione ("rispecchiare", art. 72, co. 3 Cost.) e dei regolamenti parlamentari (art. 19, co. reg. Camera; art. 21, co. 3 reg. Sen.), a venire in rilievo è il criterio della loro rappresentatività rispetto all'articolazione politica delle Camere. Come ha sottolineato G. SARTORI, *Elementi di politica. Rappresentanza*, cit., p. 286, «Il legame tra rappresentanza politica e rappresentanza sociologica è particolarmente evidente quando parliamo di sovra-rappresentazione o di sotto-rappresentazione. (…) Nondimeno la distinzione tra rappresentanza politica e rappresentanza esistenziale deve essere tenuta ferma. Altrimenti qualsiasi sistema politico potrebbe rivendicare di essere a suo modo rappresentativo, dal momento che un gruppo dirigente è sempre "rappresentativo di" sezioni o strati della società».

[72] In tal senso, R. BIN, *La disciplina dei gruppi parlamentari*, in AA. VV., *Annuario 2000. Il Parlamento*, Atti del XV Convegno dell'A.I.C., Cedam, Padova, 2001, § 4, il quale, conclusivamente, evidenzia come non sia «certo un caso, infatti, che in diversi consigli comunali, dove si è consentita la formazione persino di "gruppi monocellulari" – un tipico ossimoro del linguaggio politico italiano – sia invalsa la prassi per cui in commissione non si vota mai!».

[73] S. CURRERI, *L'inopinato revival*, cit., p. 696.

gruppi che siano "composti da un numero di senatori inferiori a quello delle Commissioni" di "designare uno stesso Senatore in tre Commissioni in modo da essere rappresentati nel maggior numero possibile di Commissioni".

La ricerca di un equilibrio mobile tra il principio della rappresentanza proporzionale ed il criterio della rappresentatività costituisce, quindi, una problematica nient'affatto trascurabile, già rilevata dai primi commentatori della riforma: come è stato fatto notare, a guardar bene, «se si privilegia (…) la stretta rappresentanza proporzionale, le forze politiche di minoranze potrebbero non essere presenti in tutte le commissioni. All'opposto, se si vuole dare loro rappresentanza in tutte, designando un singolo parlamentare in più commissioni, tali forze politiche finirebbero per essere sovra-rappresentate rispetto alla loro effettiva consistenza proporzionale in assemblea»[74].

In altri termini, il rischio sembra essere proprio quello di dar vita ad organi collegiali ristretti aventi una composizione non proporzionale in relazione a quella dell'assemblea, tale da attribuire loro una soggettività in un certo senso diversa ed autonoma rispetto a quella del *plenum*[75].

Per tal motivo, gli attori politici sembrano essere chiamati ad individuare, entro la fine dell'attuale Legislatura, una soluzione operativa che, senza sacrificare quell'ineliminabile tasso di pluralismo che deve caratterizzare qualsiasi

[74] S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 9. Quello della tutela delle minoranze è un problema che, come detto nel testo, attiene alla concreta declinazione della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle commissioni, pur non costituendone la cifra più qualificante. A tal proposito, tuttavia, è necessario ribadire che, se non direttamente per mezzo della suddetta regola della rappresentanza proporzionale, la tutela delle minoranze resta uno dei capisaldi del costituzionalismo moderno e, di riflesso, essa deve essere adeguatamente garantita nelle procedure parlamentari, quali strumenti deputati a tradurre in effettivi provvedimenti normativi la sovranità popolare. Del resto, su un piano più generale ma all'interno di un discorso che sembra poter conservare tutta la propria validità anche se declinato nel rapporto gruppi-commissioni, J. STUART MILL (1861), *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Editori Riuniti University Press, Roma, 2019, p. 102 aveva messo in guardia dal «male della cattiva rappresentanza delle minoranze», intesa come «qualcosa di radicalmente antitetico rispetto al principio democratico che esige l'adeguata rappresentanza in proporzione al numero. L'adeguata rappresentanza proporzionale della minoranza costituisce un ingrediente indispensabile della democrazia. Una democrazia che non soddisfa questa esigenza è solo uno spettacolo di falsa democrazia».

[75] Richiamando, seppure con sfumature diverse, la nota tesi di L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., pp. 900 ss. e spec. p. 902, secondo cui occorre «respingere l'opinione dominante che riduce ad articolazioni meramente interne le commissioni deliberanti, e che disconosce l'esistenza, entro l'organo complesso Camera, di più organi distinti per competenza e per dignità: l'assemblea e le commissioni».

procedimento parlamentare – soprattutto quelli propri di sub-unità aventi il potere di esprimere definitivamente la volontà delle Camere – non neutralizzi la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi e non pregiudichi in misura eccessiva quel «criterio dell'efficienza (che sconsiglia la formazione di collegi minori troppo numerosi)»[76], che dalla proporzionalità e dalla rappresentatività non può essere scisso.

Sul punto, sembra necessario precisare che la ricostruzione della genesi dell'articolazione policentrica in commissioni specializzate per materia consente, invero, di poter immaginare il funzionamento di siffatti organi collegiali ristretti anche in assenza di un'effettiva applicazione della regola della rappresentanza proporzionale di cui si è ampiamente discusso. Invero, durante l'epoca fascista, nonostante il rigetto del meccanismo della proporzionalità, le commissioni parlamentari svolsero rilevanti compiti di carattere tecnico-amministrativo, tanto da indurre il regime a dotarle di poteri deliberativi. Peraltro, la regola della proporzionalità potrebbe essere in un certo senso superata anche all'interno dell'attuale contesto costituzionale. E tanto sarebbe possibile mediante un'interpretazione sistematico-evolutiva della "rappresentanza della Nazione" di cui all'art. 67 Cost., da estendere dallo *status* parlamentare al funzionamento complessivo delle Camere e, quindi, dell'organo rappresentativo medesimo. Se è vero, infatti, che la disposizione costituzionale in parola lega espressamente la rappresentanza *de qua* al singolo parlamentare, è d'altra parte necessario calare una simile previsione costituzionale all'interno di un contesto camerale fisiologicamente "gruppocentrico"[77]. In tale ottica, maggiormente aderente ad una rappresentanza in senso sostanziale e non soltanto "formale", i raggruppamenti politico-partitici, nel momento in cui entrano a far parte del Parlamento, si istituzionalizzano, divenendo «altro da sé»[78], cioè gruppi politico-parlamentari, al

[76] Così, S. SICARDI, *Parlamento (organizzazione e funzionamento)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 1995, vol. X, p. 665.

[77] A tal proposito, V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 266, hanno evidenziato come il riconoscimento istituzionale della Conferenza dei capigruppo abbia, a sua volta, rappresentato «il definitivo riconoscimento delle Camere organizzate per Gruppi e il superamento delle concezioni atomistiche ed individualistiche, tipiche dei precedenti ordinamenti costituzionali ed elettorali». Di comune avviso è anche V. LIPPOLIS, *Maggioranza, opposizione e governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 619, il quale, al riguardo, evidenzia che «il dichiarato modello della Conferenza era l'organizzazione dell'Assemblea nazionale della IV Repubblica francese, le cui derive assembleariste sono ben note».

[78] È questa la conclusione cui giunge M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali, 2010, vol. III, p. 555, nota 133, il quale, a tal proposito, ha

fine di partecipare all'elaborazione "collegiale" dell'indirizzo politico statale[79]. Ossia, come già anticipato, diventano veri e propri soggetti della rappresentanza politica[80], i quali, inevitabilmente, non potranno che essere anch'essi

precisato che «per entrare nel recinto delle istituzioni, i partiti sono costretti a diventare altro da sé: i gruppi parlamentari, sia giuridicamente che politicamente, sono cosa diversa dai partiti. Essi non sono loro organi (…), ma sono piuttosto organi delle Camere». Sulla base di questa premessa teorica, anche in virtù della giurisprudenza della Corte, invero non sempre lineare, è possibile, secondo l'Autore, concludersi nel senso di una vera e propria «discontinuità che esiste fra la politica parlamentare e la politica partitica».

[79] Sul punto, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., pp. 306 ss., discutendo sulla natura di «organismo di diritto pubblico» dei gruppi parlamentari, definisce «la funzione di inverare l'indirizzo politico che spetta a ciascun gruppo» come il «supremo "interesse generale"». Tale funzione, infatti, «necessariamente pubblica (…) fa assumere ai gruppi politico-parlamentari la natura di "organismi di diritto pubblico", determinata non già del mero fatto di essere interni alle Camere, ma divenendo tali perché funzionalmente deputati al perseguimento dell'indirizzo politico. Sembra proprio essere quest'ultimo a causare quella mutazione genetica del gruppo di cui s'è parlato, in grado di trasformare giuridicamente, all'interno del Parlamento, l'"associazione politica" in "organismo di diritto pubblico"». Tutto ciò, conseguentemente, fa sì che sia «l'attività *di indirizzo politico a modificare funzionalmente la natura del gruppo* da associazione di diritto privato a soggetto di diritto pubblico». Tali argomentazioni sembrano trovare supporto, sul piano tecnico-procedimentale, in R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Passigli, Firenze, 2007, il quale afferma che «è attraverso i gruppi che i partiti "si fanno istituzioni", partecipano alla formazione degli organi parlamentari e decidono dei programmi di lavoro delle commissioni e dell'aula». Di «insopprimibile esigenza di una soggettività giuridica e politica dei gruppi parlamentari che è imposta da quella corretta lettura del "concorso" di soggetti diversi alla determinazione della politica nazionale che sembra essere propria (…) dell'art. 49 della Costituzione» parla S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Alessandria, 17-18 ottobre 2008, Jovene, Napoli, 2009, pp. 83-84.

[80] Nonostante l'indirizzo non del tutto lineare della Corte costituzionale. Non linearità che, da ultimo, emerge anche dalle ordinanze n. 17 del 2019 e n. 60 del 2020, in cui, tuttavia, non mancano (soprattutto nella prima, invero) implicite aperture verso un espresso riconoscimento dei gruppi come "soggetti della rappresentanza politica". In tal senso, per una ricostruzione dei raggruppamenti politico-parlamentari come "soggetti della rappresentanza politica", in quanto tali abilitati a sollevare conflitto di attribuzione, cfr. A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., spec. pp. 314 ss. e R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 140 ss. Da un punto di vista più generale, poi, la circostanza che i gruppi parlamentari si configurino, su un piano costituzionale, quali veri e propri *soggetti della rappresentanza politica* pare essere

"rappresentanti (plurali) della Nazione". E, in quanto rappresentanti della Nazione, essi potrebbero rendere superflua la regola della proporzionalità, essendo tutti titolari della medesima situazione rappresentativa, seppur nella diversità degli orizzonti politici.

Quella appena esposta è, tuttavia, una soluzione estrema che, in ultima analisi, potrebbe seriamente compromettere il pluralismo politico-procedimentale che deve connotare l'attività parlamentare.

Se la regola della rappresentanza proporzionale sembrerebbe così non ammettere patologiche compromissioni, cionondimeno l'esigenza di garantirne il concreto operare si è posta anche durante la prima ondata pandemica da Covid-19, in cui essa si è tradotta nella ricerca di misure atte ad assicurare il rispetto del rapporto tra maggioranza e opposizione anche all'interno di un'istituzione parlamentare ridotta nella sua composizione numerica per motivi di sicurezza sanitaria. In tale circostanza, invero, si è fatto ricorso alla tecnica del c.d. *pairing*, «cioè [del]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»[81]. Anche in questa occasione, quindi, l'esigenza di conservare il fisiologico rapporto di proporzionalità tra maggioranza ed opposizione ha informato, come visto, l'azione parlamentare, proprio al fine di evitare che i gruppi politici meno numerosi incorressero in una patologica sotto-rappresentazione (ovvero, simmetricamente, sovra-rappresentazione)[82].

---

confermata dalla formazione, annunciata il 16 febbraio scorso, dell'intergruppo parlamentare "M5S-PD-Leu", come tale creatosi all'interno delle Camere e non già scaturente dai risultati elettorali. I gruppi, ancora una volta, sembrano così aver mostrato la propria potenziale funzione rappresentativa autonoma, in grado di rimodulare la geometria dei rapporti politico-parlamentari rispetto agli equilibri fuoriusciti dalle elezioni e dalle indicazioni di voto degli elettori.

[81] S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020 e ID., *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., pp. 228-230. L'incidenza dell'emergenza sanitaria sui lavori parlamentari è al centro del contributo di G. SCACCIA, A. CARBONI, *Funzionalità del Parlamento e modalità di voto nell'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020. Da ultimo, si sofferma sulle difficoltà di funzionamento in cui è incorsa l'istituzione parlamentare durante la recente crisi pandemica anche I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, *passim* ma spec. pp. 143 ss., cui si rinvia – per i profili più attinenti al presente lavoro – per l'analisi delle problematiche sottese alla scelta delle Camere di considerare i parlamentari assenti per cause legate alla pandemia (isolamento fiduciario ovvero quarantena) come in «missione».

[82] Del resto, anche se con riferimento specifico ai sistemi elettorali ed all'interno di un discorso di più ampio respiro, come tale non riguardante la rappresentanza dei gruppi nelle

D'altronde, anche la formazione del Governo a guida Mario Draghi sembra destinata ad influire in misura significativa sul rapporto tra maggioranza e opposizione. Esso, infatti, incidendo sulla geometria politico-parlamentare rispetto ai precedenti esecutivi succedutisi nella XVIII Legislatura, potrebbe determinare un significativo ampliamento delle forze di maggioranza rispetto a quelle di opposizione, come tale destinato a riverberarsi sulle dinamiche assembleari e sulla composizione degli organi *intra*-camerali, soprattutto su quelli «di controllo e di garanzia»[83]. Tuttavia, anche la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni permanenti parrebbe correre il rischio di uno svuotamento pratico del proprio significato, lì dove la maggioranza a sostegno del nuovo esecutivo fosse realmente composta da tutte le forze politiche ad eccezione di una o due (FdI e Sinistra Italiana). In ogni caso, sebbene la tutela dei diritti dei raggruppamenti politici minoritari e di quelli di opposizione non possa essere considerata una questione di poco momento, la situazione politica – e le relative conseguenze parlamentari – delineatisi in concomitanza con la formazione del Governo Draghi deve considerarsi eccezionale, non già rientrante nella fisiologia delle dinamiche politico-parlamentari. Di talché, in una prospettiva *de jure condendo*, essa non sembra poter assurgere a precedente in grado di incidere sulla specifica problematica oggetto del presente contributo.

Per concludere sul punto, se non ci si lascia abbagliare da questioni di carattere meramente tecnico-procedurale, sembrerebbe che, anche all'interno delle sub-unità specializzate cui sono deferiti "l'esame e l'approvazione dei disegni di legge" (art. 72, co. 3 Cost.), finisca per riproporsi quel rapporto dialettico tra rappresentanza, *sub specie* rappresentatività, e governabilità che tante volte ha impegnato la Corte costituzionale[84]. Non a caso, poco prima che il Presidente

commissioni, A. DI GIOVINE, S. SICARDI, *Rappresentatività e governabilità: il dilemma delle macchine che fanno parlare il popolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 3/1998, p. 150, mettono in guardia da una semplicistica «coincidenza fra rappresentanza del pluralismo e garanzia dell'opposizione».

[83] Per i necessari approfondimenti della problematica *de qua*, si rinvia a S. CURRERI, *"Super-maggioranze" e "super-opposizioni"*, in *laCostituzione.info*, 14 febbraio 2021.

[84] Il riferimento è, com'è noto, alle sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017, le cui argomentazioni hanno suscitato un vivo dibattito in dottrina, come tale impossibile da compulsare in poche righe. *Ex multis*, tuttavia, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 114, ha evidenziato che «tali pronunce, nel complesso, hanno prodotto una sorta di *trasformazione categoriale, giuridicizzando lo stesso paradigma della rappresentatività* o, se vogliamo, riconoscendo rilevanza costituzionale a tutto ciò che prima era sempre stato collocato, a torto o a ragione, nella sfera del *politico* e, dunque, in una dimensione insondabile con gli strumenti della giurisdizione costituzionale. La sovrapposizione tra rappresentanza e rappresentatività rischia, tuttavia, di alimentare equivoci pericolosi, come l'idea frustrante

Conte rimettesse il proprio mandato nelle mani del Presidente Mattarella, la formazione al Senato del gruppo "Europeisti-MAIE-Centro democratico", formato esattamente da dieci senatori, si poneva l'obiettivo precipuo di garantire, a sostegno del Presidente del Consiglio dimissionario, la propria presenza nelle commissioni permanenti, in modo tale da consentire la prosecuzione della Legislatura nella medesima composizione politica sorta a seguito delle dimissioni delle ministre provenienti dal gruppo "Italia Viva". Tale operazione politica, poi naufragata a seguito della constata impossibilità di ricucire lo "strappo" tra le forze allora di maggioranza, ha segnato un paradosso: come è stato puntualmente evidenziato, infatti, «se un tempo le Commissioni permanenti si formavano in base ai gruppi parlamentari, ora, invece, i gruppi parlamentari si formano per essere presenti nelle Commissioni permanenti»[85]. E questo, forse, a dimostrazione di quanto l'utilizzo della "matematica"[86], all'interno delle dinamiche parlamentari, possa apparire non completamente conferente ai fini della risoluzione del dato costituzionale che si innerva nel pluralismo politico. Come si è detto, di aritmetica, piuttosto, resta, sul piano tanto giuridico quanto fattuale, il profondo legame intercorrente tra diritto costituzionale e diritto parlamentare. Mai, però, del tutto governabile da entità numeriche specifiche. Logica aritmetica, pertanto, non già numeri esatti.

Le più attuali vicende politiche dimostrano, qualora ve ne fosse stato ulteriore bisogno, che la ricerca di un equilibrio tra i due poli operativi della rappresentanza e della governabilità si pone, anche per quel che concerne la necessaria modifica regolamentare che dovrà accompagnare il sorgere della XIX Legislatura, come un obiettivo alquanto ambizioso, stante anche la difficoltà che, storicamente, accompagna i tentativi di riforma dei Regolamenti parlamentari. Considerazione, quest'ultima, che induce ad accreditare il rischio, già rilevato, che, nella prossima Legislatura, soprattutto in assenza di un puntuale intervento riformatore ed a maggior ragione in caso di scioglimento anticipato delle Camere, possa registrarsi un ulteriore aumento del potere presidenziale di indicare, d'intesa con la Giunta per il regolamento ed a garanzia del "buon andamento dei lavori" della Camera di appartenenza, quelle modifiche regolamentari ritenute necessarie al fine di

del carattere irrimediabilmente artificioso di ogni meccanismo elettorale». Si interroga sul rapporto intercorrente tra rappresentanza e governabilità anche A.M. NICO, *Osservazioni su rappresentanza, forma di governo, governabilità e riforma costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017.

[85] S. CURRERI, *Un Parlamento che non sa rispettare le regole che si è dato*, in *laCostituzione.info*, gennaio 2021.

[86] Sul punto, per la rilevanza del dato aritmetico nella logica democratica, si veda C. VALERIO, *La matematica è politica*, Einaudi, Torino, 2020.

scongiurare, anche soltanto in via temporanea, la paralisi dell'attività assembleare[87].

Ancora una volta, perciò, emergono tutte le difficoltà legate ad una revisione costituzionale che è parsa, agli occhi dei promotori, necessaria, ma che, come è stato notato, non sembra essere stata frutto di «una costruzione razionale diretta a minimizzare il potenziale iato (…) tra forza intrinseca del dato puramente aritmetico e credibilità e autorevolezza delle istituzioni agli occhi degli elettori

[87] Per i necessari approfondimenti sulla figura del Presidente d'assemblea cfr., *ex multis*, A. TORRE, *Il magistrato dell'Assemblea. Saggio sui presidenti parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2000. Più nello specifico, la c.d. tensione presidenzialista, ormai stabilmente connotante l'interpretazione del ruolo presidenziale invalsa nella prassi, è stata da tempo denunciata in dottrina ma, ciononostante, essa potrebbe aver trovato un ulteriore possibilità di espansione in concomitanza con gli effetti che la pandemia da Covid-19 ha prodotto sui lavori assembleari. Il punto è affrontato, tra gli altri, da C. MASCIOTTA, *I regolamenti parlamentari*, cit., p. 791, e da S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2020, pp. 230-233. Probabilmente, torna qui a manifestarsi quella particolare tipologia di produzione giuridica che è stata recentemente definita «diritto "spontaneo" delle assemblee parlamentari: (…) Un diritto in cui la scrittura servirà più a confermare regole che a crearle, dopo che il tempo ha fatto maturare prassi e sperimentazioni e sempre, comunque, lasciando largo margine al "non scritto", eppure vigente; al "non detto", eppure vincolante». Così, incisivamente, A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Mucchi Editore, Modena, 2020, pp. 36-37. Prassi che, ad ogni buon conto, non sempre si traduce in soluzioni razionali e sistematicamente coerenti. A tal proposito, N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari: quali spazi per una riforma (coordinata) dei regolamenti parlamentari?*, in *Federalismi.it*, 23 febbraio 2018, pp. 9-10, sottolinea che «la mancanza di un equilibrio soddisfacente negli assetti della forma di governo e l'alternanza delle forze politiche al governo (e, con essa, di presidenti delle Camere di opposta estrazione politica) hanno incoraggiato l'"inseguimento del peggior precedente": vale a dire, il ricorso continuo a forzature procedurali, mediante il richiamo a precedenti, gradualmente sempre più distanti dal testo del regolamento. Si pensi, tra tanti esempi, alle questioni di fiducia su maxiemendamenti, o alle autorizzazioni alla formazione di gruppi in deroga e di componenti politiche del gruppo misto, tanto per citare i casi più eclatanti». Sul ruolo del presidente di commissione a seguito della riduzione del numero dei parlamentari si interroga, invece, S. BARGIACCHI, *Brevi note sul possibile ruolo dei Presidenti di Commissione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020.

"rappresentati"»[88]. Ecco perché, in ultima analisi, «l'incertezza sulle conseguenze della riforma è altissima»[89].

4. Le soluzioni prospettate *de iure condendo*

Come si è detto, la preservazione della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi all'interno delle commissioni permanenti costituisce, probabilmente, il vero e proprio *punctum dolens* della modifica costituzionale che ha "tagliato" il 36,5% del numero dei parlamentari elettivi.

Per di più, l'attuale assetto del sistema delle commissioni, sostanzialmente invariato ormai da alcuni decenni[90], parrebbe accrescere le difficoltà di attuazione

[88] P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari più democrazia?*, cit., p. 176. Mette in luce i numerosi profili di problematicità insiti nel "taglio" della rappresentanza politica, poi confermato dal corpo elettorale, anche L. VIOLINI, *Il meglio è nemico del bene? Brevi note per andare a votare con consapevolezza*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., spec. p. 271. Sul punto, E. ROSSI, *Il numero dei parlamentari in Italia, dallo Statuto albertino ad oggi*, in ID., *Meno parlamentari, più democrazia?,* cit., p. 30, ha evidenziato che se, da un lato, «a favore» della scelta di ridurre il numero dei parlamentari «potrebbero indicarsi le numerose proposte avanzate nel corso degli anni, specie a partire dalla Commissione Bozzi, e che sono andate costantemente nella direzione di una riduzione del numero dei parlamentari»; dall'altro, «va anche osservato che nessuna di quelle proposte si limitava a modificare la composizione delle Camere in senso numerico, e che anzi tale riduzione si accompagnava costantemente o ad una differenziazione delle funzioni tra i due rami del parlamento oppure ad una revisione dei criteri di composizione della seconda Camera».

[89] È questa la conclusione cui giunge M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 534, la quale, incisivamente, così conclude sul punto: «È lo stessi legislatore costituzionale ad aver previsto e voluto questa situazione, là dove ha evitato di impartire direttive per l'attuazione della modifica introdotta».

[90] Come ha fatto notare N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., p. 337, si tratta di «Una stasi che ha ignorato perciò – qui sì, per bieche ragioni di conservazione delle poltrone, perlopiù celate dietro la scusa delle riforme del bicameralismo in itinere – le conseguenze sistemiche della riforma dei Ministeri di cui al decreto legislativo n. 300 del 1999 e, soprattutto, della pressoché completa riscrittura del Titolo V Cost. avvenuta tra il 1999 e il 2001: interventi di tipo organico che avrebbero richiesto, all'evidenza, un ripensamento complessivo delle attribuzioni materiali delle commissioni, e anche del sistema stesso delle commissioni permanenti». Si sofferma sulla necessità – più generale – di «un adeguamento regolamentare», che sappia mediare tra «stabilità governativa» e «centralità del Parlamento», anche E. CATELANI, *Manutenzione dei regolamenti parlamentari come strumenti di inizio di una mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, parte III, pp. 25 ss. Il mancato adeguamento regolamentare è stigmatizzato, altresì, da M.

della regola suddetta. Per questo motivo, ove non dovesse essere oggetto di un ampio intervento di adeguamento, tale sistema finirebbe per porsi in contrasto con l'esigenza di razionale ed efficiente svolgimento dei lavori di Camere sensibilmente ridotte nella loro dimensione numerica. In esse, infatti, pur operando, rispettivamente, quattordici commissioni, il relativo riparto di competenze così come la specularità, seppur ricercata, rispetto a numero e attribuzioni dei Ministeri, presenta elementi di disomogeneità. Elementi che, peraltro, con alta probabilità saranno soltanto amplificati dalla riduzione degli eletti e sui quali si potrebbe intervenire in maniera significativa attraverso una coordinata modifica dei Regolamenti parlamentari[91].

Non a caso, è stata da più parti invocata una maggiore sinergia, rispetto al passato, negli interventi di modifica dei Regolamenti medesimi[92], all'esito dei quali sia possibile pervenire ad una riduzione del numero delle commissioni attraverso un accorpamento delle relative competenze, da realizzarsi mediante un criterio di prossimità *ratione materiae*. Tuttavia, anche a voler ritenere superabili le difficoltà dischiuse dalla attuale disomogeneità delle attribuzioni proprie di ciascuna commissione, una siffatta strategia d'intervento non parrebbe esente da profili di problematicità. Come è stato detto, infatti, «la riduzione delle commissioni parlamentari ad un numero inferiore alle attuali quattordici aggraverebbe l'attuale

---

MALVICINI, *Riforme istituzionali e regolamenti parlamentari. Spunti ricostruttivi alla luce della XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2018, spec. pp. 3-6.

[91] Esigenza, questa della riforma coordinata dei Regolamenti parlamentari, auspicata da gran parte della dottrina. Cfr., *ex multis*, N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari*, cit., spec. pp. 21-31 e R. DICKMANN, *Valorizzare il bicameralismo simmetrico per amplificare la rappresentanza*, in *Federalismi.it*, Paper, 21 ottobre 2020, il quale ritiene che la riduzione del numero dei parlamentari potrebbe costituire «il momento giusto affinché Camere private del 36,5% dei propri componenti riflettano al proprio interno circa l'utilità di soluzioni procedurali per migliorare il proprio funzionamento nel rispetto delle ragioni di rappresentanza (e della governabilità), puntando sulla collaborazione reciproca quale necessaria implicazione del modello bicamerale declinato in termini virtuosi e non formalistici, nell'economia della forma di governo in vigore».

[92] Del resto, come è stato notato, sarebbe lo stesso art. 70 Cost. a richiedere l'adozione di Regolamenti comuni tra Camere nell'ambito del procedimento legislativo. Sul punto, cfr. R. IBRIDO, *Per un regolamento comune del procedimento legislativo*, in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Passigli, Firenze, 2017, pp. 17 ss. Si soffermano, invece, sull'unificazione delle strutture amministrative delle Camere N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari*, cit., p. 19, nonché ID., *Prospettive di unificazione degli apparati di Camera e Senato: una mossa "difensiva", ma "opportuna"*, in N. BERTOLISSI (a cura di), *Riforme. Opinioni a confronto,* Cedam, Padova, 2015, pp. 103 ss. e A. MANZELLA, *Per un monocameralismo amministrativo,* in *Quaderni Costituzionali*, 3/2017, pp. 601 ss.

loro non perfetta specularità con gli attuali quattordici Ministeri, con la conseguenza che, più di quanto oggi accade, avremo più commissioni corrispondenti ad un solo ministero oppure più ministeri corrispondenti ad una sola commissione»[93]. Risultato, quest'ultimo, non per forza negativo, sol che si rifletta sulla circostanza che la perfetta specularità con l'articolazione ministeriale «avrebbe accentuato il pericolo insito nel sistema delle commissioni specializzate: e cioè la tendenza a trascurare gli aspetti politici dei problemi a profitto di più limitate visuali di settore»[94].

In ogni caso, l'accorpamento delle commissioni parrebbe un obiettivo necessitato, in assenza del quale l'attività parlamentare rischierebbe di incorrere in disfunzionalità paralizzanti il fisiologico esplicarsi della rappresentanza politica *intra*-camerale. Esigenza, quest'ultima, già nota a Gustavo Zagrebelsky, il quale, alcuni anni orsono, ebbe modo di sottolineare come, mediante una riduzione del numero delle commissioni permanenti, sarebbe «forse (…) possibile dare una risposta veramente soddisfacente al problema della loro rappresentatività in termini proporzionali, che attualmente, dato il loro numero estremamente alto, è del tutto insufficiente»[95]. Numero di commissioni permanenti che, ove non dovesse essere ridotto, a fronte del "taglio" del 36,5% della rappresentanza parlamentare potrebbe altresì acuire il rischio di sedute concomitanti tra le stesse, così da impedire a parlamentari membri di gruppi politici di minoranza di presiedere ai lavori di ciascuna di esse. Se ciò si verificasse, infatti, oltre ad una inevitabile incisione dello «*status* di parlamentare»[96], si rischierebbe un eccessivo e grave sacrificio delle numerose funzioni che da tale partecipazione ai lavori delle commissioni derivano, tra cui quelle, nient'affatto secondarie, di incidenza sull'elaborazione dell'indirizzo politico e di controllo dell'operato del governo (nel caso di disegni di legge di provenienza governativa). Ecco perché, oltre a quanto si

[93] S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., pp. 12-13.

[94] L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 897. In senso critico verso la specularità delle competenze delle Commissioni con quelle dei ministeri anche A. MANZELLA, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, 1977, p. 425. Tuttavia, è stato fatto notare che il criterio della specularità delle competenze presenti propri «pregi, come quello di consentire alle commissioni di seguire con continuità ed esperienza tecnica l'attività delle varie branche della pubblica amministrazione, sia sotto il profilo della legislazione, sia sotto il profilo del controllo, sia sotto il profilo dell'informazione». Così, G.F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 3.

[95] Così, G. ZAGREBELSKY, *Ostruzionismo parlamentare dell'opposizione e della maggioranza. Uso degli articoli, 30, 44, 65 e 92 del regolamento*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, cit., p. 405.

[96] Come ha sottolineato A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 104, l'appartenenza ad una commissione e, a monte, ad un gruppo parlamentare, costituisce una «condizione dello status di parlamentare».

sta per dire, al fine di introdurre ulteriori garanzie procedurali a tutela delle minoranze, si potrebbe non solo istituire un vero e proprio "statuto dell'opposizione"[97], ma anche, forse più realisticamente, attribuire ad esponenti di forze politiche minoritarie talune funzioni politicamente rilevanti. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla possibilità di riservare, all'interno di un Parlamento numericamente ridotto, la presidenza di commissioni, soprattutto d'inchiesta e di controllo, ad esponenti dei suddetti gruppi politici minoritari. Soluzione, quest'ultima, che, tuttavia, richiedendo una sostanziale convergenza tra maggioranza ed opposizione, incontra difficoltà realizzative di non poco momento.

Ritornando alla riduzione, per accorpamento e/o fusione, del numero complessivo delle commissioni, è stato fatto notare che, in assenza di un siffatto intervento riformatore, la ridotta composizione delle Camere produrrà una conseguenza ancor più significativa. Oltre all'aumento esponenziale del carico di lavoro gravante sul singolo parlamentare, infatti, essa renderà possibile l'«approvazione in sede legislativa – al Senato considerata in via preferenziale con quella redigente (art. 34.1-*bis* reg. Sen.) – di iniziative legislative da parte di pochissimi commissari»[98], i quali, stante anche la libertà di mandato, finirebbero per essere destinatari di un potere decisionale significativo e, di fatto, esente da qualsiasi controllo giuridicamente vincolante[99], con inevitabili ripercussioni sulla stessa «democraticità della decisione»[100]. E tanto aggravando la già denunciata

[97] Sul punto, D. BALDONI, *I* quorum *nei nuovi regolamenti parlamentari. Quale statuto delle opposizioni nelle Camere a ranghi ridotti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pp. 424-428, si sofferma sulla possibilità che la riduzione del numero dei parlamentari possa fungere da occasione per un'effettiva formalizzazione di una sorta di statuto dell'opposizione, magari sul modello britannico, da implementare sin dal momento di modifica dei *quorum* regolamentari, «applicando riduzioni dei *quorum* meno che proporzionali, allorquando si intenda valorizzare il ruolo oppositorio, o più che proporzionali, qualora si vogliano limitare le velleità ostruzionistiche».

[98] S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 9, il quale sottolinea come «al limite, alla Camera in VI Commissione Finanze, che sarebbe composta da 26 membri, per approvare una legge basterebbe il voto favorevole di appena sette deputati (26:2=13 :2=7); al Senato in 11° Commissione *Lavoro pubblico e privato, e Previdenza Sociale*, che sarebbe composta da 13 membri, addirittura basterebbero quattro senatori (13:2=7 :2=4)».

[99] Nello stesso senso, ancora, S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 9.

[100] F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2019, p. 26. Evidenzia il rischio della possibile «regressione», nonché «recessione del principio democratico-rappresentativo e con esso della sovranità popolare», come conseguenza della scelta di ridurre il numero dei parlamentari, anche S. GAMBINO, *Quale centralità del Parlamento se*

logica del c.d. «bicameralismo alternato», in forza della quale è «soltanto una Camera a scrivere il testo di legge, mentre l'altra si limita all'approvazione senza modifiche o a ritocchi non sostanziali»[101]. Si pensi, per esempio, all'ipotesi, per nulla di scuola, in cui il testo di un progetto di legge sia approvato in commissione deliberante o redigente al Senato, la cui attività è informata a quel metodo consensuale che caratterizza il lavoro in commissione[102], per di più nella ridotta composizione numerica scaturente dalla legge costituzionale n. 1 del 2020. Nel caso in cui su quel testo, approvato da un numero esiguo di senatori, fosse poi apposta, alla Camera, una questione di fiducia, il relativo contenuto risulterebbe di fatto blindato e non modificabile, con evidente compromissione di ogni garanzia

si procedesse al taglio del numero dei parlamentari, in *Consulta Online*, n. III/2020, pp. 474-475, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org. Sul punto, inoltre, C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2020, p. 88, fa notare che, se contestualizzata «nel più ampio progetto riformatore», «la riduzione (…) dei parlamentari, diventa allora poco credibile che (…) sia volta, come dichiarano i proponenti, alla salvaguardia della dignità del Parlamento, al rafforzamento della sua efficienza e alla conferma della sua centralità». Da un punto di vista più generale, in una prospettiva tesa quanto più possibile a rafforzare le prerogative del singolo parlamentare in quanto membro di una mera formazione sociale, A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 619, rileva che «Appare dunque conseguenziale che anche tali tipiche manifestazioni del pluralismo politico quali sono i gruppi parlamentari pongano un rilevante problema di tutela dei diritti fondamentali dei singoli aderenti entro i medesimi, seguendo il tenore dell'art. 2 Cost., secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo anche "all'interno" delle formazioni sociali e, pertanto, come anticipato, persino "contro" di esse».

[101] V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte Costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale,* cit., p. 114. A conclusioni non dissimili giunge M. MANETTI, *Regolamenti parlamentari e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, p. 56, la quale, riflettendo sulla possibilità che sia il Senato ad approvare in seconda lettura un testo di legge, in virtù dell'art. 34, co. 1-*bis* Reg. Sen., nota che esso potrebbe limitarsi ad un ruolo di mera ratifica della decisione assunta dalla Camera, alla quale «sola» spetterebbe «la sostanza della funzione legislativa». E tanto, «sarebbe in contrasto con l'esito del *referendum* (quello del 4 dicembre 2016, n.d.r.) che ha avuto come principale obiettivo e risultato il mantenimento della perfetta parità tra le due Assemblee». Sul punto, cfr. altresì E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 199 ss.

[102] Come ha evidenziato C. FASONE, *Sistemi di commissioni parlamentari*, cit., p. 504, «la sede deliberante, per definizione, o è consensuale o non è». Sul punto, cfr. anche le considerazioni di G.F. CIAURRO, *Il ruolo del Governo nel procedimento di formazione delle leggi*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/1996, pp. 812 ss.

procedurale per le minoranze politiche e per gli stessi componenti della maggioranza non in linea con l'indirizzo tradottosi nel testo approvato in commissione. Tutto ciò, inoltre, non farebbe che aggravare il rischio di «verticalizzazione del sistema politico-istituzionale»[103], a sua volta riflesso della concentrazione del potere decisionale in ristrette segreterie di partito e, non da ultimo, in singole personalità politiche di rilievo[104].

[103] A. PIRAINO, *Verso una nuova forma di democrazia?*, in *il Domani*, 23 dicembre 2019, p. 8. Il punto è stato ampiamente evidenziato dalla dottrina. *Ex multis*, cfr. A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, spec. pp. 3-4, e D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari*, cit., spec. pp. 10 ss.

[104] In questo orizzonte prospettico, M. LUCIANI, *Partiti e forma di governo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2018, preso atto de «L'indebolimento delle radici sociali dei partiti e la loro tendenza a escludere o rendere ancillare il rapporto con la base, così come l'attivazione di meccanismi di raccordo solo apparentemente aperti, ma in realtà estremamente elitari, come quelli dell'interlocuzione attraverso la rete o i c.d. *social*», ha concluso evidenziando come «il condizionamento partitico delle istituzioni» derivi «dalla diretta intromissione dei vertici nell'apparato statale, vertici la cui chiusura alle istanze partecipative della base li rende autoreferenziali e, nella migliore delle ipotesi, attenti ai loro convincimenti o, nella peggiore, agli interessi puramente personali o della stretta "cerchia" dei più immediati sodali». Nello stesso orizzonte prospettico, P. ARDANT, *La rappresentanza e i partiti politici*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1998, p. 161, ha evidenziato come «i partiti stessi hanno prodotto i loro notabili, la cui presenza può in parte falsare l'elezione, in quanto scoraggia la concorrenza sia all'interno che all'esterno del partito, e si frappone, quindi, al rinnovamento degli eletti. Si percepisce, dunque, chiaramente che, lungi dal favorire l'espressione democratica della volontà del corpo elettorale, molto spesso i partiti hanno finito per confiscare la rappresentanza a loro beneficio». E ciò spinge l'Autore a concludere nel senso che «non bisogna stupirsi che questo stesso individuo (l'elettore, n.d.r.), per far prevalere i suoi desideri e le sue rivendicazioni, si avvalga dell'intermediazione di associazioni, sindacati o gruppi di pressione che fanno concorrenza ai partiti proprio in seno al Parlamento ed alle istituzioni governative. Ciò in quanto, confiscando la rappresentanza, i partiti, al tempo stesso, la snaturano». Peraltro, all'interno di discorso ampio ed attento a tutte le più recenti istanze di trasformazione istituzionale e sociale, S. CASSESE, *Il buongoverno. L'età dei doveri*, Mondadori, Milano, 2020, p. 257 ha osservato quanto segue: «sembra che mai il popolo sia stato tanto trascurato quanto ora che viene invocato. Mai la Repubblica è stata tanto oligarchica come da quando è divenuta populista». Del resto, quello delle «oligarchie» costituisce uno dei problemi più risalenti e, in un certo senso, endemici di ogni manifestazione di quella complessa idea riassunta dalla parola «democrazia», tanto da spingere Norberto Bobbio a considerare «la sconfitta del potere oligarchico» come una «promessa non mantenuta» della democrazia. Sul punto, inevitabile è il rinvio a N. BOBBIO (1984), *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 2014, p. 12. Problema, quello della deriva oligarchica delle coeve democrazie, in rapida e

Per scongiurare una simile evenienza è stata recentemente auspicata finanche «la "neutralizzazione", attraverso modifiche regolamentari di entrambe le Camere, della previsione contenuta nell'art. 72, comma 3, Cost., riguardante l'approvazione dei disegni di legge deferiti a commissioni in sede legislativa»[105]. Qualora non si volesse seguire una simile strategia di intervento, di certo implicante una significativa modifica dei tradizionali canali di esercizio dell'*iter* legislativo, potrebbe optarsi per l'introduzione in commissione deliberante della regola del c.d. voto ponderato, in modo tale da consentire a tutti i gruppi parlamentari di essere rappresentati in commissione da un proprio esponente, il cui voto avrebbe un coefficiente numerico pari alla consistenza numerica del gruppo stesso[106]. Per far ciò, stante il già rilevato rischio di mancata o non sufficiente costituzione di gruppi parlamentari, composti cioè da un numero di membri inferiore a quello delle commissioni, si dovrebbe estendere al Regolamento della Camera la regola, oggi fissata dal solo Regolamento del Senato, in forza della quale quei gruppi parlamentari "composti da un numero di senatori inferiore a quello delle Commissioni sono autorizzati a designare uno stesso Senatore in tre Commissioni in modo da essere rappresentati nel maggior numero possibile di Commissioni" (art. 21, co. 2 Reg. Sen.). E tanto, in uno con il riparto dei c.d. eccedentari, al fine di rispecchiare in commissione non solo "la proporzione esistente in Assemblea tra tutti i Gruppi parlamentari", ma anche – e soprattutto – "il rapporto tra maggioranza e opposizione" (art. 21, co. 3 Reg. Sen.).

Come si vede, l'adozione del sistema del c.d. voto ponderato richiederebbe una serie di micro-interventi riformatori, non esenti, a loro volta, da possibili criticità operative. In particolare, è stato fatto notare che l'adozione del voto ponderato «significherebbe (…) conferire la rappresentanza del gruppo a singoli commissari», il cui voto in commissione non è detto che «corrisponda effettivamente alla volontà del (la maggioranza del) gruppo d'appartenenza»[107], a causa dell'assenza di una espressa garanzia di democraticità interna al partito o gruppo di afferenza e della correlativa determinazione decisionale. In altri termini,

---

preoccupante ascesa, stando ad un recente studio pubblicato dalla organizzazione non governativa internazionale *Freedom House*, disponibile al seguente link: https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege.

[105] Secondo l'auspicio di A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., p. 37.

[106] In tal senso, cfr. S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., pp. 10-11, e A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., p. 36. È chiaro che una simile innovazione potrebbe valere anche lì dove l'*iter legis* funzionasse seguendo la procedura ordinaria, ovverosia con le commissioni che lavorano in sede referente. Anche in questa ipotesi, infatti, l'esercizio del voto ponderato determinerebbe una maggiore efficienza dell'organo camerale.

[107] S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 11.

il rischio è che, garantito dalla libertà di mandato, il rappresentante unico del gruppo in commissione possa agire libero da qualsiasi vincolo al gruppo di appartenenza: ipotesi, quest'ultima, di certo corroborata dal rafforzamento del ruolo del singolo parlamentare[108] a seguito del "taglio" della rappresentanza di cui alla legge costituzionale n. 1 del 2020.

Tuttavia, sebbene di fatto non eliminabile, un simile margine di rischio parrebbe connaturato a qualsiasi attività parlamentare e, in ogni caso, il gruppo d'afferenza potrebbe attivare nei confronti del parlamentare "dissidente" il potere sostitutivo previsto dagli artt. 31, co. 2 Reg. Sen. e 19, co. 3 e 4 Reg. Cam.[109]

Oltre ad assicurare una maggiore responsabilizzazione dei singoli commissari sia nei confronti del gruppo di appartenenza che dello stesso elettorato, l'introduzione del sistema del voto ponderato potrebbe, dunque, garantire in misura congrua e adeguata l'operatività tanto del criterio di rappresentatività in commissione di tutti i gruppi parlamentari quanto, soprattutto, la più coerente applicazione della regola della rappresentanza proporzionale. Come più volte sottolineato, infatti, tale regola non può tradursi *ex se* in uno strumento deputato esclusivamente alla tutela delle minoranze ma, più esattamente, è preordinata a garantire, come visto, "il rapporto tra maggioranza e opposizione" (art. 21, co. 3 Reg. Sen.).

Se la soluzione del voto ponderato parrebbe la più coerente con la *ratio* della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle commissioni deliberanti, è doveroso evidenziare che altre strategie di intervento sono, altresì, possibili.

---

[108]Non sembrano stigmatizzare questa evenienza L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari*, cit., p. 565, i quali, a più riprese, sottolineano come «si potrebbe ragionevolmente garantire più spazio al singolo parlamentare, al di là dell'appartenenza al gruppo, senza incidere sulla organizzazione dei lavori» e, ancora, «la riduzione del numero complessivo dei gruppi parlamentari, che potrebbe (…) realizzarsi *per inerzia*, in assenza di una modifica dei Regolamenti vigenti, si presterebbe perciò ad essere ragionevolmente accompagnata da un rafforzamento del ruolo del singolo parlamentare».

[109] Potere sostitutivo che, a sua volta, non è esente da rilievi di criticità. All'interno di un discorso di più ampio respiro, incentrato sulla configurabilità di diritti del singolo parlamentare che si ricollegano alla funzione rappresentativa e/o alle norme regolamentari, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 287, nota 127, ha evidenziato «come nella dottrina tedesca il potere di "revoca" dei parlamentari dalle commissioni ad opera dei gruppi (…) sia stato talvolta definito una forma mascherata di mandato imperativo, contraria alla Costituzione (…) Va però detto che non è il potere di revoca o sostituzione in quanto tale a presentarsi lesivo delle attribuzioni del singolo parlamentare, ma un suo possibile uso arbitrario o sanzionatorio».

Per esempio, ferma restando la riduzione del numero complessivo delle commissioni permanenti mediante accorpamento e/o fusione, ovvero la loro presenza in numero diverso all'interno delle due Camere[110], l'estensione della regola di cui all'art. 21, co. 2 Reg. Sen. anche al Regolamento della Camera potrebbe, inoltre, assicurare la presenza di un componente per ciascun gruppo in ogni commissione[111], all'interno della quale, poi, senza ricorrere alla regola del voto ponderato, si potrebbe, così come accade per la formazione dell'Ufficio di Presidenza[112], ristabilire la rappresentanza proporzionale dei gruppi medesimi mediante l'aggiunta di ulteriori membri chiamati a rappresentare quelli più numerosi. A ben vedere, in tal modo non verrebbe alterato, quanto meno in misura significativa, il rapporto di proporzionalità tra gruppi e commissioni, dal momento che tutti i gruppi verrebbero rappresentati almeno da un proprio esponente e, a partire da questa unità rappresentativa "comune", si procederebbe a ricostruire, per quanto possibile in base alla composizione numerica delle Camere, la proporzionalità tra i vari gruppi. Del resto, tanto la Costituzione, quanto i Regolamenti parlamentari, non hanno stabilito un numero fisso di componenti delle commissioni.

Si tratta, in ogni caso, di una soluzione che risulta direttamente correlata tanto alla riduzione del numero complessivo delle commissioni, quanto alla riduzione e/o eliminazione del requisito numerico fissato per la costituzione di un gruppo, nonché all'estensione generalizzata della regola di cui all'art. 21, co. 2 Reg. Sen. Inoltre, se anche tali difficoltà dovessero essere superate, una simile strategia d'intervento sconterebbe comunque il rischio di una paralisi dei lavori

[110] Soluzione, questa, ritenuta invero non problematica da B. CARAVITA, *I possibili interventi istituzionali dopo il voto referendario*, in *Federalismi.it*, 23 settembre 2020, p. VII.

[111] Auspica la presenza di ogni gruppo in ciascuna commissione anche N. FUCCARO, *L'incidenza della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi e le prospettive di riforma regolamentare in materia,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 441. Tuttavia, sul punto, non, può essere sottaciuto l'ammonimento di C. FUSARO, *Perché non è possibile votare "no" alla riduzione dei parlamentari. Anche se è una goccia nel mare delle riforme necessarie*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 243, secondo il quale «va respinta l'equazione: in nome della rappresentatività tutti i partiti devono poter entrare in Parlamento, tutti devono poter formare un gruppo e tutti i gruppi devono essere in tutte le Commissioni e le Commissioni devono essere tante!».

[112] Il riferimento è agli artt. 5 Reg. Cam. e 5 Reg. Sen., quest'ultimo oggetto di numerose modifiche nel corso degli anni proprio al fine di garantire un soddisfacente equilibrio tra proporzionalità e rappresentatività nella determinazione del numero dei segretari. Equilibrio raggiunto, in entrambi i rami del Parlamento, attraverso la garanzia della rappresentanza, all'interno dell'Ufficio di Presidenza, di tutti i gruppi parlamentari, con la possibilità di aumentarne il numero per ristabilire, il più possibile, la proporzionalità rispetto alla composizione dell'Assemblea.

parlamentari, lì dove, come già accaduto in passato con riferimento specifico alla composizione della Giunta per il regolamento del Senato, l'integrazione di ulteriori membri al fine di riequilibrare il rapporto maggioranza-opposizione, senza sacrificare la rappresentatività di ciascun gruppo, finisca per alterare il suddetto equilibrio, ingenerando possibili disallineamenti fra composizione del *plenum* assembleare e formazione interna delle commissioni medesime.

4.1 L'intervento sugli organi bicamerali

Altra ipotesi di intervento prefigurata è quella preordinata ad un rafforzamento degli organi bicamerali e, tra questi, proprio delle commissioni parlamentari c.d. miste. In effetti, diverse circostanze parrebbero deporre favorevolmente verso l'implementazione del sistema delle commissioni bicamerali[113]: dalla possibilità di meglio garantire, attraverso il relativo atto istitutivo, un più sicuro equilibrio tra la regola della stretta proporzionalità rispetto ai gruppi ed il criterio della rappresentatività di tutte le forze politiche, al probabile effetto positivo che, a fronte della riduzione del numero degli eletti, un sistema di commissioni bicamerali potrebbe avere in termini di incidenza rispetto all'attività parlamentare di controllo e di indirizzo nei confronti dell'Esecutivo[114], anche per quel che concerne la gestione dei fondi europei del c.d. *Next Generation EU*. Sul punto, infatti, proprio il ricorso a commissioni bicamerali dalla composizione paritaria maggioranza-opposizione, magari integrata dalla partecipazione di esperti, potrebbe ridare linfa e centralità all'organo parlamentare, scongiurando la proliferazione di *task force* di nomina governativa[115].

---

[113] La cui esperienza è stata definita come «la più "sconvolgente" rispetto alla configurazione tradizionale del nostro regime parlamentare e, nello stesso tempo, è quella sulla quale la nostra Costituzione dice di meno e lascia, comunque, maggiori spazi di libertà all'interprete». Così, A. BALDASSARRE, *Esperienze e prospettive delle Commissioni bicamerali*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, cit., p. 156.

[114] In tal senso, cfr. F. NERI, *Le commissioni parlamentari: verso un'inevitabile riforma dell'intero sistema*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 511.

[115] Ricorso a commissioni bicamerali dalla composizione paritaria maggioranza-opposizione, sul modello del COPASIR, che avrebbe potuto per di più caratterizzare la fase di elaborazione dei D.P.C.M. che, a partire dallo scorso febbraio, hanno limitato, in misura significativa, una serie di libertà fondamentali dei cittadini. In tal modo, infatti, senza poter qui dilungarsi in argomentazioni che finirebbero per spostare il fulcro dell'analisi, si sarebbe potuta scongiurare la grave estromissione del Parlamento, poi concretamente realizzatasi, con evidenti ripercussioni (distorsive) sul sistema delle fonti del diritto. In tal senso, al fine non tanto di «inseguire i DPCM, ma di *prevenirli*, ovverosia di prevedere una sede istituzionale idonea a discuterne in via preventiva, vista la loro ipotizzabile numerosità anche per il prossimo futuro», L. LONGHI, *Audizione del 17 novembre 2020 sull'atto n. 588 (istituzione della Commissione parlamentare sull'emergenza*

Per poter funzionare, tuttavia, il sistema delle commissioni bicamerali sembrerebbe necessitare di un ponderato intervento riformatore, atteso che l'attuale loro conformazione risulta difficilmente compatibile con la ridotta composizione numerica delle Camere. Sul punto, è stata recentemente prospettata «una drastica riduzione dei componenti degli organi bicamerali, alcuni dei quali, in ipotesi, potrebbero essere composti, in particolare se chiamati a svolgere funzioni di controllo, anche da un numero limitatissimo di membri. Ad esempio, ove rispondessero a compiti conoscitivi delimitati, si potrebbero fors'anche immaginare organi composti da due soli parlamentari (uno di maggioranza e uno di opposizione); oppure si potrebbe ipotizzare una composizione di taluni organi bicamerali pari a un parlamentare per gruppo. Lasciando poi l'esercizio delle funzioni decisionali a sedi maggiormente rappresentative»[116]. Un rafforzamento delle commissioni bicamerali potrebbe, in effetti, meglio inserirsi all'interno di un assetto parlamentare maggiormente orientato verso un bicameralismo più omogeneo[117], in cui diverse altre funzioni potrebbero essere assegnate ad organi collegiali bicamerali[118]: per esempio, le funzioni europee e quelle di indirizzo e di

epidemiologica da COVID-19) – Commissione 1° Affari Costituzionali, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 1/2021, p. 4, osserva che «Una Commissione bicamerale *ad hoc* per l'emergenza assolverebbe alla funzione di pronunciarsi in via preventiva sugli schemi di tali decreti, limitando, in larga parte, gli elementi di debolezza denunciati dalla dottrina sin dalla loro prima adozione in febbraio», rispondendo, inoltre, «a quei bisogni conoscitivi lamentati a più riprese dai parlamentari e dall'opinione pubblica, mirando a ripristinare la trasparenza sui vari aspetti della crisi rimasti opachi in questi mesi». Del resto, A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., pp. 65-66, nell'alveo di un'ottimale gestione – anzi, sarebbe meglio dire «ricostruzione» – post pandemica, invita ad «istituire commissioni bicamerali guidate da personalità parlamentari di intesa *bipartisan*, per controllare i tre grandi nodi del "contratto sociale" su cui si svolgerà il confronto con il Governo: gli *investimenti*, la *semplificazione amministrativa*, i nodi e i tempi dell'*intervento pubblico nell'economia*».

[116] N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 339.

[117] In questo orizzonte prospettico, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 387,sottolinea come le commissioni bicamerali «si pongono tutte come espressione del superamento del rigido dualismo Camera-Senato e come articolazioni dell'organo complesso Parlamento, in materie per le quali la necessità della garanzia della doppia decisione non esiste ed è più forte l'esigenza di un univoco esercizio del potere parlamentare. Da questo punto di vista, la loro più esatta denominazione è quella di "Commissioni parlamentari", invece che bicamerali, a sottolineare che non si tratta di giustapposizione di soggetti appartenenti a due organi diversi».

[118] Sul punto, M. CALAMO SPECCHIA, *Il "taglio" dei parlamentari e il fine della* "quality over quantity"*: tanto rumore per nulla?*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online*, n. 1/2020, p. 23, nota 33, suggerisce la possibilità di adottare una soluzione simile a quella

controllo parlamentare sulla finanza pubblica[119]. In effetti, ciò consentirebbe di soddisfare quella «pressante esigenza costituzionale di omogeneizzazione giuridico-istituzionale delle due Camere», da ricercare non solo attraverso una formula elettorale di tipo proporzionale, ma anche «mediante la costruzione di procedimenti e di amministrazioni bicamerali»[120].

Il possibile rafforzamento delle commissioni bicamerali risulterebbe ancor più opportuno soprattutto con riferimento all'unica tra queste ad essere stata oggetto di espressa costituzionalizzazione: la commissione bicamerale per le questioni regionali (art. 126 Cost.), la cui concreta operatività risulta ancora limitata dalla mancata attuazione dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, mediante il quale si disponeva l'integrazione della relativa composizione con rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali. Commissione bicamerale, quella per le questioni regionali, che potrebbe fungere da fondamentale strumento di razionalizzazione e di normalizzazione dei rapporti Stato-Regioni, fortemente provati dalla recente crisi pandemica da Covid-19.

5. Fattori di crisi del sistema delle commissioni permanenti

Per tutte le ragioni sin qui esposte, il sistema delle commissioni permanenti pare andare incontro ad un probabile ripensamento[121]. Presumibilmente, la riduzione

---

prevista dalla Costituzione francese, secondo la quale «tutti i disegni o proposte di legge nascono bicamerali e solo successivamente alle prime due letture da parte delle due camere si procede all'attivazione di una commissione mista paritetica (prevista anche in Germania, Belgio, Stati Uniti) che ha il compito di elaborare un testo congiunto che sarà approvato in via definitiva dalla camera bassa. Un istituto del genere è agevolmente prevedibile dai regolamenti parlamentari che già disciplinano le commissioni legislative, considerato che l'art. 70 della Costituzione stabilisce che la funzione legislativa è esercitata collettivamente delle due camere, lasciando l'integrale disciplina tecnico-procedimentale alla fonte regolamentare».

[119] N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 340.

[120] N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari*, cit., pp. 7-8.

[121] È questa la medesima conclusione cui giunge C. FASONE, *Le commissioni parlamentari nella gestione della crisi pandemica*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, *il Filangieri, Quaderno 2020*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 59 ss. D'altronde, come ha rilevato L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 138, «La riduzione del numero dei parlamentari costituisce (…) una *scossa tellurica* sul sistema delle Commissioni permanenti che avrà bisogno di essere profondamente ripensato. Passaggio ineludibile è ridefinire il numero complessivo delle Commissioni permanenti (in riduzione), al fine di consentire un numero adeguato di commissari, valorizzando i risultati dell'esperienza già assai diffusa delle Commissioni riunite e, ove possibile, delle Commissioni congiunte fra Camera e Senato; i criteri di indicazione dei

del numero dei parlamentari potrebbe aver soltanto amplificato alcune disfunzionalità che, già da tempo, caratterizzavano l'articolazione policentrica del Parlamento. Infatti, benché chiamate ad intervenire in via necessaria nel procedimento legislativo[122], in funzione istruttoria ovvero in sede deliberante o redigente, le commissioni permanenti hanno conosciuto un progressivo declino funzionale con la svolta maggioritaria del 1993, la quale, quasi per eterogenesi dei fini, ha introdotto una certa instabilità nel quadro politico-parlamentare. Instabilità che, a sua volta, ha reso di fatto molto più difficile raggiungere, già in commissione, soluzioni di tipo consociativo tali da rendere, in un certo senso, ridondante l'esame in assemblea.

Da un lato, l'apporto istruttorio fornito da questi organi collegiali ristretti si è rivelato spesso insoddisfacente, stante anche il crescente livello di tecnicalità e di specializzazione oggi richiesto a leggi chiamate ad incidere su problemi di vasta portata. Senza poter qui adeguatamente affrontare le problematiche procedurali sottese al c.d. contingentamento dei tempi caratterizzante l'attività delle commissioni in sede referente, neppure l'espressa formalizzazione di una vera e propria "riserva temporale" dei lavori in commissione (*ex* art. 53, c.2 Reg. Sen.) è riuscita ad elevare il grado di tecnicismo sinora garantito dall'esame in sede parlamentare, parso ben lontano dagli standard richiesti dall'evoluzione socioeconomica[123].

membri da parte dei gruppi parlamentari; le modalità di organizzazione dei lavori, in relazione al rinnovato assetto».

[122] Così come accade nel solo ordinamento finlandese, il cui art. 40 Cost. prescrive che "Le proposte del Governo, le iniziative di singoli Rappresentanti, le relazioni sottoposte al Parlamento ed altri oggetti previsti dalla Costituzione o dal Regolamento parlamentare, devono essere istruiti dalle Commissioni prima di essere presi in esame dal Parlamento in seduta plenaria".

[123] Pregnante e puntuale la riflessione, sul punto, di G. SARTORI, *Elementi di politica*, cit., p. 221, il quale osserva: «I dati convergono nell'indicare che nel parlamento italiano il problema della specializzazione non è avvertito. Al qual proposito si deve ancora tener presente la "psicologia ministeriale" del nostro parlamento. Non si diventa ministri perché specialisti; semmai perché versatili. Altrimenti dicendo, la prospettiva ministeriale ingenera, anche se inconsciamente, una tendenza a coltivare non la competenza ma la duttilità. È chiaro che ogni partito ha interesse ad avere in commissione un suo rappresentante stabile, che sia appunto il suo esperto in un certo settore di problemi. È altresì chiaro che taluni deputati hanno una loro vocazione, e che si fanno destinare a una data commissione con il ferreo intendimento di restarci. Tuttavia il grosso dei deputati non sembra tenere affatto alla permanenza in una stessa commissione, o comunque non sembra attribuire alcuna importanza alla cosa. Ma se così è, allora l'aspetto saliente della professionalizzazione del nostro universo parlamentare non è quello *funzionale* (del

Dall'altro lato, nonostante il tentativo di rivitalizzazione effettuato in occasione della modifica del Regolamento del Senato del 20 dicembre 2017[124], la sede deliberante e quella redigente hanno conosciuto una significativa riduzione del proprio tasso di incidenza sulla complessiva produzione normativa[125]. Per quel che specificamente concerne la sede deliberante, la causa di un siffatto ridimensionamento funzionale sembra da ricercare nell'aumento della produzione legislativa riservata dalla Costituzione alla sede assembleare (*ex* art. 72, co. 4), oltreché nella torsione in senso maggioritario della forma di governo, prima funzionante secondo il c.d. modello consociativo[126]. A ciò si aggiungano la

parlamentare inteso come esperto, o comunque come persona che, professionalizzandosi, accumula esperienze), ma quello dell'*assenza di professione alternativa*».

[124] Il cui obiettivo principale è stato, probabilmente, «quello di velocizzare i tempi di approvazione delle proposte di legge, riservando all'Assemblea l'esame di quelle che presentino maggiore rilevanza dal punto di vista politico-istituzionale». Così, G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano*, cit., p. 75.

[125] A tal proposito, è opportuno analizzare i dati forniti dal Senato della Repubblica in relazione alle "Statistiche sull'attività legislativa" della XVIII Legislatura (a partire dal 23 marzo 2018): su un totale di 215 D.D.L. approvati, ben 207 sono stati approvati in assemblea e soltanto 8 in commissione in sede deliberante. La tendenza non si inverte, anzi, si rafforza, per quel che concerne la Camera dei deputati: a fronte di 226 D.D.L. approvati a partire dall'inizio della XVIII Legislatura, solo 5 hanno concluso il proprio *iter* in commissioni in sede deliberante e ben 221 sono stati invece approvati dall'assemblea. Per un'analisi più ampia delle statistiche sull'attività legislativa si rinvia al seguente link: www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Statistiche/Stato//DDLApprovati.html per l'attività legislativa del Senato, e www.camera.it/leg18/564?tiposezione=A&sezione=3&tabella=A_3_2_1 per la Camera dei deputati. Per un approfondito esame sulla progressiva riduzione del ricorso alla sede deliberante, con specifico riferimento alla XVII Legislatura, cfr. il contributo di G. MOBILIO, *Il procedimento legislativo nella XVII Legislatura: spunti ricostruttivi e distanze dal modello costituzionale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2018, spec. pp. 6-10. Sulla mancata valorizzazione della sede deliberante e redigente, nonostante la riforma del Regolamento del Senato del 2017, si sofferma anche C.F. FERRAJOLI, *Un declino senza cambiamento. Il Parlamento italiano tra XVII e XVIII Legislatura*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, spec. pp. 81-85.

[126] Modello, quest'ultimo, la cui implementazione risultava in un certo senso necessitata al fine di garantire la «stabilità del sistema, compensativa degli effetti di instabilità indotti dalla *conventio* (*ad excludendum*, n.d.r.), non dunque vizio nell'applicazione del modello della forma di governo». Così, S. LABRIOLA, *Sviluppo e decadenza della tesi della centralità del Parlamento dall'unità nazionale ai governi Craxi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 401. Sul punto, P. CARETTI, *Le svolte della politica italiana nelle riforme dei regolamenti parlamentari*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, cit., p. 594, ha evidenziato come la riforma dei Regolamenti parlamentari del 1971 si sia tradotta nell'espressa codificazione della «prassi consociativa che si era venuta

stabilizzazione del ricorso massiccio, da parte dell'Esecutivo, alla decretazione d'urgenza e l'abuso dell'apposizione della questione di fiducia sui maxiemendamenti governativi presentati in sede di conversione dei decreti-legge. Elementi, questi ultimi, che hanno ulteriormente concorso a ridimensionare, sino quasi a neutralizzare, i vantaggi legati al decentramento dell'attività parlamentare nelle commissioni permanenti e, per questa via, a porre significativi dubbi sull'attuale operatività del fenomeno descritto dall'evocativa formula del c.d. «Parlamento in Commissione»[127].

La crisi dell'attività in sede deliberante, strettamente legata all'elevata conflittualità politica caratterizzante le più recenti Legislature, si è poi riverberata anche sull'attività in sede redigente che, nonostante un primo incoraggiante riscontro – nel solo Senato – in ordine all'assegnazione dei disegni di legge, ha poi registrato «frequenti trasferimenti» alla sede referente, «nella maggior parte dei casi dovuti all'esercizio della facoltà di rimessione all'organo plenario»; trasferimenti che «evidenziano i persistenti limiti strutturali di un *iter* la cui percorribilità continua a esigere un consenso assai ampio, il quale, fatta eccezione per un ristretto numero di testi di natura tecnica o *bipartisan*, non è affatto agevole da coagulare»[128].

---

formando in Parlamento», la quale, a sua volta, «costituiva la strada maestra, se non obbligata, per saldare l'attività del Parlamento a quella svolta dall'Assemblea costituente, per ritrovarne lo spirito collaborativo e assicurare così funzionalità a una forma di governo, altrimenti forse destinata alla paralisi o comunque a una vita fragile e precaria». Nello stesso senso, parla di vera e propria «consacrazione della consociazione», implementata dalla riforma regolamentare del 1971, V. LIPPOLIS, *Partiti, maggioranza, opposizione*, Jovene, Napoli, 2007, p. 120.

[127] È questa, com'è noto, la formula utilizzata da L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 42 ss., per sottolineare la centralità dell'attività delle Commissioni durante i primi anni di vigenza della Costituzione del '48. Tuttavia, al decentramento dell'attività legislativa veniva rivolta la critica, per certi versi anche ingenerosa, di fungere da fucina di "leggine", dal contenuto eccessivamente frastagliato e rispondenti a mere finalità particolaristiche. In tal senso, su tutti, si veda A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in ID. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, pp. 29 ss.

[128] A. FIORENTINO, *La "scoperta" dei procedimenti legislativi semi-decentrati: la nuova disciplina della sede redigente al Senato e l'introduzione della* procèdure de lègislation en commission *in Francia,* in *Nomos. Le attualità nel diritto,* n. 1/2020, p. 18. Su un piano più generale, G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano*, cit., pp. 77-78, afferma, sulla base dei dati statistici inerenti al procedimento legislativo, che sussistono «dubbi legati alla generalizzazione delle sedi decentrate: essa infatti deve essere apprezzata alla luce della *ratio* dell'art. 72 Cost., che sembra qualificarle come eccezioni rispetto alla regola, data dal procedimento in sede referente». Invero, la sede redigente, in concomitanza con l'incidenza della pandemia da Covid-19 sulle procedure parlamentari, è

Più in generale, il progressivo ridimensionamento funzionale del sistema delle commissioni permanenti si inserisce in un contesto di perdurante crisi dei partiti politici, sempre più incapaci di adempiere quel ruolo di cinghia di trasmissione tra le istanze provenienti dalla società civile e la relativa traduzione in effettivi provvedimenti legislativi[129], tanto da spingere Vezio Crisafulli, ormai alcuni anni or sono, a parlare di un vero e proprio «divorzio, tante volte deplorato, che va delineandosi tra società civile e società politica»[130]. La ridotta capacità di mediazione dei partiti[131] e, di riflesso, del Parlamento ha contribuito, così, ad

sembrata, da più punti di vista, maggiormente funzionale rispetto a quella deliberante ed a quella referente, soprattutto per quel che concerne la conversione dei decreti-legge (rispetto a quella deliberante). Il punto è affrontato da N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, cit., spec. pp. 154-155.

[129] Crisi di una certa qual importanza, atteso che «in un sistema caratterizzato da un pluralismo politico forse eccessivo e dalla impossibilità di raggiungere un assetto bipolare, soltanto attraverso la valorizzazione dei partiti, secondo l'impianto costituzionale, si può garantire la effettività della rappresentanza». Così, A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici*, cit., p. 7. Sul punto, M. LUCIANI, *Il parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 422, ha evidenziato che la «la crisi del sistema dei partiti (…) ha comportato la parallela crisi del luogo in cui essi erano visibili nella loro veste istituzionale. È proprio la delegittimazione dei partiti che ha portato all'apertura della discussione sulla legittimazione del Parlamento»

[130] V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 226, il quale concludeva, poi, significativamente (e quasi profeticamente): «E non è un caso, ma costituisce un sintomo di notevole gravità, che da qualche parte, nella pubblicistica contemporanea, si senta proclamare o vagheggiare il "tramonto" della politica ed il sorgere di una società tecnocratica, che vedrebbe affiancati, nell'esercizio del potere, agli specialisti di ogni specializzazione, gli specialisti dell'"interesse generale" (come se ciò non suonasse palesemente come contraddizione in termini)». Il rapporto tra società civile e società politica si è fatto, soprattutto negli ultimi tempi, alquanto complesso e problematico, concretizzandosi in una situazione di polarizzazione che mette sempre più in discussione i principi fondamentali su cui si reggono le moderne democrazie rappresentative. In questo senso, all'interno di un'analisi raffinata ed innovativa, ma non esente da alcuni profili di criticità, P. ROSANVALLON (2006), *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, II ed., Castelvecchi, Roma, p. 2017, utilizza l'evocativa espressione di «democrazia impolitica», intesa come principale manifestazione di degenerazione e di crisi della c.d. «democrazia della sfiducia».

[131] Su cui, cfr. le sempre attuali riflessioni di L. ELIA, *La mediazione politica. Riflessioni sulla situazione italiana (1986)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2011, pp. 2599-2611, il quale, a più riprese, metteva in guardia contro il rischio della «occupazione impropria» delle istituzioni statali da parte dei partiti politici. Il tema è al centro anche delle riflessioni di M. DELLA MORTE, *La difficile ricostruzione di un lessico rappresentativo*, in

approfondire l'«*entropia rappresentativa*»[132], ossia la frattura sussistente tra le aspettative dei cittadini e le scelte adottate dagli organi di indirizzo politico[133], rafforzando quella retorica populista che ha fermamente sostenuto la riduzione del numero dei parlamentari[134]. Per di più, la recente crisi pandemica da Covid-19 ha

Costituzionalismo.it, n. 2/2017, Parte III, pp. 103 ss., secondo cui «Mediazione e compromesso non costituiscono più parole chiave del lessico democratico-rappresentativo perché lo scopo principale è oggi quello di mantenere apertissime le divisioni, tanto prima che durante la discussione parlamentare. L'obiettivo, diversamente rispetto al passato, non è infatti più quello di giungere ad una sintesi (prima, nel corso o addirittura dopo il confronto in Parlamento), ad una soluzione condivisa o, comunque, meno divisiva possibile, o di fornire – per diverso aspetto – *forma politica* ad una pluralità disorganizzata» (p. 111).

[132] S'intende qui richiamare l'evocativa formula utilizzata da P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia*, cit., p. 32, con riferimento al «degradarsi del rapporto tra eletti ed elettori», tale da rinfocolare la «vigilanza del popolo-controllore (...) come il miglior antidoto alle disfunzioni istituzionali».

[133] A tal proposito, già T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 149 aveva significativamente evidenziato che «il principio della sovranità popolare viene fatto salvo (e, conseguentemente, il carattere democratico dell'ordinamento assicurato) nella misura in cui sia normativamente previsto un sistema di istituti e di garanzie idoneo a dare un congruo affidamento di conformità dell'azione di governo alle esigenze del popolo. Un sistema di tal genere dovrà sia prevedere un decentramento dell'autorità diretto a dotare le collettività locali di un potere di decisione che consenta loro di regolare autonomamente i propri interessi, sia assicurare alle formazioni sociali intermedie ed ai singoli cittadini gli strumenti giuridici affinché essi possano rilevare, elaborare e "rappresentare" la loro visione della realtà sociale. Sul piano dello Stato-governo, inoltre, occorrerà ce la graduazione e la composizione degli interessi avvengano secondo procedure che garantiscano la prevalenza di quelli generali su quelli settoriali od individuali (nel caso in cui non siano conciliabili), di modo che la pluralità si ricomponga in unità ed i due momenti della conoscenza, quale espressione della libertà, e della volizione, quale espressione dell'autorità, possano armonicamente coesistere ed esaurire gli aspetti formali e sostanziali dell'indirizzo politico».

[134] In questo orizzonte prospettico, A. MORELLI, *Referendum e visioni della democrazia*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2020, sostiene che «un taglio così drastico» del numero dei parlamentari sia «coerente, a ben vedere, soltanto con alcune visioni della democrazia: (…) quella della democrazia diretta digitale; (…) quella della democrazia maggioritaria, decidente, dell'alternanza; (…) quella della democrazia "giudiziaria"; (…) quella di una democrazia partecipativa e localistica del tutto autosufficiente». Ritiene che «la revisione costituzionale è sembrata animata da un proposito meramente "punitivo" nei confronti dei parlamentari», F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 520, la quale rinviene proprio nella recente modifica costituzionale l'occasione per un'ampia argomentazione teorica sul rapporto tra democrazia e rappresentanza, per come esso viene oggi inciso dalle istanze

evidenziato, ancora una volta, lo squilibrio istituzionale cui da tempo è incorsa la nostra forma di governo parlamentare, con l'Esecutivo auto-elevatosi a vero e proprio «signore delle fonti»[135]. È per i motivi appena esposti che, in uno scenario politico tanto frammentato e distante da logiche di funzionamento di tipo consociativo, la ricerca di un ancestrale equilibrio tra i meccanismi parlamentari della mediazione e della discussione con l'esigenza, sempre più avvertita, di produrre decisioni in tempi rapidi e con metodi improntati alla razionalità[136],

c.d. populiste. Secondo F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020, p. 61, quella poi confermata dal corpo elettorale, sarebbe una riforma «che accentua la connotazione oligarchica del sistema costituzionale. Altro che "uno vale uno"! Se quello fosse davvero l'obiettivo, i parlamentari dovrebbero aumentare, non diminuire…». Tuttavia, il fenomeno che prende il nome di "populismo" è, nelle sue plurime manifestazioni, estremamente complesso e, come tale, esso si presta a differenti ricostruzioni teoriche, non sempre concordanti fra loro. In questo senso, A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, ES, Napoli, 2020, invita a riflettere sul nesso che lega l'affermazione della retorica populista e la crisi della democrazia rappresentativa: non è stata la prima a determinare la seconda, ma, al contrario, le istanze populiste hanno sfruttato le debolezze intrinseche della democrazia rappresentativa, disintegrando i vincoli di rappresentanza e dismettendo la mediazione partitica. In particolare, secondo l'Autore, il populismo, «quale fenomeno magmatico e *informe*» (p. 49), «nelle sue pluriformi variabili, non si comprende se non si accetta di *fotografare* l'ampliamento delle forme di partecipazione, con i loro pregi e difetti, che incidono sulle relazioni che costituiscono il filo rosso popolo, territorio, governo e sul rapporto sovranità popolare-rappresentanza» (p. 52). Invero, allorquando si discetta di istituzioni rappresentative, tasso di democraticità di un ordinamento, "crisi della rappresentanza", il rischio di farsi epigoni di un modello, quello della democrazia rappresentativa appunto, troppo spesso idealizzato, è alto. Sul punto, si rinvia alla raffinata ricostruzione di A. DI GIOVINE, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 59 ss.

[135] Per riprendere il titolo di un pregnante contributo di M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, IX-XIII. A tal proposito, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, p. 717 ha evidenziato come «Lo *stress test* dell'emergenza pandemica ha impietosamente manifestato ed aggravato la preesistente debolezza e marginalità del Parlamento»

[136] Esigenze, queste, inscritte nel patrimonio genetico del costituzionalismo liberal-rappresentativo. Sul punto, si vedano le riflessioni di G. GUAZZALOCA, *La fondazione del costituzionalismo liberale 1870-1900*, in P. POMBENI (a cura di), *Storia dei partiti italiani*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 54. Sulla razionalità della decisione, con specifico riferimento alla "nuova" composizione delle Camere, scaturente dalla modifica costituzionale confermata dal corpo elettorale in sede referendaria lo scorso 20-21 settembre, cfr. altresì le riflessioni di V. BALDINI, *Riduzione del numero dei parlamentari, democrazia di decisione, dinamiche del politico. Un'analisi critica della semplificazione strutturale delle assemblee*

sembra rimettere in discussione l'intero assetto del sistema delle commissioni permanenti, soprattutto di quelle dotate di potestà legislativa.

Se così è, la necessità di predisporre strumenti procedurali in grado di fronteggiare le conseguenze sui lavori parlamentari derivanti dall'emergenza pandemica da Covid-19[137] potrebbe, invero, aver aperto una «forse irripetibile finestra di opportunità»[138] per ripensare la struttura ed il funzionamento dell'attuale sistema delle commissioni[139], le quali, nonostante i rilevati profili di criticità, si sono rivelate, durante la prima fase dell'emergenza sanitaria, uno strumento operativo maggiormente idoneo, rispetto all'assemblea, a garantire lo svolgimento in sicurezza di una parte dei lavori parlamentari. Da questa angolazione, l'ampia maggioranza parlamentare di cui parrebbe godere il nuovo Governo Draghi potrebbe, di fatto, consentire una riforma coordinata dei

rappresentative…, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 1664, il quale sottolinea che «la razionalità della decisione, come esito della razionalizzazione del processo politico non attiene unicamente all'integrità di svolgimento delle fasi procedurali ma postula la congruità (anche di tipo strutturale) degli elementi (*rectius*: dei soggetti) che intervengono nella procedura. Una struttura parlamentare ridotta nel numero dei rappresentanti può rappresentare un vizio di premessa che finisce per eludere l'obiettivo della razionalizzazione del confronto politico e portare, così, ad una decisione tutt'altro che razionale».

[137] Emergenza che, come ha sottolineato N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, cit., p. 145, ha reso «tutt'altro che scontato riunire tutti assieme, nella medesima aula, in un'assemblea, centinaia di rappresentanti dell'intera nazione, chiamati a confrontarsi, formalmente e informalmente, per dare luogo a un processo deliberativo pluralistico – pubblico e trasparente nelle sue fasi essenziali – nel cui esito tutti i cittadini possano riconoscersi, almeno di avere avuto una *chance* di prendervi parte, ancorché in forma indiretta».

[138] N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve fare)*, cit., p. 4.

[139] Sul punto, è doveroso evidenziare come A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., pp. 68 ss., abbia puntualizzato che proprio sulle commissioni parlamentari potrebbe innestarsi un innovativo «progetto regolamentare di cambiamento: un più articolato esercizio del singolo mandato parlamentare, delle funzioni *del* parlamentare». Ossia, «Nell'alternanza fra compresenza fisica nell'assemblea – irrinunciabile per l'intersezione dei molteplici rapporti in cui la rappresentanza si verifica e vive, indispensabile nella fase del voto: personale e libero, quale non potrebbe essere da lontano – e presenza da remoto dovrebbe esser codificato il mandato parlamentare dei tempi nuovi. La cesura di modi tra procedimenti conoscitivi, terreno propizio al digitale, e procedimenti deliberativi con l'irrinunciabile contraddittorio, dovrebbero esserne il canone principale».

Regolamenti parlamentari, da realizzarsi in attuazione di un indirizzo quanto più possibile condiviso tra raggruppamenti politici di diversa estrazione[140].

5.1 La possibile riforma dell'attività istruttoria in commissione

Una prima «finestra di opportunità» si apre con riferimento all'attività istruttoria delle commissioni parlamentari.

In primo luogo, infatti, è doveroso evidenziare che l'attività delle commissioni in sede referente non incorre nella "strettoia" della necessaria applicazione della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi: regola, quest'ultima, che l'art. 72, co. 3 Cost. detta con riferimento esclusivo alle commissioni in sede deliberante. Di conseguenza, le commissioni in sede referente (o consultiva) potrebbero essere formate secondo un criterio non necessariamente proporzionale: ciò consentirebbe, quindi, a tutti i gruppi politici di potervi partecipare, anche se da ciò ne derivasse una alterazione del rapporto di stretta proporzionalità. In questo orizzonte prospettico, è stata già avanzata la possibilità di formare commissioni dalla composizione paritaria maggioranza-opposizione[141], come peraltro già accade per il Comitato della legislazione, al fine precipuo di consentire un esame il più approfondito possibile del testo legislativo e, non secondariamente, di ricercare già in commissione quelle «convergenze politiche che più difficilmente si potrebbero conseguire nel *plenum* delle Camere»[142].

Tanto premesso, la riforma dell'attività istruttoria delle commissioni parlamentari potrebbe innanzitutto tradursi in una decisa «digitalizzazione» degli apparati e dei meccanismi di funzionamento delle sub-unità specializzate

[140] Circostanza, quest'ultima, la quale non deve tuttavia indurre a considerare riguadagnabile, con una certa sicumera ed in termini di concreta e rapida effettività, quella «convivenza di legittimazioni» tra forze politiche che, secondo un'autorevole dottrina, dovrebbe (anzi, deve) caratterizzare un ordinamento democratico pluralista. Il riferimento è, come facilmente intuibile, a G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1987, p. 115.

[141] Il punto è stato ben rimarcato da N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve)*, cit., pp. 11-12, il quale, premesso che ad essere costituzionalizzato è stato "soltanto" il previo esame in commissione dei progetti di legge e la regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle sole commissioni con poteri deliberanti e d'inchiesta, ha fatto notare che, per il resto, «i regolamenti parlamentari hanno campo sostanzialmente libero: potendo persino, per dire, senza con ciò porsi in contrasto con la Costituzione, spingersi ad abolire le commissioni permanenti e a dare origine a commissioni speciali composte in modo non proporzionale rispetto ai gruppi (che so, a composizione paritaria tra maggioranza e opposizioni; oppure a composizione limitata a un rappresentante per gruppo, con voto ponderato o senza), purché questi organi non esercitino poteri di inchiesta né poteri legislativi»

[142] G. MOBILIO, *Il procedimento legislativo*, cit., p. 11.

caratterizzanti l'articolazione policentrica delle Camere. «Digitalizzazione» che, implementando «forme di lavoro "ibride"», consentirebbe «di completare, 50 anni dopo, la "rivoluzione conoscitiva" del 1971: quella che ha dotato il parlamento di strumenti relazionali innovativi, colmando il vuoto che si era fatto intorno ad esso, fin lì chiuso nel rigido rapporto bilaterale con il Governo»[143].

Proprio nell'alveo della suddetta "rivoluzione conoscitiva", la riduzione del numero dei parlamentari potrebbe rappresentare l'occasione per rimeditare alcuni interventi già da tempo auspicati da una parte della dottrina. Richiamando, seppur soltanto sommariamente, una nota proposta kelseniana[144], in vista di una effettiva «palingenesi»[145] del procedimento legislativo si potrebbe consentire l'intervento,

[143] È questo l'auspicio formulato da A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., pp. 67-68. Per di più, come ha evidenziato N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, cit., p. 151, tale digitalizzazione, ad uno con «la (possibile) partecipazione (anche) "da remoto" ai procedimenti parlamentari», potrebbe disvelare un ulteriore effetto positivo, in quanto «la digitalizzazione dei procedimenti parlamentari, se ben concepita e implementata, può consentire di mostrare una dimensione più efficiente e più tempestiva dell'attività delle Camere, oltre a permettere di immaginare (…) inedite forme di partecipazione dei cittadini ai procedimenti medesimi». Profilo, quest'ultimo, espressamente affrontato da P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto Pubblico*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 71 ss. Una «riorganizzazione in chiave tecnologica delle procedure parlamentari», in grado di «fornire soluzioni rispetto ad alcuni problemi procedurali tutt'ora aperti», è auspicata anche da R. IBRIDO, *La riduzione del numero dei parlamentari ed il "cantiere" delle riforme regolamentari*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2020, pp. 187-192.

[144] Com'è noto, infatti, Hans Kelsen, discutendo della necessità di adeguare il diritto ad una realtà politica spesso profondamente distante dall'inquadramento "formale" fornito dai giuristi, nell'alveo dell'applicazione del principio di proporzionalità ha proposto «di non costringere i partiti a mandare in parlamento un certo numero, proporzionale alla rispettiva forza, di deputati individualmente determinati, che – sempre gli stessi – partecipino alla decisione di ogni più disparata questione, ma di lasciare ad essi la possibilità di delegare, a seconda delle esigenze connesse con la discussione e la deliberazione delle varie leggi, degli esperti scelti nel proprio seno, i quali partecipino di volta in volta alla decisione col numero di voti spettanti al partito secondo la proporzionale». Per un inquadramento delle problematiche qui sommariamente richiamate, non può che rinviarsi ad H. KELSEN, *La riforma del Parlamento*, in *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 92-93.

[145] A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 494, il quale, non a caso, sottolinea che il procedimento legislativo «così com'è, somiglia ad un ferro vecchio ed arrugginito».

proprio all'interno della fase istruttoria svolgentesi in commissione[146], secondo crismi di trasparenza e pubblicità ancora assenti[147], di formazioni sociali ed esperti[148], dotati di una comprovata stabilità giuridica ed impegnati in attività del tutto "conformi a Costituzione". In tal modo, attraverso la «massima espansione del principio della sovranità popolare, inteso come principio di partecipazione e di indirizzo diffuso (da parte di tutto il popolo, comunque organizzato) alla vita politica nazionale»[149], le formazioni sociali saranno – come già sono – chiamate a "concorrere con metodo democratico", accanto ai partiti stessi, alla

[146] Invero, è doveroso evidenziare come già oggi siano previsti degli strumenti di audizione delle formazioni sociali e delle categorie professionali di volta in volta interessate dalla legge in esame: dalla "regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei deputati", approvata nella seduta della Giunta per il Regolamento del 26 aprile 2016, alle "Linee guida per le consultazioni promosse dal Senato" (2017); dal ricorso a vere e proprie indagini conoscitive effettuate dalle commissioni medesime, verosimilmente da implementare, alla pratica delle audizioni. Tuttavia, tali strumenti scontano una serie di limiti operativi, legati, soprattutto, alla loro mancata consacrazione nei Regolamenti parlamentari ed alla informalità che connota l'ausilio dei soggetti in questione. Profili di criticità, questi ultimi, soltanto parzialmente mitigati con riferimento all'eventuale intervento del CNEL, cristallizzato negli artt. 146 e 147 r.C. ma soppresso, con la riforma del 2017, per quel che riguarda il Regolamento del Senato.

[147] In tal senso, A.M. ACIERNO, *Gruppi parlamentari e commissioni permanenti a ranghi numerici ridotti: verso una nuova coscienza legislativa?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 475, la quale, condivisibilmente, auspica «l'apertura dell'istruttoria legislativa a istanze politiche e sociali per il tramite di audizioni parlamentari che non andrebbero rimesse all'intrinseca informalità che le caratterizza oggi, bensì andrebbero improntate a canoni di trasparenza e pubblicità (con la possibilità di svolgerle in teleconferenza, così come è avvenuto nel periodo dell'emergenza epidemiologica), e di consultazioni pubbliche dei cittadini e dei portatori di interesse».

[148] Così, A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stato costituzionali: i partiti politici*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, pp. 6-7, il quale sottolinea come «il metodo dell'apertura dei partiti alle formazioni sociali ed agli esperti ha (…) da (…) informare la "forma di governo" di ciascun partito; e richiede, poi, di riflettersi e riprodursi al piano dell'apparato e dei procedimenti, a partire ovviamente dalla sede parlamentare e dall'*iter* di formazione delle leggi».

[149] È questa la conclusione cui giunge S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., pp. 77-78, il quale, all'esito di una ricognizione di siffatte norme (sommariamente: artt. 1, 18, 21, 67, 75, 92, 95, 97, 98, 100 e 101 Cost.), ritiene che le stesse «non debb[a]no essere lette soltanto nella tradizionale ottica di limiti all'azione della politica e dello Stato, ma anche come l'indicazione della necessità di una partecipazione efficace ed obbligatoria di una pluralità di soggetti privati ed istituzionali al processo di formazione della volontà politica nazionale: processo al quale i partiti partecipano in maniera determinante ma non esclusiva».

determinazione della politica nazionale[150], secondo una previsione costituzionale, quella di cui all'art. 49 Cost., che, come è stato autorevolmente evidenziato, si è troppo spesso tradotta in un «monopolio partitico della politica che ha causato alcuni gravi problemi sul terreno istituzionale»[151].

Da questa angolazione, oltre ad accogliere l'invito di Mortati ad «integrare» la rappresentanza «in funzione di una più completa democrazia»[152], verrebbe

[150] Come ha evidenziato A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stato costituzionali*, cit., p. 5, in vista del «recupero, almeno in una certa misura, della capacità di progettazione politica, può (…) essere battuta con profitto la via del "concorso" – come la stessa Carta costituzionale la chiama – dei partiti (non solo *inter se* ma anche) con altre formazioni sociali in vista dell'ottimale determinazione, alle condizioni consentite dal contesto, della "politica nazionale"».

[151] S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., p. 77. Alla stessa conclusione era già pervenuto, del resto, T. MARTINES, *Centralità del Parlamento e regolamenti parlamentari in riferimento alle formazioni sociali e al sistema delle autonomie*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, cit., pp. 533 ss., a detta del quale «L'articolo 49 della Costituzione non deve invece interpretarsi nel senso che il partito costituisce l'unico strumento mediante il quale il popolo partecipa al Governo dello Stato, poiché tale interpretazione contrasterebbe con i principi cui debbono ispirarsi i governi democratici e con la stessa linea indicata dalla Costituzione» (p. 536). Ed è proprio in questa direzione che, come puntualizzato da A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., p. 232, nota 51, e, più esaustivamente, 205-208, sembra essere orientato lo Statuto del gruppo parlamentare "Liberi e Uguali", lì dove, all'art. 2, co. 3, prevede espressamente la possibilità di stabilire "rapporti di cooperazione e partecipazione con associazioni, centri di ricerca e movimenti e promuove forme di consultazione diretta dei cittadini". D'altronde, su un piano più generale, P. ARDANT, *La rappresentanza e i partiti politici*, cit., p. 157, ha evidenziato che «La rappresentanza intrattiene con i partiti politici relazioni complesse, ambigue, necessarie, ma non caratterizzate dall'esclusività».

[152] Questo l'auspicio espresso, in Assemblea costituente, da Costantino Mortati, il quale, nel corso della seduta del 24 settembre 1946 della Seconda Sottocommissione, aveva avuto modo di sottolineare che «lo schieramento dei partiti non rappresenta tutta la realtà sociale». Come sottolineato da L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 338, il Mortati, già in quella sede, contrariamente ad una certa contraria convinzione, aveva inteso mettere «a nudo l'artificiosità della rappresentanza politica intesa come rappresentanza unitaria e indifferenziata, dietro la quale si celano potenti realtà organizzate e carenza grave di partecipazione: è l'idea di una rappresentanza che si avvicini il più possibile a una democrazia integrale, la speranza di contribuire in tal modo alla "pacificazione sociale, perché con la rappresentanza integrale dei loro interessi le categorie stesse saranno sottratte al monopolio di alcuni partiti che non rappresentano le masse, ma solo determinati gruppi sociali, spesso assai ristretti" e si potrà arrivare a un "riavvicinamento sul pano parlamentare dei rispettivi punti di vista" (tra virgolette, le parole del Mortati in Assemblea costituente, n.d.r.)». Tuttavia, è doveroso evidenziare che l'impostazione mortatiana,

garantito, sin dal momento genetico, quell'indefettibile apporto professionale (o specialistico che dir si voglia)[153] che, poi, riveste un ruolo tanto centrale nel momento di applicazione della legge. A ben vedere, una siffatta possibilità di intervento troverebbe proprio nelle commissioni parlamentari «la sede tecnicamente più idonea: sia per una effettiva indipendenza del potere legislativo rispetto agli apparati del potere esecutivo, anche a garanzia dell'opposizione, che come tale non dispone degli strumenti informativi della maggioranza di governo»[154]. Del resto, lo stesso modello britannico delle *Standing Committees* suggerisce lo stretto legame tra attività in commissione ed apporto di competenze specifiche da parte di soggetti esterni rispetto al Parlamento, al fine di raccogliere il maggior numero possibile di dati ed informazioni sul progetto di legge all'esame dell'assemblea[155].

---

almeno sotto alcuni aspetti, sembra riecheggiare vetuste schematizzazioni corporative, tanto da spingere l'on. Conti, relatore nella medesima seduta di martedì 24 settembre 1946, a definire la relativa proposta di una rappresentanza organica o degli interessi una proposta, appunto, che «non rappresenta nulla; è un'illusione, una finzione», salvo poi finire lui stesso, assieme a Luigi Einaudi, a proporre l'introduzione di una seconda Camera composta da rappresentanti regionali integrati da una certa quota di professori universitari e, più in generale, rappresentanze professionali. Per una ampia ricognizione del dibattito costituente sul punto si rinvia, oltreché – naturalmente – ai resoconti stenografici della seduta del 24 settembre 1946, a L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., spec. pp. 336-347. L'auspicio mortatiano di strutturare un Senato rappresentativo delle "forze vive della Nazione" citi ripreso e meditato anche da A. MANZELLA, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, spec. pp. 2-6.

[153] Come ha sottolineato G. SARTORI, *Elementi di politica*, cit., p. 220, «Vero è che non è molto chiaro che cosa si debba intendere in politica per "esperto". Una competenza *ratione materiae*, cioè la effettiva conoscenza del contenuto dei problemi di cui il legislatore sia investito? Oppure un talento formale, quale la capacità di decidere, la rapidità di percezione, o un alto grado di abilità negoziale e transattiva? Non è nemmeno chiaro, d'altra parte, quali possano essere i criteri oggettivi che consentano di rilevare se la professionalizzazione implichi o meno una specializzazione. Queste difficoltà indubbiamente sussistono, ma non bisogna esagerarle cavandone un pretesto per eludere il problema».

[154] Così, con riferimento specifico alle c.d. procedure «conoscitive», G.F. CIAURRO, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 9.

[155] Anche A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., p. 35, all'interno di un'argomentazione incentrata sulla esigenza di recupere la centralità del Parlamento, inteso come luogo «del compromesso, del negoziato, del ripensamento grazie alla continuità degli organi rappresentativi, come pure del dialogo, del conflitto della sintesi», sottolinea la necessità «che tale organo sia in grado, e ne debba essere messo in condizione,

Sotto tale aspetto, l'intervento di esperti e formazioni sociali nel procedimento legislativo, peraltro già oggetto di un precedente tentativo di costituzionalizzazione[156] e sempre più al centro di rilevanti proposte di rigenerazione dei meccanismi decisionali delle coeve democrazie rappresentative[157], potrebbe sortire un duplice benefico effetto sulla funzionalità

di esprimere un certo livello di specializzazione reso possibile dall'assunzione di decisioni da parte di collegi più limitati, quali le commissioni, specie se permanenti».

[156] Come è noto, infatti, il progetto di revisione costituzionale c.d. "Renzi-Boschi", poi respinto dal corpo elettorale nel *referendum* del 4 dicembre 2016, prevedeva una puntuale modifica dell'art. 71 Cost., volta ad introdurre "forme di consultazione, anche delle formazioni sociali", al fine di "favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche".

[157] Il riferimento è alla realtà, sempre più diffusa, delle *Citizens' Assembly*. Una delle prime e più importanti esperienze di *Citizens' Assembly* è stata quella della "*British Columbia Citizens' Assembly on Electoral Reform*", la quale fu costituita nel 2004, mediante apposito atto legislativo, al fine di elaborare una proposta di riforma elettorale da sottoporre successivamente a referendum popolare. Altra rilevante esperienza di *Citizens' Assembly* è stata quella della *Citizens' Assembly on Brexit*, quest'ultima, tuttavia, così come la *National Assembly* islandese, non formata attraverso un apposito atto governativo, ma espressione spontanea dell'attivismo sociale. Come ha sottolineato R. DAHL, *Democracy and itscritics*, New Haven, Yale University Press, 1989, le *Citizens' Assembly* costituiscono «an assembly of citizens, demographically representative of the larger population, brought together to learn and deliberate on a topic in order to inform public opinion and decision-making». Per di più, forse anche sulla scia del grande successo riscosso dalla *Irish Citizens' Assembly*, il Presidente francese Emmanuel Macron ha promesso un "*gran débat national*" al fine di istituzionalizzare il ricorso a formazioni sociali modellate sulle *Citizens' Assembly* (si pensi, su tutte, alla proposta racchiusa nella *Convenzione civica per il clima*) e, ancora, anche gli ordinamenti spagnolo e belga (in cui è particolarmente attiva l'assemblea *Agora Brussels*) sembrano in procinto di "aprirsi" all'apporto di assemblee di cittadini. Sui più recenti sviluppi delle istanze partecipative nell'ordinamento spagnolo si sofferma, da ultimo, I.M. LO PRESTI, *Il diritto di partecipazione nell'esperienza delle comunità autonome spagnole e le esigenze di proceduralizzazione degli strumenti partecipativi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020. Per le necessarie coordinate teoriche sottese alla diffusione delle pratiche partecipative e deliberative, come tali impossibili da compulsare in questo lavoro, si rinvia ad U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011. Anche G. FERRARA, *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*, Aracne Editrice, Roma, 2012, p. 157, ha sottolineato la necessità che lo Stato-ordinamento si trasformi da «strumento di potere sui destinatari delle norme giuridiche ad apparato di ricezione delle domande della società e loro traduzione in diritti secondo tecniche deliberative che coinvolgono l'universo dei destinatari della legislazione». Per concludere sul punto, è utile ricordare come anche Bernard Manin, all'interno di una delle più raffinate ricostruzioni della genesi e delle caratteristiche del governo rappresentativo (B. MANIN [1997], *Principi del governo rappresentativo*, il Mulino, Bologna, 2010), abbia messo in

di Camere ridotte nella loro dimensione elettiva[158]. Da un lato, esso consentirebbe di limitare le criticità derivanti dall'aumentato carico di lavoro gravante sul singolo parlamentare a causa della riduzione del numero degli eletti. Con l'ausilio di esperti e formazioni interessate al provvedimento di volta in volta in discussione, infatti, questi ultimi potrebbero svolgere con maggiore attenzione e possibilità operative il proprio lavoro in commissione, concentrandosi su un materiale istruttorio variegato ed appropriato allo scopo. Dall'altro lato, l'apporto di formazioni sociali ed esperti potrebbe garantire altresì un significativo aumento della qualità del prodotto legislativo[159], così scongiurando, nei limiti del possibile, futuri interventi

evidenza la capacità, «di fatto», delle democrazie rappresentative «di far posto alla crescita della partecipazione politica non istituzionalizzata» (p. 285) e, ancora, la circostanza che «il governo rappresentativo è costituzione flessibile. Qui sta la fonte della sua adattabilità e della sua capacità di resistenza. Tale sistema è flessibile perché alcuni dei suoi principi di organizzazione non sono completamente specificati, soprattutto per quel che riguarda l'influenza dei cittadini sulle politiche. I principi del governo rappresentativo implicano che le preferenze dei cittadini debbano avere una *qualche* influenza sulle decisioni pubbliche. Tuttavia, tali principi non determinano esattamente *quanto peso* debbano avere i desideri dei cittadini. La rappresentanza implica che i governi rispondano (*being responsive*) ai desideri dei rappresentati. Ma la capacità di risposta ammette dei gradi, a differenza per esempio dell'obbedienza a comandi» (p. 287).

[158] Effetto benefico che potrebbe riverberarsi finanche su materie come quella elettorale, in cui il confine tra diritto e politica sembra più che mai farsi evanescente. Sul punto, si veda A. GUSMAI, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018.

[159] Questo è l'auspicio di A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta Online*, n. I/2021, spec. p. 133, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org. Di comune avviso è anche A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., p. 86, il quale, in tal senso, ritiene «che oggi il tema sia dare qualità alla rappresentanza, qualità democratica all'organo legislativo ed al regime dei partiti politici, legando la politica parlamentare a quella extra parlamentare, la dimensione istituzionale all'attivismo della società civile».

demolitori della magistratura[160], spesso chiamata a rimediare carenze o "silenzi"[161] del legislatore in punto di tutela dei diritti fondamentali, con inevitabili

[160] L'intervento di esperti, anche non necessariamente nominati da un partito di riferimento, potrebbe, ad un tempo, garantire una migliore qualità del prodotto legislativo e scongiurare la temuta incertezza nella tutela dei diritti derivante dalla necessità di fornire al giudice tutti gli strumenti istruttori idonei a fornirgli una migliore conoscenza del concreto atteggiarsi dei diritti nel caso concreto. Un aggravio procedurale, quest'ultimo, che si traduce altresì in un'inevitabile dilatazione delle tecniche operative dell'autorità giudiziaria, la quale, sempre più spesso, è costretta a ricorrere a chirurgiche operazioni di ritaglio e ricomposizione ermeneutica, tutte giustificate, è bene precisarlo, dalla necessità di fornire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali. In tal modo, tuttavia, il giudice incorre in una sovraesposizione funzionale che, inevitabilmente, finisce per avere ripercussioni sulla propria collocazione sistemica nonché sulla relativa responsabilità: a tal proposito, cfr. le riflessioni di R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017. Resta senz'altro non priva di coerenza logica la tesi di chi sostiene che, nella realtà della dimensione giuridica, la fonte normativa è «co-prodotta» dal legislatore e dai giudici. Cfr. A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015, spec. pp. 87 ss.

[161] Del resto, la stessa Corte costituzionale è stata più volte chiamata a compiere operazioni di tal fatta in presenza di discipline legislative inappaganti, quando non del tutto assenti, che rivelano «la incapacità del legislatore di porre in essere adeguate regole di fronte alle continue sollecitazioni sociali» (così, A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale,* in Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa su *Dis-eguaglianza e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 237). In questa prospettiva, da ultimo, la Corte ha dovuto persino far ricorso ad una tecnica decisoria di nuovo conio, quella dell'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, cui segue, stante il discrezionale silenzio serbato dal legislatore, un'effettiva dichiarazione di incostituzionalità, in assenza della quale si sarebbe creato un grave *vulnus* per i diritti fondamentali reclamanti tutela dinanzi al giudice delle leggi. Si tratta di vicende note, sulle quali non è possibile in questa sede ulteriormente indugiare. Sta di fatto che, nel loro crescente verificarsi, esse dimostrano l'incapacità degli organi di direzione politica di introiettare le domande provenienti dal corpo sociale, determinando una situazione nella quale l'intervento giudiziario non si verifica soltanto *ex post*. Al contrario, come è stato autorevolmente rilevato, l'assenza o l'inadeguatezza della disciplina legislativa a tutela dei diritti fondamentali, fanno sì che sia «il giudice a *dover* procedere alla selezione delle domande, assumendo così anche una funzione rappresentativa». È questa la conclusione cui giunge S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, pp. 60-61, il quale, all'interno di una densa riflessione incentrata sui rapporti tra società e diritto, politica e magistratura, sottolinea come il crescente intervento giudiziario in materia di diritti «non vuol dire, evidentemente, che il giudice debba in ogni caso dare ingresso nella dimensione giuridica a qualsiasi domanda; e, comunque, il suo filtro selettivo è diverso da quello della politica (…) E anche quando il giudice trova

ripercussioni sulla funzione degli organi giudiziari medesimi e, soprattutto, sulla dilatazione dei tempi della giustizia[162]. Non a caso, la stessa Corte costituzionale, dopo essere stata più volte chiamata a rimediare a lesioni nella tutela dei diritti fondamentali derivanti da discipline legislative carenti[163], soprattutto quando aventi ad oggetto tematiche tecnico-scientifiche, si è "aperta all'ascolto della società civile", come recita il titolo del comunicato dello scorso 11 gennaio 2020 con cui la Consulta ha annunciato una serie di significative modifiche delle norme che regolano i propri giudizi: dall'introduzione della figura dell'*amicus curiae*, alla previsione di istruttorie aperte ad esperti, sino all'ampliamento dell'intervento nel giudizio incidentale ad altri soggetti, sempre che siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio[164].

---

impossibile la risposta per l'inesistenza di un adeguato fondamento giuridico, la domanda è comunque entrata nel circuito istituzionale, è stata socialmente, prima ancora che giuridicamente, legittimata. L'attesa del sì politico, la via della legislazione parlamentare come la sola democraticamente percorribile, dunque, sono proposizioni che devono essere considerate nel contesto complessivo dei processi istituzionali, che non tollerano vuoti o silenzi. Altrimenti, il blocco della politica può anche tramutarsi in blocco della democrazia». Alla stessa conclusione, sebbene in un senso decisamente più critico rispetto a quello appena richiamato, perviene A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 496, il quale rileva che «mostratosi ostruito ovvero fortemente ristretto e comunque non gratificante un canale di sbocco delle domande sociali, queste ultime se ne sono costruite a forza (nel senso proprio del termine, vale a dire forzando il dettato costituzionale) un altro, anzi altri, indirizzandosi dunque naturalmente verso le sedi in cui si amministra giustizia, quale che ne sia la natura (comune ovvero costituzionale) e il livello istituzionale (nazionale e sovranazionale)».

[162] In tal senso, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., p. 232. Per un'ampia ed approfondita disamina dell'esigenza, (inter-)costituzionalmente avvertita, di una ragionevole durata del processo, cfr. A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Cacucci, Bari, 2012, e, con riferimento specifico alla possibilità che dalla c.d. giurisdizionalizzazione dei diritti possano derivare situazioni di disequilibrio o diseguaglianza suscettibili di tradursi, paradossalmente, anche in una diminuzione del livello di tutela per taluni soggetti, cfr. ID., *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno di Campobasso, 19-20 giugno 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 326 ss. Ha posto, invece, l'accento sul ruolo fondamentale del giudice nell'assicurare la garanzia dell'eguaglianza anche nella tutela dei diritti V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, pp. 481 ss.

[163] Da ultimo, la questione è affrontata da A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa*, cit., pp. 134 ss.

[164] Sul punto, anche per un pregevole inquadramento storico-giuridico del ruolo delle Corti costituzionali dinnanzi alla complessità del tessuto sociale, si rinvia a P. RIDOLA, *"La*

D'altra parte, la già rilevata crisi dei canali tradizionali della rappresentanza politica si è tradotta nella crescita esponenziale del «fenomeno anomico» degli inter-gruppi parlamentari, vere e proprie «associazioni trasversali di deputati e senatori appartenenti, a loro volta, ad una pluralità di gruppi politici regolarmente costituiti che, *informalmente*, si aggregano al fine di orientare la produzione normativa verso particolari interessi di categoria». In tal modo, simili raggruppamenti parlamentari, privi di una matrice politica unitaria, «utilizzano la funzione pubblico-legislativa per rappresentare non già gli interessi della Nazione (art. 67 Cost.), bensì per portare, all'interno delle commissioni, questioni riguardanti specifiche *lobbies* o altri soggetti appartenenti ad organismi sovra ed internazionali»[165]. La loro diffusione, nel silenzio pressoché totale dei Regolamenti parlamentari, contribuisce a svilire ulteriormente la rappresentatività dei partiti politici[166] e, per quel che qui più interessa, ad immettere nel procedimento

Corte si apre all'ascolto della società civile", in *Federalismi.it*, n. 2/2020, spec. pp. 8-9, laddove l'Autore nota, conclusivamente, che «in questa "apertura" della Corte costituzionale colgo ottimi propositi troppo enfatizzati, ma ancora troppo poco coraggio. Resto infine convinto che le aperture della giustizia costituzionale alle istanze provenienti dalla società richiedano di essere adeguatamente formalizzate in canali procedimentali, potenziando un contraddittorio tanto più indispensabile quanto più articolate sono le linee di frattura offerte dalla complessità sociale. Nello stesso orizzonte prospettico, deve essere accolta con favore la modifica, peraltro già cautamente anticipata in via pretoria, che estende la possibilità di intervento nel giudizio incidentale a soggetti titolari di interessi qualificati, inerenti in modo diretto ed immediato al giudizio. Si tratta invero di una via di formalizzazione di un contraddittorio più largo, pienamente coerente con apertura pluralistica del giudizio di legittimità costituzionale. Ma non può tacersi che, nella prospettiva indicata, occorrerà che le forze politiche affrontino di petto primo o poi, in sede di revisione costituzionale, il nodo dell'ampliamento dell'accesso alla giustizia costituzionale attraverso altri strumenti, di maggiore anche se non incontroversa esperienza comparata e comunque eccedenti il potere di autoorganizzazione dell'organo, come il ricorso diretto dei privati o la *saisine* delle minoranze parlamentari, i quali sembrano presidiare meglio quell'antagonismo conflittuale tra la società e le corti, che non è un rischio, ma una risorsa insostituibile dell'apertura delle corti costituzionali alla società civile».

[165] È questa la definizione che di essi fornisce A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari,* cit., p. 43. Un fenomeno – quello degli inter-gruppi – cui la dottrina non sembra aver dedicato particolare attenzione.

[166] Del resto, anche se non con specifico riferimento alla realtà informale degli inter-gruppi, A. LUCARELLI, *Populismo e rappresentanza democratica*, cit., p. 36, ha rimarcato che «Il compromesso parlamentare trasparente non può essere sostituito dal compromesso sociale, realizzato occultamente con coalizioni elettorali fittizie finalizzate solo a produrre maggioranze fittizie ed eterogenee. È evidente, che se tra gli individui e l'organo costituzionale parlamentare "saltano" le strutture intermedie, quali i partiti politici, con la

legislativo, e soprattutto nelle commissioni parlamentari, interessi ed istanze particolaristiche secondo procedure non trasparenti, tratteggiando una pericolosa degenerazione verso quella «sinarchia» già denunciata da Maurice Duverger[167]. Un fenomeno, quello degli inter-gruppi parlamentari, che sembrerebbe essere stato, in un certo qual modo, favorito dal procedimento legislativo in commissione, il quale, facilitando «altresì le collusioni fra parlamentari, burocrazia e potere economico», ha contribuito a delineare «un quadro complessivo che induce a dubitare fortemente della bontà di un sistema che, concepito secondo una logica autoritaria, può forse funzionare soddisfacentemente sotto una guida vigorosa, ma, trasferito in un ordinamento democratico, ne accresce le tendenze centrifughe e dispersive»[168].

A prescindere dal giudizio di merito sulla loro diffusione, spesso invero dettata da ragioni lodevoli e degne di amplificazione politica, deve evidenziarsi che, se da un lato gli inter-gruppi parlamentari parrebbero riproporre logiche di tipo consociativo che, per i motivi *supra* esposti, non possono che produrre effetti patologici sul tradizionale circuito della rappresentanza politica; dall'altro lato, sembrerebbero costituire un'ulteriore manifestazione dell'esigenza di una maggiore tecnicalità nell'elaborazione di leggi destinate ad incidere trasversalmente su di una serie di settori produttivi. Esigenza, quest'ultima, che potrebbe in effetti essere implementata mediante l'espresso riconoscimento dell'intervento di formazioni sociali ed esperti già nella fase genetica dell'*iter*

precipua funzione di organizzare il consenso e contribuire a formare e selezionare la classe dirigente, la rappresentanza si articola tra "capi", *lobbying* e parcellizzazione degli interessi. I gruppi parlamentari perdono il carattere del "gruppo", ovvero di una entità politica che esprime un progetto omogeneo unitario, non perché calato dall'alto ma perché frutto di una elaborazione permanente dal basso, in continuità con l'indirizzo politico espresso dal corpo elettorale». Da un'angolazione più generale, non strettamente attinente con il piano politico-procedimentale, M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, Cedam, Padova, 1989, p. 36, ha evidenziato come «Nello Stato democratico (…) la rappresentatività dei partiti diventa lo specchio sul quale si riflettono le istanze del pluralismo della società».

[167] M. DUVERGER, *I partiti politici*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, p. 205. Con questa espressione, strettamente attinente ai dirigenti di partito, Maurice Duverger designava quei «sogni», che «alcuni mitomani inseguono», diretti a formare «un gruppo segreto che riunisca dirigenti influenti attraverso molti partiti: ma non è una cosa seria».

[168] Così, seppur non con riferimento specifico ai c.d. intergruppi, ma all'interno di un discorso attento alle possibili degenerazioni dell'organizzazione policentrica del Parlamento in commissioni (soprattutto se dotate di poteri deliberativi autonomi), M. MAZZIOTTI DI CIELSO, *Parlamento (funzioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1981, vol. XXXI, p. 799.

legis[169], in modo tale da colmare, come si diceva, «il *deficit* informativo che affligge il Parlamento nei confronti del Governo»[170].

Pertanto, una formalizzazione dell'intervento di formazioni sociali ed esperti, anche non necessariamente incasellati in un partito politico di riferimento, potrebbe, da un lato, ridare vigore alla volontà partecipativa del cittadino[171], in evidente fase di contrazione[172], risvegliandone, su un piano più generale, la

[169] Come evidenziato da autorevole dottrina, i partiti dovrebbero "aprirsi" al «fattivo e fecondo apporto che può essere offerto *ab extra* da individui e gruppi esponenziali della società, esperti, ecc.». Tuttavia, «Pochi ed insufficienti segni, (…), ad oggi si vedono di quest'indirizzo che dovrebbe essere con fermezza e lungimiranza perseguito, nell'interesse degli stessi partiti (se vogliono sopravvivere) e dell'intera collettività che di essi non può fare a meno, salvo a ripiombare nelle tenebre di un soffocante autoritarismo. Sta, dunque, qui una delle cause determinanti del vuoto qualitativo (assiologicamente inteso) della normazione del tempo presente». Così, A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa*, cit., p. 133.

[170] P. PASSAGLIA, *Art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 1390, il quale, in questa prospettiva, definisce le audizioni di esperti e formazioni sociali in commissione come dei momenti «sovente informali, mediante [i] quali gli organi parlamentari hanno modo di conoscere i punti di vista di gruppi organizzati o anche di privati cittadini in ordine a determinati provvedimenti in discussione»

[171] Secondo A. LUCARELLI, *Populismo e rappresentanza democratica*, cit., p. 121, il «populismo democratico, o democrazia del pubblico, in quanto tale, almeno nei suoi aspetti fisiologici, non è radicale e tende a trovare una sintesi tra le differenti dimensioni della democrazia, esprimendo esigenze di politica attiva, diffusa e partecipata». Esso, cioè, esprimerebbe «una chiara consapevolezza: la democrazia partecipativa non può più essere garantita soltanto dai partiti politici e dalla rappresentanza, ma neanche da sterili procedure referendarie o peggio ancora (…) da modelli di *e-democracy*». Ed è per questi motivi che la «democrazia del pubblico, ovvero (…) la dimensione democratica del populismo», «può avere tra i suoi elementi fondativi la democrazia partecipativa, e può tendere così ad assorbire i fenomeni degeneranti e degenerativi del populismo democratico» (p. 129). «Democrazia partecipativa» che, ponendosi come strumento teso a migliorare le decisioni assunte dagli organi rappresentativi, si pone quale «elemento fondativo ma non sovrapponibile alla democrazia del pubblico o populismo democratico» (p. 133). Il rapporto tra le istituzioni rappresentative e la c.d. democrazia digitale è al centro delle riflessioni di F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, spec. pp. 491-493, il quale conclude nel senso che «la democrazia diretta digitale non [è] in grado di sostituire del tutto la democrazia rappresentativa e p[uò] essere solo complementare ad essa» (p. 493).

[172] Del resto, come è stato fatto autorevolmente notare, la «crisi della rappresentanza politica» è imputabile non solo ai «rappresentanti», ma anche e soprattutto al «rappresentato». Così, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della*

coscienza e la cultura politica quali presupposti fondamentali di ogni attività pubblica; e, dall'altro, potrebbe rendere, ad un tempo, maggiormente meditato e – soprattutto – trasparente il procedimento di formazione delle leggi[173], garantendo un apporto di competenze che, come dimostrato dalla recente pandemia, è spesso ricercato al di fuori della sede e delle procedure parlamentari.

Passando ad analizzare le concrete modalità procedimentali attraverso cui realizzare un siffatto apporto, senza procedere ad una puntuale modifica della Costituzione[174], potrebbe essere il presidente d'assemblea, nell'espletamento della propria «funzione di coordinamento e di programmazione»[175], previa approvazione a maggioranza della Conferenza dei capigruppo, ad ammettere l'intervento nel procedimento istruttorio in commissione delle formazioni sociali di volta in volta interessate dalla proposta di legge in discussione. Formazioni sociali che, pur non avendo diritto di voto in commissione, potranno fornire un decisivo apporto tecnico-professionale alla funzione istruttoria da queste svolte, esprimendosi mediante pareri – entro un certo termine puntualmente fissato dai Regolamenti medesimi – la cui vincolatività varierebbe a seconda della procedura in esame. Ossia, ove fosse conservato l'attuale assetto del sistema delle commissioni, qualora il progetto di legge, all'esame di una commissione in sede legislativa o redigente, non recepisse le conclusioni e condizioni rassegnate nel suddetto parere, si renderebbe necessaria la rimessione in assemblea del disegno medesimo. Parere che, invece, non sarebbe vincolante rispetto alle commissioni operanti in sede referente, le quali, tuttavia, sarebbero tenute a motivare

rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109 ss. Nello stesso senso sembrano dirette le riflessioni di M.L. SALVADORI (2015), *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Feltrinelli, Milano, 2020, spec. pp. 491-493, il quale, all'esito di un ampio ed articolato discorso sui fattori di crisi delle moderne istituzioni e società democratiche, mette in evidenza come «le elezioni vedono le masse relegate a una posizione di passività – con un'inversione di tendenza storica senza precedenti rispetto al moto ascensionale iniziato negli ultimi decenni del XX secolo – di fronte alla forza di condizionamento e di orientamento di cui sono capaci le élites partitiche ed economiche. Per questo i governi presentano essenzialmente la natura di "governi a legittimazione popolare passiva"» (p. 492).

[173] A tal proposito, è doveroso evidenziare che la stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 19 del 2020, 2.2. del *cons. in dir.*, ha evidenziato che la "trasparenza" costituisce "un corollario del principio democratico (art. 1 Cost.)" e, in quanto tale, essa non può che innervare "tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale".

[174] Del resto, nel riconoscere a ciascuna Camera una propria sfera di autonomia normativa, la Corte costituzionale ha sottolineato come essa non attenga "alla sola disciplina del procedimento legislativo, per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione", ma riguardi "anche l'organizzazione interna" (sentenza n. 262 del 2017).

[175] L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., p. 162.

espressamente, nella relazione da depositare in assemblea, le ragioni del mancato accoglimento delle conclusioni rassegnate nel parere espresso dalle formazioni sociali intervenute in sede referente.

In conclusione, sembra opportuno richiamare, ancora una volta, un'acuta riflessione di Vezio Crisafulli. A detta del celebre studioso, infatti, l'apporto di «competenze» che formazioni sociali ed esperti potranno fornire nel procedimento legislativo non si traduce, invero, in una lesione della «dimensione politica, come mediazione incessante e sintesi di interessi e forze sociali diverse», la quale, tutt'al contrario, ne uscirebbe «potenziata» proprio mediante l'apporto «libero e disinteressato, delle "competenze"». Si tratta di una soluzione coraggiosa, ma improcrastinabile, «ineliminabile in realtà: potrà realizzarsi per altre vie, con metodi autoritari anziché liberali – qui sta, semmai, il pericolo, e qui si misura la responsabilità storica dei partiti, che devono trovare in sé stessi, prima che in interventi legislativi (forse auspicabili, ma pur sempre di dubbia efficacia) la volontà e la forza di rinnovarsi mettendosi al passo con i tempi»[176].

6. Verso un generale ripensamento del sistema delle commissioni permanenti

Tanto premesso, ritornando ad analizzare le commissioni in sede deliberante, le criticità operative prima richiamate circa il loro futuro funzionamento potrebbero, nei fatti, far presagire, non soltanto una riduzione del numero complessivo delle sub-unità specializzate in esame, ma, ancor più significativamente, un loro superamento. Soluzione, quest'ultima, nient'affatto irrealizzabile, considerato che «la stessa possibilità di approvare leggi direttamente in commissione non è configurata come obbligatoria dalla Costituzione e dunque, almeno in teoria, essa potrebbe essere azzerata dai Regolamenti di Camera e Senato, con riferimento ad entrambi o persino a uno solo dei due rami del Parlamento»[177]. In questo senso, l'indefettibile intervento delle commissioni nel procedimento legislativo potrebbe realizzarsi per mezzo di organi collegiali speciali, costituiti di volta in volta in relazione agli interventi legislativi progettati dal Parlamento e/o dal Governo. Commissioni speciali che, qualora fossero chiamate ad esercitare poteri legislativi, dovrebbero, in ogni caso, essere formate sulla base della regola della rappresentanza proporzionale rispetto ai gruppi, così come oggi prescrive l'art. 72, co. 3 Cost.[178]

---

[176] Così, ancora, acutamente, V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo*, cit., p. 226.

[177] È questa l'innovativa proposta di N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve fare)*, cit., p. 12 e ID., *Dopo la riduzione dei parlamentari e nel mezzo della pandemia, una "finestra d'opportunità" per il rinnovamento del parlamentarismo in Italia?*, in *Osservatorio sulle Fonti*, Editoriale del fascicolo n. 3/2020, p. 1148.

[178] A tal proposito, è stato autorevolmente rilevato che «la Costituzione in effetti potrebbe risultare vietata solo nel caso in cui i regolamenti scegliessero altri criteri di

In altri termini, ove non si optasse per un'effettiva "neutralizzazione" della regola sull'approvazione decentrata dei progetti di legge, si potrebbe immaginare una nuova articolazione del sistema delle commissioni, più simile al modello delle *Standing Committees* adottato a Westminster, in cui la «distinzione tra commissioni (speciali) legislative e commissioni (permanenti) di controllo, si è rivelato essere un notevole successo»[179]. Oppure, ancora, come è stato sottolineato, «si potrebbe distinguere anche tra commissioni permanenti, per così dire, "di serie A" (con una appartenenza tendenzialmente *full time*) e commissioni permanenti "di serie B" (*part time*); e a queste affiancare giunte, comitati e organi bicamerali (tutti *part-time* per definizione)»[180].

A ben vedere, si tratta di soluzioni che consentirebbero di ridurre gli effetti distorsivi sull'operatività delle commissioni permanenti derivanti dal "taglio" della rappresentanza, senza sacrificare l'impianto costituzionale preposto a garanzia di un *iter* di formazione delle leggi plurale e rispettoso della proporzionalità tra le forze politiche.

Per tutte le ragioni sin qui esposte, l'auspicabile modifica coordinata dei Regolamenti parlamentari richiede anche, se non soprattutto, una realistica e coraggiosa[181] presa di coscienza del fatto «che quello della funzionalità e del ruolo del nostro Parlamento è problema che assume tratti peculiari e specifici, che vanno affrontati qui ed ora, senza né rifugiarsi nel comodo conservatorismo istituzionale

composizione diversi da quello proporzionale». Così, A.A. CERVATI, *Art. 72*, cit., p. 156. Una regola, quella della rappresentanza proporzionale rispetto ai gruppi, che, come detto, si estende anche alle commissioni speciali con poteri deliberativi, stante la lettera della Costituzione (art. 72, co. 3) e dei regolamenti di Camera e Senato (rispettivamente, artt. 22 Reg. Cam. e 24 Reg. Sen.). Il punto è evidenziato da A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., p. 138.

[179] Così, N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 339. Come puntualizzato da G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 419, esse sono formate «tramite una apposita commissione (*Committee of Selection*) e hanno una composizione che varia fra i sedici e i cinquanta membri, scelti in modo da assicurare una sicura maggioranza al partito di governo».

[180] In tal senso, ancora, N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 338.

[181] Del resto, all'interno di un discorso di più ampio respiro, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/1985, p. 263 così concludeva un denso saggio dedicato alla forma di Stato democratico ed alla sua difficile realizzazione pratica: «Se in una democrazia sono assenti persone o gruppi dirigenti coraggiosi, all'altezza dei difficili compiti dell'agire rappresentativo ed in grado di rivolgere al popolo le domande adeguate – ed essi sono necessari nel Parlamento, nel Governo e nei partiti politici – allora la democrazia scade ben presto in una forma politica al servizio dei gruppi dirigenti o agonizza, nel caso in cui diventa necessario prendere decisioni difficili, senza che ciò possa essere impedito o evitato da misure istituzionali».

di chi nostalgicamente eternizza modelli organizzativi e procedurali invece storicamente datati, né lasciandosi dominare da uno spirito iconoclasta che sostenga il nuovo in quanto tale»[182].

[182] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, cit., p. 718.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Recensione a Riccardo Scorza, Enrico Cuccodoro, Alessandro Cannavale (a cura di), *Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli (Quaderni Salentini), 2021, pp. 1-197

LUANA LEO, GIANLUIGI IEMBO*

Indice disponibile all'indirizzo:
www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-admin/post.php?post=16052&action=edit&classic-editor.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2021

Suggerimento di citazione
L. LEO, G. IEMBO, *Recensione a Riccardo Scorza, Enrico Cuccodoro, Alessandro Cannavale (a cura di),* Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli (Quaderni salentini), 2021, pp. 1-197*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Luana Leo è Dottoressa magistrale in Giurisprudenza nell'Università del Salento. Indirizzo mail: luana.leo@studenti.unisalento.it. Gianluigi Iembo è Dottore magistrale in Giurisprudenza nell'Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna. Indirizzo mail: iembo414@gmail.com.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

La questione "meridionale" è un problema cruciale da tempo, ancor prima della formazione dello Stato nazionale. La configurazione geografica, quale imprescindibile punto di contatto tra popoli e civiltà diverse, avrebbe dovuto convertire il suddetto problema in una "risorsa". In concreto, il Mediterraneo è divenuto un campo di "guerra", in quanto risalta l'indiscutibile divario economico, politico e sociale con le altre parti d'Italia e del nord Europa. Una prova discende dall'ambito lavorativo: come noto, da anni, si assiste all'emigrazione di molti giovani in zone più fertili. Tale circostanza non solo sminuisce il rilievo del Mezzogiorno, ma implica una sottrazione dei diritti fondamentali, portando peraltro a pensare che il singolo venga ad essere "spogliato" del suo diritto ad una vita dignitosa. Per impiegare un richiamo evocativo ed al contempo malinconico imputabile alla storia del Sud Italia, con le parole dell'Assessore alla Cultura e al Turismo della Regione Puglia, Massimo Bray: *"Troppo spesso si è rischiato di lasciare indietro, di perdere quasi, quel patrimonio inestimabile che è insito nell'identità dei luoghi, nel mosaico di peculiarità che li distingue, caratterizzandoli e rendendoli unici, ognuno diverso dall'altro, grazie ad una armoniosa combinazione di elementi naturali e di tradizioni, usanze e tecniche tipiche di ogni singola comunità"*.

La II° edizione dei Quaderni Salentini, diretta da Enrico Cuccodoro, professore associato di diritto costituzionale nell'Università del Salento, intende affrontare il tema del Meridione in un'ottica pluralistica, con l'intento di fotografare la realtà e auspicare un futuro migliore, in cui le innumerevoli risorse del Sud diventino una vera e propria opportunità di crescita, tale da sconfessare ogni riflessione deleteria riservata ad esso. Il testo, come riportato nella prefazione del Magnifico Rettore dell'Università del Salento Fabio Pollice, si articola su sezioni che *"lungi dal costituire compartimenti stagni, dialogano e si integrano tra loro, nel segno di quella stessa coesione e interazione che tanto si auspica possa sempre più e sempre meglio caratterizzare le relazioni tra le realtà territoriali del Paese"*.

La prima parte del lavoro pone in luce il nesso tra sviluppo del Mezzogiorno e resto d'Italia, segnalando un netto cambio di approccio nei mesi precedenti l'emergenza sanitaria in atto. Di recente, l'Unione Europea è ritornata sul punto invitando l'Esecutivo italiano a impiegare le risorse del *Recovery Fund* per alleviare i plateali divari interni al Paese. Occorre ricordare che, la riforma del Titolo V della Costituzione, avutasi nel 2001, abrogando il comma 2 dell'art. 119 volto a riconoscere alla questione meridionale dignità costituzionale, ha relegato la suddetta tematica in una posizione di minore rilevanza ordinamentale, seguendo così le orme della politica fascista. Sempre nella prima parte dell'operato, si tiene a sottolineare come la sussistenza di un'identità di Nazione non si traduca nella svalutazione dell'individuo. Un elemento singolare consiste nell'accostamento dell'identità alla fraternità, oggi stimolato dalla recente enciclica di Papa Francesco *Fratelli tutti*, che pone tale categoria come l'unica via per la tenuta planetaria.

Identità è sinonimo di tradizione. La stagione estiva pugliese, infatti, è stata scandita da vari incontri finalizzati a evidenziare come le tradizioni e il patrimonio culturale costituiscono componenti fondamentali di identità territoriale. A tal proposito, è interessante notare come la Regione Puglia venga definita *"il luogo di partenza per la Terrasanta, ma anche il capolinea di altre vie, quelle della transumanza, dei tratturi che scendevano dalle montagne dell'appennino abruzzese e molisano, passando per chiese e fiorenti abbazie"*. In tale senso, un aspetto da non trascurare attiene all'idea del Sud come luogo di fusione culturale: ad esempio, si segnala l'insorgenza in epoca medievale delle maggiori cattedrali pugliesi, da Troia a Trani, da Otranto a Bari. Le terre del Sud sono poi avvolte dal mistero e dai miti: i luoghi del Sud-occidentale riconducono alle più rilevanti figure letterarie, tra cui Odisseo, obbligato a navigare nel mare di Circe, per ritornare nell'amata Itaca.

La seconda parte del lavoro affronta l'annosa questione del divario tra Nord e Sud. La trattazione di tale questione in chiave istruttiva – a parere di chi scrive – sconfessa brillantemente la convinzione secondo cui la formazione delle Università meridionali pecchi rispetto a quella del Settentrione. Il modello della "autonomia responsabile" pone in luce tutti i suoi eclatanti limiti. Il *gap* attualmente esistente è imputabile al ridimensionamento dei finanziamenti. Da qui l'impossibilità di un riscatto. Il Mezzogiorno è vittima di un problema di sostenibilità ambientale e di malasanità. Per quanto concerne il primo, gli studi del Cnr hanno dimostrato che quasi un quinto del territorio nazionale è a rischio desertificazione: il 41% di tale territorio si trova proprio nel Meridione. Tutt'ora rimane irrisolto il nodo *xylella*, dal quale ne è scaturita l'inabilità delle forze pubbliche di intervenire congiuntamente sul problema. Emblematica è la vicenda Ilva: l'ingresso dello Stato sembra aver apparentemente appianato le tensioni, ma permangono ancora "spine" da risolvere.

Con riguardo al settore sanitario, si evidenzia come l'attività di prevenzione risulti carente da tempo in tutte le Regioni meridionali. In occasione dell'emergenza sanitaria, il modello del sottofinanziamento dell'assistenza sanitaria ha manifestato tutte le proprie debolezze: le prestazioni ritenute non urgenti sono state accantonate, provocando il sovraccarico di esami. In tale contesto, attrae l'asserzione secondo cui la malasanità *"non ha la bussola, non è munita di carta di identità, ma è certamente il precipitato di scelte e condizioni che è necessario indagare e di cui è doveroso dar conto"*.

La terza ed ultima parte dell'operato colpisce per l'attenzione riservata alla donna, o meglio, la donna del Sud. È noto che, in età repubblicana, le donne rappresentavano una forza-lavoro sottovalutata, costretta alle mansioni domestiche o, al massimo, alle attività agricole. Tale triste realtà entra in collisione con il dettato costituzionale: l'art. 37 comma 1, sancisce che *"la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione*

familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione". Sebbene i tempi siano cambiati, permane un modello culturale teso a discriminare il lavoro femminile; da qui, la difficoltà di restituire dignità al lavoro della donna.

Sempre a tal riguardo, attira la parte tesa a illustrare le storie di donne del Mezzogiorno che hanno lasciato vitali testimonianze del loro impegno sociale. In tali righe affiora un messaggio d'eccezione: le nostre figlie, le nostre nipoti hanno il diritto di conoscere tali storie, al fine di poterle trasmettere a loro volta alle future donne del Sud. Alle donne del presente spetta l'importante compito di tenere "accesa" l'immagine di madri coraggiose, combattenti e brillanti. È una delle parti più toccanti – a parere di chi scrive – del lavoro in commento.

In definitiva, la II° edizione dei Quaderni Salentini merita assoluta considerazione, per una serie di ragioni. In primo luogo, la lettura è notevolmente scorrevole. In secondo luogo, le varie riflessioni provengono da docenti, ricercatori, professionisti, aventi radici meridionali, e dunque, in grado di raccontare il Sud in modo oggettivo, ma mettendoci un pezzo di "cuore". In terzo luogo, il presente lavoro stimola i meridionali a investire sulla propria terra, a difendere una parte d'Italia da sempre sminuita. "Sud" è un'opera di riscatto, ma anche sorgente di speranza. Come dichiarato da Alberto Lucarelli, professore ordinario di diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, *"si tratta di uno studio importante, multidisciplinare, come è giusto che sia: un lavoro che pone al centro la persona, i diritti civili, politici e sociali dei cittadini, lo sviluppo dei territori"*. Il predetto lavoro è stato presentato alla cortese attenzione del Signor Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Cento anni dalla Carta del Carnaro: nuove suggestioni costituzionali

ALESSANDRO FRICANO*

Sommario

1. Genesi e modelli: tra il superamento dello stato liberale e il riconoscimento di nuovi diritti sociali. – 2. Gli istituti di democrazia diretta e la ripartizione dei poteri nell'ordinamento fiumano. – 3. Il sistema delle corporazioni e la funzione sociale della proprietà. – 4. Verso nuovi diritti: dalla parità di genere al diritto alla bellezza – 5. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2020

Suggerimento di citazione

A. FRICANO, *Cento anni dalla Carta del Carnaro: nuove suggestioni costituzionali,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli studi del Molise. Indirizzo mail: a.fricano@studenti.unimol.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Genesi e modelli: tra il superamento dello stato liberale e il riconoscimento di nuovi diritti sociali

A distanza di cento anni da quell'esperienza costituente che traghettò gli entusiasmi e le incertezze dei suoi contemporanei, è forse giunto il momento di comprendere il lascito della *Carta del Carnaro* nella storia del pensiero costituzionale europeo. Un' eresia giuridica per alcuni, una costituzione avveniristica e visionaria per altri. Cosa dice all'uomo di oggi? Quale il suo messaggio? In che modo ha arricchito il dibattito per una nuova teoria generale dello stato? A questi interrogativi si cercherà, non già di dare risposta, quanto più di dare un fondamento.

Un anniversario solitario, che impone tuttavia un confronto schietto. In un tempo in cui il totalitarismo imperversava l'Europa, la carta fiumana ha anticipato (forse anche inconsapevolmente) molte delle conquiste repubblicane. Si pensi alla funzione sociale della proprietà, al ruolo delle donne, agli istituti di democrazia diretta, all'autonomia e al decentramento amministrativo, alla costituzionalizzazione di un diritto alla cultura, al riconoscimento del principio di uguaglianza. Sprezzante il giudizio di Francesco Saverio Nitti, a capo del governo italiano negli anni dell'impresa di Fiume, che definì il documento in esame «stupidissimo e degno d'una riunione di mattoidi»[1].

Occorre dapprima riconoscere che la Carta del Carnaro difficilmente si presta a facili tassonomie[2]. In essa infatti confluiscono numerose fascinazioni. Attraversa le ideologie ma al contempo le trascende tutte. L'ordinamento fiumano si configura come un *ordinamento laboratoriale*, in cui troveranno spazio le istanze più disparate. Dal nazionalismo identitario al sindacalismo radicale. Si dovrà dunque guardare al suo contributo giuridico non con gli occhi dell'uomo di oggi, ma con lo sguardo fisso alla sua contestualizzazione storico-interpretativa.

La carta è frutto dell'ingegno creativo di Gabriele D'Annunzio, che ne ha impresso una dimensione estetizzante oltremodo accentuata, ma è altresì frutto del pensiero anarco-sindacalista di Alceste De Ambris. Come avrà modo di scrivere Michael Ledeen negli anni settanta, della costituzione fiumana è possibile

[1] A. SPINOSA, *D'Annunzio: il poeta armato*, Mondadori, Milano, 1987, p. 239.

[2] Si rinvia per un approfondimento sulla natura evolutiva del testo costituzionale a: V. FROSINI, *D'Annunzio e la "Carta del Carnaro",* in *Nuova antologia*, gennaio 1971; A. GELPI, *Il cinquantenario dello "statuto della reggenza italiana del Carnaro"*, in *Attualità amministrativa*, fasc. 12, 1970, pp. 643-646; A. AGRÌ, *D'Annunzio politico: la Carta del Carnaro (1920)*, in *Atti e Memorie dell'Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Modena*, serie VIII, vol. XVII, fasc. I, Modena, 2014.

apprezzare la «genuina espressione non solo delle esigenze del mondo moderno a livello istituzionale, ma anche dei suoi bisogni e dei suoi sentimenti»[3].

Sotto il profilo strettamente giuridico è assai più rilevante il primo testo redatto da De Ambris, e poi revisionato nella forma (ma non nella sostanza) dal vate.

A nuove istanze sociali ed interessi economici non possono non corrispondere diritti nuovi. Risale infatti al 1891 l'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII che darà il via alla dottrina sociale della Chiesa. Questo è il clima che in Europa anticipa ed incoraggia l'avvento dei grandi partiti di massa. La costituzione fiumana, come la Costituzione di Weimar o la Costituzione federale della Repubblica d'Austria, si colloca in un processo di logoramento dello stato liberale[4]. Lo stesso processo di cui parla Santi Romano nella sua celebre prolusione "Lo stato moderno e la sua crisi". Secondo questa ricostruzione il declino dell'ordinamento giuridico italiano sarebbe da imputare all'ascesa politica di corpi intermedi nuovi: i partiti di massa e i sindacati. «Il diritto pubblico moderno – come dirà Romano nel suo discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della Regia Università di Pisa del 1909 – non domina ma è dominato da un movimento sociale». A questa frammentazione della dimensione sociale risponde il corporativismo fiumano, ispirandosi all'età dei comuni.

L'audacia costituzionale di ambo i testi nel riconoscimento di diritti sociali, per lungo tempo ignorati dallo stato ottocentesco, è il segno tangibile e anticipatore di un sistema ormai in crisi. L'attenzione a talune istanze, che emergerà in misura assai più vigorosa nelle costituzioni del secondo dopoguerra, si scontra con un sentimento di indifferenza, proprio dello stato liberale di età giolittiana, dinanzi a forme embrionali di pluralismo. Alla stregua della carta weimariana, anche la costituzione di Fiume restituisce centralità alla questione sociale in una cornice egualitaria. Gli interventi di assistenza statale posti in essere da entrambi gli ordinamenti rispondono a bisogni individuali di diversa natura ed entità. Una lettura comparata può suggerire l'intima connessione di ambo i testi. D'Annunzio ricorre ad un'espressione forte parlando di "diritti popolari". Il cuore vitale della "costituzione sociale" risiede all'art. 8 della stessa. A tutti i cittadini vengono riconosciuti: il diritto ad un'istruzione primaria «in scuole chiare e salubri», il lavoro remunerato «con un minimo di salario bastevole a ben vivere», l'assistenza in caso di malattia, invalidità o «disoccupazione involontaria», «la pensione di riposo per la vecchiaia», oltre al «risarcimento dei danni in caso di errore giudiziario o di abusato potere». Riguardo all'istruzione, sorprende notare come entrambi i testi costituzionali dedichino numerose disposizioni di dettaglio.

[3] Cit. M.A. LEDEEN, *D'Annunzio a Fiume*, Laterza, Bari, 1975, p. 228.

[4] Cfr. D. ROSSI, *D'Annunzio, la Carta del Carnaro e la crisi dello Stato liberale, tra rappresentanza e antiparlamentarismo*, in *Giornale di storia costituzionale*, fasc. 38, 2019, pp. 135-147.

Un'attenzione che, per dimensioni, non trova riscontro neppure nelle costituzioni del dopoguerra. In un'unica disposizione, l'art.7 della Carta del Carnaro, si condensano invece le libertà fondamentali di pensiero, stampa, riunione e associazione. Nell'avanzata Costituzione di Weimar, sono ben tre le norme poste a tutela delle già menzionate libertà: l'art. 118 quella di espressione e di stampa, l'art. 123 il diritto di riunirsi pacificamente e l'art. 124 il diritto di associazione. La differenza più significativa va dunque individuata nei partiti, del tutto assenti nell'esperienza fiumana ma dirimenti per la Repubblica di Weimar, come dimostra la stessa *Weimarer Koalition* tra socialdemocratici (SPD), centristi (Zentrum), e democratici tedeschi (DDP)[5]. Altro elemento distintivo è la matrice sociale. Mentre la Carta del Carnaro affonda le sue radici nell'ambito di un'operazione militare, la Costituzione di Weimar – come osserverà più tardi anche Mortati – conserva una matrice borghese[6].

Per la nettezza delle sue posizioni si può considerare la Carta del Carnaro una "costituzione-manifesto". Ma si tratta davvero di un testo dal valore normativo o siamo dinanzi ad una opera letteraria? La risposta a siffatta domanda è da rinvenire nella breve vicenda della Reggenza italiana del Carnaro. Quest'ultima può ritenersi un'entità statuale vera e propria, in cui è possibile riscontrare tutti gli elementi essenziali dello Stato, seppur in una fase ancora prematura. L'occupazione di Fiume da parte di D'Annunzio e dei suoi legionari inizia la notte tra l'11 e il 12 settembre del 1919, con la "marcia di Ronchi". La Carta del Carnaro viene proclamata la sera del 30 agosto e promulgata l'8 settembre 1920, ad un anno dall'entrata dei legionari e a circa quattro mesi di distanza dal "Natale di Sangue". Il Trattato di Rapallo infatti, siglato da Giolitti nel 1920, pone fine alla breve Reggenza, stabilendo lo Stato libero di Fiume. Durante quei sedici mesi si contano numerose visite eccellenti, come quella di Guglielmo Marconi o del maestro Arturo Toscanini che diresse per l'occasione un celebre concerto.

Se a distanza di un secolo la Costituzione fiumana suscita un interesse scientifico di carattere comparativo, si deve alla sua capacità di anticipare istituti giuspubblicisti propri dell'età contemporanea.

---

[5] Sulla Repubblica di Weimar e i partiti v. F. CAMPODONICO, *Weimar: assenza di "equilibrio" e di "stabilimentum". I giudizi di Costantino Mortati sui partiti politici weimariani ed il loro compromesso costituzionale,* in *Nomos – Le attualità nel diritto,* fasc. 3, 2015.

[6] «La costituzione si presenta in definitiva quale l'operazione di una borghesia prudente, sostanzialmente attaccata alle più antiche istituzioni […] e soprattutto tendente a conservare la sua posizione di classe dominante. È questa borghesia che getta in pasto al proletariato istituti, da cui esso, non è preparato […]» cit. C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Giuffrè, Milano, 2019 (ed. or. 1946), p. 50.

2. Gli istituti di democrazia diretta e la ripartizione dei poteri nell'ordinamento fiumano

Malgrado si agisse «nel nome della nuova Italia», da subito la Reggenza fu percepita come uno stato autonomo. Non mancarono neppure spinte repubblicane, sebbene le simpatie monarchiche di molti legionari fecero della fedeltà alla madrepatria un presupposto invalicabile. Non stupisce pertanto che nella sua versione, De Ambris all'art.2 si riferisse alla cd. "Repubblica del Carnaro" fondata sul "lavoro produttivo"[7]. A Fiume si configurò quindi una democrazia diretta di tipo plebiscitario, decentralizzata e corporativa. A tutti i Comuni vennero riconosciuti piena autonomia e potere normativo, potendosi dotare di leggi proprie. La Carta riconobbe vari strumenti di democrazia diretta come l'iniziativa di legge popolare attribuita ad almeno un quarto degli elettori. Come autorevolmente ricordato dallo stesso de Vergottini, alcune soluzioni costituzionali sembrano essersi ispirate alle antiche istituzioni comunali, a quelle della Serenissima e del cantonalismo svizzero, in cui si consentiva ai cittadini di presentare proposte di legge[8].

La natura spuria del documento costituzionale è comprovata dalla previsione dell'istituto dell'*habeas corpus* di cui all'art. 8. In Italia, analoga materia trova riconoscimento dapprima nell'art. 35 della Costituzione del Regno di Sicilia e successivamente all'art. 26 dello Statuto Albertino; fino ad approdare al combinato disposto degli articoli 13, 24 e 25 dell'attuale Carta costituzionale. Tale istituto, di evidente derivazione anglosassone, è posto a tutela dell'inviolabilità personale. Un primo riferimento può già rilevarsi nella *Magna Charta Libertatum* del 1215, per trovare conferma più tardi nella *Petition of Rights* del 1628. Secondo studi più recenti invece, una scelta giuridica così radicale sarebbe da imputare alla permanenza a Fiume dello scrittore inglese Henry Furst.[9] Esso consiste nell'atto di portare il prigioniero dinanzi all'autorità giudicante per indicargli i motivi

[7] Come ben ricorda de Vergottini: «nella prassi seguita dopo l'occupazione il giuramento delle reclute non era più quello usato in Italia, le bandiere non avevano più la corona del re e la marcia reale era stata abolita.» cit. G. DE VERGOTTINI, *Prassi e utopia nel disegno costituzionale dannunziano, Relazione al Convegno "Il lungo novecento. La questione adriatica e Fiume tra le due Conferenze di pace di Parigi 1919-1947", Gorizia, 27-28 giugno 2019*, in *Rivista AIC,* fasc. 3, 2019, p. 605. Dello stesso A. si ritiene fondamentale il recente studio: G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione secondo d'Annunzio*, Luni Editrice, Milano, 2020.

[8] Così G. DE VERGOTTINI, *Prassi e utopia nel disegno costituzionale dannunziano,* cit., p. 600.

[9] Cfr. A. AGRÌ, *La Carta del Carnaro: un disegno costituzionale incompiuto*, in *Fiume. Rivista di studi adriatici*, 27, 2013, p.9.

dell'arresto, consentendogli così il pieno diritto alla difesa. La Carta del Carnaro considerava l'*habeas corpus* come un diritto garantito ai cittadini di ambo i sessi.

La Carta del Carnaro si articolava in 65 articoli suddivisi in 12 sezioni. Già dal preambolo era possibile scorgere una netta discontinuità formale e sostanziale con lo Statuto Albertino. In un certo senso, anche la scelta di operare una razionalizzazione della forma di governo guardava al modello di Weimar. La Reggenza prevedeva un sistema legislativo tricamerale. I due rami, su base elettiva, erano il Consiglio degli Ottimi ed il Consiglio dei Provvisori. Ambo i Consigli, riunendosi annualmente costituivano: "l'Arengo del Carnaro". Il potere esecutivo spettava invece a sette "rettori", che corrispondevano rispettivamente ai ministri degli Esteri, delle Finanze, dell'Istruzione, degli Interni, della Giustizia, della Difesa e del Lavoro. I primi tre venivano eletti dall'Assemblea nazionale. Giustizia e difesa nazionale, dal Consiglio degli Ottimi. Mentre il Consiglio dei Provvisori eleggeva i rettori di Economia pubblica e del Lavoro. Il loro mandato era di un anno, rinnovabile per un secondo, e poi successivamente anche per un terzo, dopo uno stacco di un anno. Il Rettore degli Affari Esteri, detto Primo Rettore, assumeva la guida della Reggenza dinanzi agli altri stati[10] in qualità di *primus inter pares*.

La Carta del Carnaro conosceva, in un certo senso, la disciplina costituzionale dell'emergenza. Secondo l'art. 43, nei casi in cui si fossero ravvisate ipotesi di "pericolo estremo" per la Reggenza, il Consiglio nazionale adunato nell'Arengo poteva nominare un "Comandante", rimettendo a lui "la potestà suprema senza appellazione". Questo però poteva essere sostituito, deposto ed anche bandito. Tale istituto, che si rifà espressamente al *dictator romano,* fu l'unico a trovare compimento ed attuazione nei pochi mesi in cui la Carta restò in vigore. Disposizione simile all'art. 48 della Costituzione di Weimar, che attribuiva al presidente il potere di adottare «le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante», sospendendo in tutto o in parte le libertà fondamentali.

Il potere giudiziario si articolava in un sistema assai complesso. I Buoni Uomini, eletti dal popolo, giudicavano delle controversie civili, commerciali e sulle colpe di minore rilevanza. I Giudici del Lavoro, eletti dalle Corporazioni, si occupavano delle controversie tra "salariati" e "datori d'opra". I Giudici togati, selezionati per pubblico concorso, dirimevano tutte quelle questioni civili, commerciali e penali

[10] Per un affresco sulla politica internazionale dannunziana negli anni della Reggenza si rinvia a A. SINAGRA, *Le relazioni internazionali nello Statuto della Reggenza italiana del Carnaro. Relazione al convegno promosso dalla Fondazione "Il Vittoriale degli Italiani" sul tema: "D'Annunzio e l'impresa di Fiume" (Gardone Riviera, 26-28 settembre 1996)*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 6, 2000, pp. 167-174; ID., *Lo Statuto della Reggenza italiana del Carnaro. Tra storia, diritto internazionale e diritto costituzionale. Atti del Convegno (Roma, 21 ottobre 2008)*, Giuffrè, Milano, 2009.

in cui i Buoni uomini e i Giudici del Lavoro non avevano competenza. I Giudici togati fungevano altresì da tribunale d'appello per le sentenze emesse dai Buoni uomini. Il Tribunale del Maleficio, era invece competenti sui delitti politici.

La Carta del Carnaro prevedeva un sistema di giustizia costituzionale sul modello austriaco del 1920, un'innovazione assoluta rispetto alle costituzioni europee dell'epoca. Un esplicito riferimento all' Alta Corte Costituzionale, di elaborazione kelseniana, disciplinata dagli artt. 137 ss. della Costituzione federale della Repubblica d'Austria del 1920. La Corte della Ragione si componeva di cinque membri e giudicava sulla conformità alla Costituzione degli atti e dei decreti provenienti rispettivamente dal potere legislativo ed esecutivo. Questa era anche giudice di ultima istanza delle sentenze. La Corte dirimeva ogni conflitto di attribuzione tra la Reggenza e i Comuni, fra Comune e Comune, fra la Reggenza e le Corporazioni, fra la Reggenza e i privati, fra i Comuni e le Corporazioni, fra i Comuni e i privati.

3. Il sistema delle corporazioni e la funzione sociale della proprietà

Certamente un aspetto caratterizzante dell'intero assetto fiumano è costituito dalle corporazioni[11], da cui trarrà spunto persino l'ordinamento fascista. Il rimando al sistema compartecipativo di Weimar si manifesta anche qui. Il testo del 1919 infatti dedica un intero capo alla vita economica. L'art. 151 nel riconoscere la libertà economica dei singoli impegna l'ordinamento a garantire «un'esistenza degna dell'uomo».

Nella Reggenza del Carnaro non si fa neppure un accenno al partito politico, né come collettore di istanze né come raccordo tra rappresentanti e rappresentati. Una simile assenza si spiega soltanto con l'assoluto assorbimento delle funzioni tradizionalmente spettanti ai partiti in capo alle nuove corporazioni, che avrebbero dovuto soddisfare il bisogno di un nesso con organi legislativi. Le corporazioni si occupavano in via principale della tutela del lavoro. Nella visione costituzionale dannunziana, la felicità è la realizzazione ultima del vivere civile, a cui persino il lavoro deve orientarsi. Lo stesso naturale diritto alla felicità di cui si trova traccia già nella Dichiarazione di Indipendenza americana del 4 luglio 1776.

[11] «De Ambris e d'Annunzio, nei commentari alla *Carta*, non fecero riferimenti manifesti ad altri documenti costituzionali, né a fonti normative specifiche, e nemmeno a ordinamenti giuridici. È possibile rintracciare alcuni collegamenti espliciti ed impliciti solo con ordinamenti antichi come la Repubblica Serenissima, i Comuni medievali, la Roma repubblicana, ed attuali come il Cantonalismo svizzero; tuttavia, a parte questi isolati richiami, non vennero indicate precise strutture giuridiche da seguire.» così A. AGRÌ, *La Carta del Carnaro: un disegno costituzionale incompiuto*, in *Fiume. Rivista di studi adriatici*, 27, 2013, pp. 5 ss.

La costituzione fiumana prevedeva dieci corporazioni. Alla prima afferivano, secondo l'art. 19 «gli operai salariati dell'industria, dell'agricoltura, del commercio, dei trasporti; e gli artigiani minuti e i piccoli proprietarii di terre». La seconda corporazione raccoglieva «tutti gli addetti ai corpi tecnici e amministrativi». Nella terza si includevano tutti gli addetti alle aziende commerciali. Alla quarta corporazione si iscrivevano «i datori d'opra in imprese d'industria, d'agricoltura, di commercio, di trasporti». Erano compresi nella quinta «tutti i pubblici impiegati comunali e statuali di qualsiasi ordine». La sesta corporazione afferiva al lavoro intellettuale, e comprendeva: gli insegnanti delle scuole pubbliche, gli studenti degli istituti superiori; gli scultori, i pittori, i decoratori, gli architetti, i musici, tutti quelli che esercitano le arti belle, le arti sceniche, le arti ornative. Alla settima, invece, facevano parte tutti i liberi professionisti. L'ottava corporazione era costituita dalle società e dagli amministratori delle stesse; mentre la nona raccoglieva «la gente di mare». La decima corporazione, infine, era riservata a non meglio definite «forze misteriose del popolo in travaglio e in ascendimento».

Questo disegno giuslavorista necessitava di una nuova concezione costituzionale delle proprietà. L'articolo 9 della Carta del Carnaro disconosceva, infatti, la proprietà come «dominio assoluto della persona sopra la cosa» ma la considerava «la più utile delle funzioni sociali». La norma precisava che nessuna proprietà potesse riservarsi alla persona «quasi fosse una sua parte».

L'innovazione più rilevante (e del tutto trascurata dallo stato liberale) afferiva invece alla funzione sociale della proprietà privata fondata sul lavoro. Anche qui il riferimento alla Costituzione di Weimar[12] appare evidente. L'art. 153 di quest'ultima consentiva non solo l'espropriazione nell'interesse collettivo, ma prevedeva che l'uso della proprietà fosse orientato al bene comune e non solo al privato. Questa impalcatura teorica sta alla base dell'attuale articolo 42 della Costituzione italiana. I limiti costituzionali alla proprietà privata sono posti dalla legge «allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». Come si evince dai lavori preparatori, sulla difficoltà di intendere la proprietà funzionale allo sviluppo della persona o al cd. "bene della generalità" si dibatterà a lungo in Assemblea Costituente.

[12] Diversa è l'opinione di Ferrari secondo cui «al di là della genesi storica, sarebbe difficile reperire caratteri comuni tra la Costituzione della Reggenza del Carnaro e quelle coeve. Forse solo con la parte economico-sociale della Carta di Weimar possono esserci remote analogie. Sotto ogni altro profilo prevalgono le distanze e per molti versi le differenze sono addirittura abissali, facendo della Costituzione dannunziana un unicum assoluto nella storia costituzionale del '900» cit. G.F. FERRARI, *La Carta del Carnaro: un centenario in sordina*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, fasc. 3, 2020, p. 3.

4. Verso nuovi diritti: dalla parità di genere al diritto alla bellezza

Sotto il profilo del riconoscimento dei diritti, la Carta del Carnaro dimostra tutta la sua dirompente modernità. Uno degli aspetti più significativi della Costituzione fiumana afferisce alla parità di genere, come si evince dalla lettura combinata di più disposizioni.

All'art. 4, la Reggenza riconosceva «la sovranità di tutti i cittadini senza divario di sesso, di stirpe, di lingua, di classe, di religione». Su quest'ultimo aspetto occorre precisare che il testo costituzionale in esame risentiva di forti pressioni laiciste, come dimostra il divieto di esporre nelle scuole simboli religiosi *ex* art. 54. Proseguiva l'art. 6, stabilendo l'uguaglianza dinanzi la legge di tutti i cittadini dello Stato, d'ambedue i sessi. Entrambe le disposizioni ricalcavano l'art. 109 della più volte citata Costituzione di Weimar[13]. L'art. 28, disciplinando il «suffragio universale diretto e segreto» per tutti i cittadini che avessero compiuto il ventesimo anno di età, riconosceva *de facto* il voto alle donne. Una conquista che in Italia arriverà soltanto ventisei anni più tardi. Tale propensione assumeva contorni ancor più marcati all'art. 47. Donne e uomini a partire dall'età di diciassette anni fino ai cinquantacinque, erano obbligati al servizio militare per la difesa dello Stato. L'inserimento delle donne nei ranghi militari, parallelamente all'obbligo di contribuire alla sicurezza nazionale, costituiva un *unicum* fra gli ordinamenti coevi. Emblema di questa rinnovata attenzione per la parità di genere è da individuare nella figura della marchesa Margherita Incisa di Camerana. Già crocerossina negli anni della Grande Guerra, non si limitò a prendere parte all'impresa di Fiume, ma ricoprì un ruolo apicale nella Reggenza in qualità di tenente.

Nello studio della Carta del Carnaro si sottovaluta spesso un'altra straordinaria intuizione: l'aver dato valore costituzionale alla cultura e alla musica. La Costituzione fiumana definiva la cultura come «la più luminosa delle armi lunghe», uno strumento in grado di formare l'uomo libero «contro le corruzioni». C'era spazio persino per un *diritto alla bellezza*[14]. Tra gli organi costituzionalmente previsti vi era infatti il collegio di Edili, «eletto con discernimento fra gli uomini di gusto puro, di squisita perizia e di educazione novissima». Le funzioni degli Edili consistevano nell'allestimento di feste civiche, nella cura degli spazi pubblici e nel

[13] Secondo l'art. 109 della Costituzione di Weimar: «Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge. Uomini e donne hanno di regola gli stessi diritti e doveri civici. Sono aboliti i privilegi o le incapacità di diritto pubblico, collegati con la nascita o l'appartenenza a ceti. […]».

[14] «Basti pensare alle Costituzioni Melfitane dello *Stupor Mundi*, Federico II o al Costituto Senese del 1309, che ammoniva i governanti a curare "*massimamente la bellezza della città, per cagione di diletto e allegrezza ai forestieri, per onore, prosperità e accrescimento della città e dei cittadini*"». Così M.A. CABIDDU, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, fasc. 4, 2020, pp. 370-371.

decoro degli stessi. Per la prima volta nella storia occidentale, la musica entrava a far parte di un testo costituzionale. Al di sopra di tutte le altre virtù, la musica veniva definita come «una istituzione religiosa e sociale», il cui valore civico avrebbe dovuto permeare la formazione dei cittadini. Il riferimento ad una "cultura giuridica del bello" in realtà, era presente nell'ordinamento italiano già a partire dalla l. n. 778/1922, meglio nota come legge Croce, posta a "tutela delle bellezze naturali e panoramiche e degli immobili di particolare interesse storico". La bellezza veniva qui intesa in funzione dell'identità nazionale. La Costituzione Repubblicana invece, pur non prevedendo una fattispecie autonoma associata al diritto alla bellezza è intrinsecamente permeata di valori culturali. Una tutela diffusa che si manifesta appieno all'art.9 Cost. La protezione giuridica del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico è associata allo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica. Viene così meno la dimensione estetizzante della Carta fiumana: al concetto di bellezza si sovrappone quello di cultura. Non susciterebbe scalpore alcuno se alle radici dell'attuale disposizione costituzionale vi fosse proprio l'art. 150 della Costituzione di Weimar, che rimetteva alla cura del *Reich* «i monumenti storici, le opere d'arte, le bellezze della natura, ed il paesaggio».

5. Considerazioni conclusive

Ad un secolo dalla sua genesi, la Carta del Carnaro pone interrogativi quanto mai attuali. Il merito della costituzione dannunziana nella storia del costituzionalismo europeo resta quello di essere uscita da un certo provincialismo culturale, per proporre una visione moderna della società a cavallo tra le due guerre. Con un certo *furor bacchicus* la Carta del Carnaro traghetta costituzionalisti e storici del diritto ad una sponda del tutto nuova ed irriverente, forse per questo destinata a scomparire.

«Anche se dopo brevissimo tempo (come noi fervidamente auguriamo) l'annessione ci impedisse di attuare la Costituzione in tutte le forme, questa potrebbe sempre rimanere come un esempio a tutto il mondo dell'aspirazione di un popolo e di un gruppo di spiriti»[15], così Gabriele D'Annunzio annunciava alla stampa nell'aprile del 1920. Malgrado la sua brevissima vigenza, appare ancora come un'*eresia costituzionale* capace di andare aldilà di qualsiasi categorizzazione formale, in cui convergono spinte plurime e talvolta contraddittorie. La dimensione estetica voluta dal poeta-soldato non ha mai oscurato la capacità visionaria del testo costituzionale. Secondo interpretazioni postume a D'Annunzio andrebbe riconosciuto il merito di aver portato la *fantasia al potere*. Di ben altro

[15] Cit. G. VOLPE, *Storia Costituzionale degli italiani*: *II - Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 57.

avviso i suoi contemporanei, che accusavano la condotta edonista e licenziosa dei legionari, dediti al consumo abituale di droghe e a libertà sessuali, inconcepibili per l'opinione pubblica del tempo. Per diversi anni il giudizio sulla Carta del Carnaro ha diviso la dottrina. Un errore dovuto all'identificazione del testo costituzionale con la controversa figura di Gabriele D'Annunzio. Questo atteggiamento sospettoso ha limitato drasticamente qualsivoglia riferimento successivo in età repubblicana. Prescindendo da qualsiasi considerazione storica, sotto un profilo più strettamente giuridico, la costituzione fiumana discostandosi dallo Statuto Albertino anticipa alcune sensibilità che troveranno pieno sviluppo soltanto nelle costituzioni pluraliste del secondo dopoguerra[16]. Una straordinaria attualità[17] che dimostra come la Carta del Carnaro non fu mai figlia dello spirito del tempo. Di essa rimane soltanto un'utopia senza attuazione. In tempi assai fragili in cui non sembrano mancare nell'opinione pubblica appelli messianici all' "uomo forte al comando", è doveroso rifuggire decontestualizzate (quanto faziose) rievocazioni. Trattasi di un'esperienza che non va rivendicata, ma neppure combattuta con la furia iconoclasta che tutto travolge incurante di qualsiasi contestualizzazione. Ad ogni epoca la sua avanguardia: risiede tutta qui la forza premonitrice e prometeica di un costituzionalismo in divenire.

[16] Cfr. D. GRANARA, *La Carta del Carnaro ovvero la Costituzione repubblicana "ante litteram"*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 60, 2018, pp. 20-33.

[17] Cfr. P. BARGIACCHI, *Fiume 1920 - Modernità della Carta Costituzionale del Carnaro,* in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 7, 2001, pp. 64-69.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Adele Palma*, *Il diritto-dovere alla salute*, Tab Edizioni, Roma, 2021, pp. 1-132

Abstract: The book investigates the issue of the right to health, governed by article 32 of the Italian Constitution, exploring the different meanings developed by the academic community and the case-law. Moreover, the monograph contemplates the possible existence of a *duty to health*: could it be ethical and constitutionally legitimate oblige citizens to maintain their health, in order not to burden on the National Welfare System?

Indice disponibile all'indirizzo:
www.tabedizioni.it/web/content/book/364/preview_file/il-diritto-dovere-alla-salute-351.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2021

Suggerimento di citazione
Segnalazione di Adele Palma, *Il diritto-dovere alla salute*, Tab Edizioni, Roma, 2021, pp. 1-132, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoressa magistrale in Amministrazione e politiche pubbliche nell'Università degli studi di Genova. Indirizzo mail: adelepalma01@gmail.com.

L'opera affronta l'attuale e spinoso tema del diritto della salute, indagando le varie accezioni elaborate da dottrina e giurisprudenza: il diritto alla salute come integrità psico-fisica; come libertà "negativa" di rifiutare trattamenti sanitari; come libertà "positiva" di curarsi; infine, il rapporto tra vincoli economici e il diritto alla salute.

Assodati la crisi economica e l'invecchiamento demografico, ci si domanda se il Servizio Sanitario Nazionale possa ancora risultare sostenibile. Rivelandosi negativa la risposta, appare pacifico individuare una crisi dello Stato sociale che non riguarda soltanto aspetti economici, ma anche socio-culturali.

In merito a quest'ultima argomentazione, l'Autrice evidenzia uno squilibrio tra diritti e doveri nella società odierna, spesso a favore dei primi, confusi con meri desideri individuali, non tutelabili dal punto di vista giuridico, mentre i secondi costituiscono sovente oggetto di discredito, contestazione o inosservanza. Con ciò, non si intende sostenere che si registri un'assolutizzazione dei diritti, essendo nota l'esistenza di alcuni limiti al loro esercizio.

Tuttavia, i limiti ai diritti e i doveri rappresentano due concetti differenti: i primi sono parte del diritto, costituendone il perimetro per il suo esercizio; i secondi non sono parte del diritto, ma sono complementari ad esso, non necessariamente in una relazione negativa (si pensi al diritto-dovere di voto).

Tale osservazione è corroborata dal tenore letterale dell'art. 2 della Costituzione che, disciplinando sia i diritti inviolabili dell'uomo sia i doveri inderogabili di solidarietà, trae origine dall'intimo convincimento dei Costituenti secondo cui la condotta umana deve informarsi contemporaneamente a principi di libertà e responsabilità. Suddetta disposizione costituzionale attribuisce analogo rilievo ai diritti e ai doveri, proprio perché la pacifica convivenza tra consociati – e, di conseguenza, la tutela dei diritti fondamentali, quale il diritto alla salute, oggetto della presente opera – non sarebbe possibile senza il contestuale adempimento dei doveri di solidarietà.

La diffidenza nei confronti dei doveri appare una condotta umanamente comprensibile, poiché essi, appartenendo alla categoria delle situazioni giuridiche soggettive di svantaggio, si dimostrano sovente mal tollerati. Tuttavia, non è il loro semplice adempimento a rappresentare una minaccia per la tenuta della democrazia, quanto piuttosto la loro eventuale irragionevole prevaricazione sui diritti fondamentali.

Stante la significatività che i doveri rivestono nell'ordinamento repubblicano, nella seconda parte dell'opera l'Autrice si domanda se possa esistere un vero e proprio *dovere* alla salute, con ciò intendendosi il dovere, in capo a ogni consociato, di conservare una buona condizione individuale, nei limiti delle proprie capacità, al fine di non gravare sulle sempre più esigue risorse del Servizio Sanitario Nazionale.

La sostenibilità dello Stato sociale poggia anche sull'impegno del singolo nel mantenere un adeguato stato psico-fisico soggettivo, che contribuisce al suo

benessere e può costituire un dovere inderogabile di solidarietà, consentendo alla persona di meglio contribuire al progresso della società.

Potrebbe considerarsi etico e/o costituzionalmente legittimo limitare, per legge, la gratuità delle cure qualora la malattia insorga per uno stile di vita insalubre delle persone? Fino a quale punto lo Stato può orientare il comportamento degli individui?

Numerose risultano le criticità di natura etica e pragmatica scaturenti da una simile impostazione: come fissare il limite della gratuità delle cure? È possibile stabilire il nesso tra lo stile di vita insalubre e la patologia? Quanto influisce l'aspetto genetico?

Se, da un lato, l'esistenza di un dovere alla salute forse appare eccessivo, dall'altro sussiste indubbiamente una responsabilità individuale, poiché le scelte personali non dovrebbero gravare *in toto* sulla collettività.

Forum di QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA
ISSN 2281-2113

Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali

BEATRICE SBORO*

Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019.
Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2019/0117o-19.html.

Sommario

1. Premessa. – 2. Il diritto al silenzio tra Costituzione e Carta dei diritti. – 2.1. (segue) La "massima" tutela dei diritti. Brevi riflessioni sull'integrazione delle garanzie in materia di diritto al silenzio. – 3. Il dialogo sui diritti sociali: l'ordinanza n. 182 del 2020. – 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 31 marzo 2021

Suggerimento di citazione

B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza nell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: beatrice.sboro2@unibo.it.

© Forum di Quaderni Costituzionali | 1, 2021
ISSN 2281-2113

1. Premessa

Tanto si è detto in proposito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE n. 117 del 2019 della Corte costituzionale. Tale ordinanza ha suscitato in dottrina l'unanime speranza di una stagione di rinnovata collaborazione tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia[1], a seguito della temuta rottura dei rapporti tra i due giudici con la sentenza n. 269 del 2017, prima tappa della "saga" sulla c.d. doppia pregiudizialità[2] che ha visto la Corte costituzionale prendere posizione sul proprio ruolo di giudice dei diritti protetti ad un tempo sia dalla Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[3]. La risposta della Corte di giustizia a detta ordinanza è giunta lo scorso 2 febbraio, dimostrando una sostanziale convergenza di vedute con la Consulta rispetto al c.d. diritto al silenzio nell'ambito delle audizioni condotte dalla CONSOB volte all'accertamento di comportamenti di *insider trading*. Tale pronuncia rappresenta, assieme all'ordinanza n. 182 del 2020, un nuovo spunto di riflessione sulle conseguenze sistemiche del c.d. "dialogo" tra Corti e della reciproca integrazione tra carte dei diritti.

---

[1] Cfr. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019),* in *Consulta OnLine*, n. 2/2019; 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 *Rivista AIC*, n. 6/2019; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019.

[2] … Seguita dalle sentenze nn. 20 del 2019, 63 del 2019 e dall'ordinanza n. 117 del 2019.

[3] Sulla rivendicazione di un ruolo di rilievo in materia di diritti da parte della Consulta v., tra gli altri, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 10/2019, p. 14; A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2019, p. 164; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2017, p. 2965; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2018, p. 199.

2. Il diritto al silenzio tra Costituzione e Carta dei diritti

Procediamo con ordine. L'ordinanza n. 117 del 2019 prendeva le mosse dal dichiarato intento della Corte costituzionale "di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità (…) [che i] diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti". Essa procedeva, nel merito, a formulare due quesiti alla Corte di giustizia: l'uno di interpretazione, l'altro di validità.

Il primo quesito riguardava la corretta interpretazione da attribuire all'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, recepita dall'ordinamento italiano attraverso l'art. 187-*quinquiesdecies* del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), secondo cui "fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione"; ciò al fine di chiarire la compatibilità di detto articolo con la scelta dello Stato membro di non irrogare alcuna sanzione nei confronti del soggetto che si rifiuti di rispondere alle domande postegli dalla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, in ragione del carattere "punitivo" delle sanzioni irrogabili conseguentemente all'accertamento di un illecito compiuto dal soggetto[4]. Il secondo quesito, subordinato all'eventualità di una risposta negativa al primo, riguardava invece la compatibilità di detta disciplina "con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".

Due le ragioni sottostanti ai quesiti. La prima: la divergenza tra quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritto al silenzio, riconosciuto nell'ambito di procedimenti amministrativi che potrebbero condurre all'irrogazione di sanzioni a carattere punitivo, e la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla medesima materia, la quale "riconosce, in linea di principio, la necessità di tutelare i diritti della difesa dei soggetti che potrebbero essere incolpati di un illecito, ma al tempo stesso afferma la sussistenza di un «obbligo di attiva collaborazione» incombente su tali soggetti"[5]. La seconda: un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-

[4] Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16).

[5] 9.1. del *Diritto*.

quinquiesdecies per violazione dell'art. 24 Cost. rischierebbe di determinare un contrasto con l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014.

Quest'ultimo rilievo, peraltro, non appare affatto secondario: con un fugace cenno alla potenziale declaratoria di illegittimità costituzionale infatti, come si vede, la Corte "suona sommessamente il campanello dei controlimiti, ma neppure troppo in lontananza"[6], atteso che il c.d. diritto al silenzio costituisce "«corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall'art. 24 Cost. (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002), "appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana"[7].

Ebbene, la tanto attesa risposta della Corte di giustizia è intervenuta mediante sentenza del 2 febbraio 2021 nella causa C-481/19, la quale saggiamente accoglie – contrariamente al timore da taluni espresso in dottrina a seguito dell'ordinanza n. 117 del 2019[8] – la lettura proposta dal giudice costituzionale italiano.

Anzitutto, la Corte provvede a chiarire che, tra le garanzie insite negli artt. 47 e 48 CDFUE, figura senz'altro il diritto della persona *fisica* coinvolta in un procedimento di indagine condotto dalla CONSOB a non rispondere alle domande dell'autorità amministrativa, affermando che tale conclusione non costituisce un *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, poiché quest'ultima si riferisce *esclusivamente* ad imprese e ad associazioni d'imprese[9].

Prosegue poi la Corte dichiarando che "Se certo i termini delle due disposizioni [i.e. degli artt. 12 e 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6] non escludono, in maniera espressa, che l'obbligo imposto agli Stati membri di stabilire le sanzioni applicabili in un caso siffatto si applichi anche in caso di rifiuto, da parte di una persona sottoposta ad audizione, di fornire alla suddetta autorità risposte che siano suscettibili di far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale"[10], gli stessi non precludono agli Stati membri la scelta di *non* sanzionare il silenzio in sede di audizione.

---

[6] R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 32/2020, p. 7.

[7] 7.1. del *Diritto* dell'ordinanza n. 117 del 2019; sul tema, cfr. G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale,* cit., p. 170; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità*, cit., p. 10.

[8] G. FAES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Diritttifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 75.

[9] Punti 46-48.

[10] Punto 52.

Un lieto epilogo, com'è evidente, il quale non può che dirsi la più auspicabile prova applicativa sino ad oggi dell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 (con cui l'ordinanza n. 117 del 2019 si pone in linea di continuità[11]): la Corte costituzionale, pronunciandosi in prima battuta su richiesta della Corte di Cassazione, propone alla Corte di giustizia una lettura delle norme dell'Unione prospettandone i potenziali profili di contrasto non solo con la Costituzione nazionale, ma anche con la Carta dei diritti. La Corte di giustizia, in tal modo, ha l'occasione di replicare tenendo in debito conto la tradizione costituzionale dello Stato membro, rappresentata dalla giurisdizione maggiormente in grado di definire la tradizione di appartenenza (secondo lo schema del moto c.d. ascendente[12] delle tradizioni costituzionali comuni).

2.1 (segue) La "massima" tutela dei diritti. Brevi riflessioni sull'integrazione delle garanzie in materia di diritto al silenzio

Alla luce del rapporto dialettico instauratosi tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, si è ipotizzato in dottrina che un "dialogo" tra Corti così impostato (volto cioè all'integrazione delle garanzie) potrebbe rivelarsi foriero di una rischiosa ed indebita compressione dell'interesse pubblico a tutto favore di una "protezione *assoluta* dell'individuo", frutto del progressivo rafforzamento di una dimensione di inviolabilità dei diritti in contraddizione con la loro naturale logica di bilanciamento con altri interessi[13]. Si tratta di un'osservazione quanto meno lecita: non è possibile ignorare, del resto, i numerosissimi richiami della stessa Consulta alla massima salvaguardia dei diritti fondamentali.

A tale timore fa da cornice il rilievo secondo cui la logica dei diritti non possa tendere ad una loro tutela ad ogni costo. Il rischio insito nella teoria secondo cui occorrerebbe permeare i procedimenti aventi ad oggetto diritti fondamentali del

[11] Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, cit., p. 181; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"?* cit., p. 6; A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 48 e, nello stesso volume, B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*, p. 98.

[12] O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2015.

[13] Tale aspetto costituisce uno dei temi di riflessione proposti in apertura del recente volume di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?,* cit., pp. 12-13.

"metaprincipio della massimizzazione della tutela"[14] sarebbe, infatti, quello di sorvolare imprudentemente sulla funzione dei giudici di "applicare obiettivamente la legge, che rappresenta non la massimizzazione di un diritto, ma la sua disciplina equilibrata, ossia bilanciata con gli altri interessi e diritti potenzialmente concorrenti"[15].

Ebbene: l'estensione del diritto al silenzio anche nell'ambito di procedimenti amministrativi può dirsi l'effetto di una "massimizzazione" del diritto di difesa a scapito dell'interesse pubblico all'accertamento di un illecito amministrativo? La risposta non può che essere – per il momento – solo parziale, in attesa della pronuncia definitiva della Corte costituzionale.

Un'ipotesi può tuttavia avanzarsi. Alla luce del breve cenno operato dalla Consulta all'esclusione del "rifiuto del soggetto di presentarsi all'audizione disposta dalla CONSOB" e del "suo indebito ritardo nel presentarsi alla stessa audizione" dai comportamenti coperti dal diritto a non rispondere alle domande che gli vengano poste, parrebbe potersi ritenere che la Corte sia orientata verso un più cauto bilanciamento – rispetto alla diversa soluzione da taluni auspicata[16] - del diritto di difesa con le contrapposte esigenze di repressione dell'attività di *insider trading.*

Tale proposta viene peraltro condivisa dai giudici di Lussemburgo con la sentenza del 2 febbraio, nella quale si precisa che il diritto al silenzio non possa ritenersi onnicomprensivo: in specie, esso non può estendersi sino al punto da "giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il

---

[14] Cfr., tra gli altri, A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit., pp. 175 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti Comparati*, n. 2/2019, pp. 21 ss.; A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali),* in *Consulta OnLine*, pp. 614 ss.; D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, pp. 10 ss.; A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

[15] Così R. BIN, in R.G. CONTI (a cura di), *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?, Intervista a Roberto Bin e Antonio Ruggeri*, in *Giustizia Insieme*, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it, p. 29.

[16] L. CAMMARATA, A. RUSSO, *Diritto al silenzio nei procedimenti Consob: un equilibrio ancora precario dopo l'intervento della CGUE*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 16 febbraio 2021, in cui si ritiene contraddittoria la mancata estensione del diritto al silenzio sino a ricomprendere l'applicazione di norme conseguenziali di natura procedimentale previsti dal codice di procedura penale.

caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione (…) o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa"[17].

Non solo. Dalla complessiva trattazione contenuta nell'ordinanza n. 117 del 2019, così come dalla risposta della Corte di giustizia, parrebbe emergere, più che una logica di "massimizzazione", un'ordinata "messa a sistema" della disciplina nazionale adottata in attuazione di quella sovranazionale, che si estrinseca nella richiesta di chiarimento circa l'idoneità degli artt. 47 e 48 CDFUE a ricomprendere la tutela del diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori posti in essere dalla CONSOB.

La soluzione proposta dalla Corte costituzionale, del resto, appare coerente con due dati: *i)* l'ormai riconosciuto carattere punitivo dei procedimenti condotti dalla CONSOB finalizzati all'accertamento di illeciti anticoncorrenziali, attesa anche la potenziale emersione dall'attività istruttoria di profili di responsabilità penale ai sensi dell'art. 180 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *ii)* l'armonizzazione normativa[18] posta in essere dal diritto dell'Unione nella materia in esame, che spinge almeno tendenzialmente verso la "definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali"[19].

Tale scenario, pertanto, non può dirsi il frutto di una mera comparazione di parametri svoltasi "in maniera magmatica, per brani e frazioni la cui origine sia diventata irriconoscibile"[20]. Al contrario, esso presenta una logica di coerente considerazione del complesso apparato di norme che vengono in rilievo durante la questione di legittimità costituzionale: quelle interne, quelle sovranazionali di diritto derivato oggetto di un duplice dubbio di legittimità, le garanzie approntate dall'art. 24 Cost. e, in ragione dell'armonizzazione operata dal diritto dell'Unione, la Carta dei diritti, la quale esercita un certo grado di influenza sulla questione.

---

[17] Punto 41 della sentenza della Corte di giustizia.

[18] Cfr. A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, cit., p. 61; A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2020, p. 667. Secondo la ricostruzione operata dall'A., il grado di armonizzazione normativa costituisce, assieme al rango costituzionale della questione ed alla singolare connessione con la Carta di Nizza-Strasburgo, un criterio-guida adoperato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 269 del 2017 della gestione delle situazioni di doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali.

[19] 10. del *Diritto* dell'ordinanza n. 117 del 2019.

[20] Al contrario: osserva A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, cit., p. 50, che anzi il *modus operandi* della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 117 del 2019 "ha il merito di tenere distinte le rispettive fonti", consentendo un "maggiore controllo sull'iter argomentativo da parte degli altri referenti giurisdizionali, della dottrina e, più in generale, dall'opinione pubblica".

Certo è che il circuito dialogico così strutturato non può che definirsi appena ai suoi albori: non resta pertanto che attendere ulteriori sviluppi per confermare la lettura qui ipotizzata ovvero per constatare una sempre più pregnante tutela dei diritti in ossequio alla logica di massimizzazione a scapito, come s'è detto, degli eventuali interessi pubblici volta a volta contrapposti. Nel frattempo, l'integrazione tra carte dei diritti ha indotto parte della dottrina a reputare lecito leggere nella vicenda ora richiamata un cambio di rotta – come suggerito dal Giudice relatore dell'ordinanza n. 117 del 2019[21] - verso una visione "tendenzialmente monistica" dei rapporti tra ordinamenti nella materia dei diritti fondamentali, che abbandoni la logica duale seguita di consueto dalla Consulta al fine di porsi davvero nell'ottica di una equiparazione tra cataloghi dei diritti. Resta da chiedersi, naturalmente, se una simile prospettiva possa considerarsi del tutto auspicabile, atteso il pericolo di assecondare "il potere della Corte di giustizia nella selezione unilaterale di valori e principi meritevoli di entrare nel patrimonio costituzionale condiviso"[22].

3. Il dialogo sui diritti sociali: l'ordinanza n. 182 del 2020

Quanto esposto sembra dunque rappresentare il felice proseguimento di un cammino che pare aver faticosamente imboccato la strada giusta ai fini della definizione del concorso di rimedi giurisdizionali generato dalla "sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana"[23] che, nell'ottica della Consulta, "per definizione, esclude ogni preclusione"[24].

Sullo stesso cammino si inserisce, peraltro, l'ordinanza n. 182 del 2020, attraverso la quale la Corte costituzionale interroga la Corte di giustizia sulla possibilità di includere, tra le garanzie approntate dall'art. 34 CDFUE, gli assegni di natalità e di maternità di base (c.d. bonus bebè), al fine di verificare se sussista un contrasto tra la Carta dei diritti e la disciplina di recepimento italiana che,

[21] F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali,* in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2019, p. 492.

[22] C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità,* in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?,* cit., p. 33; sul punto, cfr. altresì D. TEGA, *Il superamento del "modello Granital". Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale,* in Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 27 gennaio 2020, p. 6, citando M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, relazione riportata sul sito della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it, disponibile anche in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 14.

[23] 5.2. del *Diritto* della sentenza n. 269 del 2017.

[24] 2.3. del *Diritto* della sentenza n. 20 del 2019.

escludendo i cittadini stranieri titolari di un permesso unico ai sensi della direttiva 2011/98/UE dalla fruizione di tali provvidenze, consentirebbe alla Consulta di procedere con una dichiarazione d'incostituzionalità delle norme oggetto di giudizio[25].

La Corte muove in questa occasione "dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione" nel settore dell'assistenza e della solidarietà sociale e del trattamento dei cittadini di Paesi terzi per spingersi oltre il sindacato di legittimità alla luce dei soli parametri interni: essa, pertanto, si discosta dalla valutazione di legittimità della disciplina sugli assegni di natalità e maternità alla stregua dei soli artt. 3 e 31 Cost.[26], preferendo piuttosto interpretare questi ultimi "anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)"[27], intendendo a tal fine servirsi dell'autorevole voce della Corte di giustizia. In definitiva: la Corte invoca, con l'ordinanza in discorso, il

[25] Si tratta dell'art. 1, comma 125, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)» e dell'art. 74 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53).

[26] Giova a tal proposito ricordare la diversa scelta operata dalla Consulta in occasione della sentenza del 9 marzo 2020, n. 44 in materia di edilizia residenziale pubblica in cui la Corte, pur in presenza di un esplicito richiamo da parte del giudice *a quo* alle garanzie approntate dal diritto secondario dell'Unione (in specie, alla direttiva 2003/109/CE) per il tramite dell'art. 117, c. 1, Cost., ha preferito valutare la questione alla luce del solo art. 3 Cost., dichiarando assorbite le censure in riferimento al diritto sovranazionale; tale episodio ha portato alcuni autori ad interrogarsi circa la riconducibilità o meno di tale pronuncia al "filone 269", stante l'assenza di espresse prese di posizione sul punto: cfr. 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*, n. 2/2020, pp. 7 ss., in cui l'a. segnala l'imprudenza di trarre nette conclusioni dal silenzio della Corte sul parametro sovranazionale ma, in definitiva, ascrive la pronuncia in parola al "filone" avviato con la sentenza n. 269 del 2017. *Contra,* cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra carte e corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 19 giugno 2020, n. 5/2020, pp. 506 ss. spec. p. 508, in cui si ritiene "forzata" una simile lettura.

[27] Si realizza così quanto auspicato da chi ha sostenuto che il "dialogo" per la Corte costituzionale può e deve avvenire attraverso due strumenti: il rinvio pregiudiziale e "la definizione del giudizio di costituzionalità con riferimento espresso al grado di tutela che la posizione soggettiva azionata nel giudizio *a quo* ha nell'ordinamento costituzionale interno anche in relazione alla corrispondente tutela accordata nell'ordinamento dell'Unione": A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, cit., p. 28.

contributo delle norme sovranazionali alla ricostruzione della portata dei diritti costituzionalmente garantiti, affermando che le tutele approntate a livello europeo "si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione"[28].

Tale ordinanza, peraltro, rappresenta la conferma che alcun ravvedimento vi sia stato quanto alla competenza della Corte a giudicare delle violazioni di norme di diritto secondario connesso con i diritti fondamentali affermata nella sentenza n. 20 del 2019. Se, infatti, taluni avevano ravvisato nella sentenza n. 63 del 2019 un ritorno sui propri passi[29] in ragione del più mite linguaggio utilizzato[30], l'ordinanza n. 182 del 2020 non lascia spazio a dubbi: la Consulta, dopo aver ravvisato una "connessione inscindibile tra i princìpi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, *arricchiti dal diritto secondario*, tra loro complementari e armonici" [corsivo aggiunto], afferma che spetta ad essa salvaguardare tali diritti "in una prospettiva di massima espansione"[31]. Viene, così, chiaramente rammentato quanto statuito con la sentenza n. 20 del 2019 sopra richiamata: il diritto derivato, in questo caso, viene presentato alla Corte di giustizia come una fonte *integrativa* del diritto fondamentale alla sicurezza e all'assistenza sociale[32], che giustifica la competenza della Consulta ad intervenire con una pronuncia *erga omnes*.

---

[28] Si sostiene l'alimentazione reciproca tra Carte in A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti Comparati*, n. 2/2019, p. 24 e, ancor prima, in A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?,* in *Consulta OnLine*, p. 60.

[29] G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 10/2019, p. 5.

[30] Così il punto 4.3. del *Diritto* della sentenza n. 63 del 2019: "a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni (…), sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti *della Carta* che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti" [corsivo aggiunto].

[31] Non si esimono del resto gli stessi giudici costituzionali dall'ammettere che "Oggi, indipendentemente dalla circostanza se il diritto europeo sia ritenuto dotato o meno di effetto diretto, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover assicurare il proprio intervento quando le questioni di legittimità costituzionale le vengano prospettate sia in riferimento a disposizioni di diritto europeo, sia contemporaneamente in relazione a principi della Costituzione italiana": M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020),* in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, p. 808.

[32] Si chiede ai giudici dell'Unione, infatti, di interpretare l'art. 34 CDFUE "alla luce del diritto secondario", poiché quest'ultimo esplicitamente persegue lo scopo di costruire un sistema comune di diritti sociali fondato sulla parità di trattamento.

Non resta che attendere la pronuncia della Corte di giustizia. Alla luce dell'articolato scenario descritto dalla Corte nell'ordinanza in parola, è forse lecito aspettarsi una pronuncia di Lussemburgo nel senso che l'art. 34 CDFUE *non* sia compatibile con una disciplina come quella italiana attualmente vigente in materia di assegni di maternità e natalità. In tal caso, la soluzione più probabile è che la Consulta – coerentemente con quanto statuito a partire dalla citata sentenza n. 269 del 2017 – annulli *erga omnes* la disciplina interna.

Nel diverso caso in cui, al contrario, la Corte di giustizia non dovesse rilevare alcuna incompatibilità tra l'art. 34 CDFUE e la normativa italiana, potrebbe aversi uno scenario aperto a più possibilità. Ove la Corte costituzionale dovesse ritenere che vi sia coerenza tra l'estensione delle garanzie della Carta e quelle costituzionali, potrebbe rigettare la questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione conformandosi a quanto statuito dalla Corte di giustizia; diversamente, ove la Corte dovesse discostarsi dalla valutazione dei giudici di Lussemburgo, potrebbe aversi un annullamento *erga omnes* della disciplina italiana per contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost.[33].

Alla luce del quadro appena descritto, l'ordinanza n. 182 del 2020 sembrerebbe maggiormente aderente alla logica di "massima espansione delle tutele"[34] di cui s'è detto, spingendo verso il superamento della scelta del legislatore nazionale di circoscrivere la platea dei beneficiari degli assegni di natalità e maternità di base. L'interazione tra parametri costituzionali e sovranazionali, ad ogni modo, appare anche nel caso in discorso coerente ed equilibrata: le disposizioni della Carta rilevanti per il caso in esame, infatti, vengono in rilievo ad integrare le garanzie costituzionali proprio per via dell'incidenza del diritto dell'Unione sulla materia della protezione della maternità e dell'infanzia. In definitiva, l'ordinanza n. 182 pare potersi considerare segno di un'ordinata "feconda integrazione"[35] – il cui esito è ancora, come accennato, da verificare – tra norme interne e sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali, in linea di continuità con il precedente sopra ricordato in tema di procedimenti amministrativi condotti dalla CONSOB.

4. Conclusioni

Non pare esservi ragione per dubitare, alla luce delle vicende ora richiamate, che lo sforzo intrapreso dalla Consulta sia teso a "tessere un rapporto non ostile, ma

[33] Tale possibilità, ad ogni modo, non sembrerebbe plausibile poiché nell'ordinanza n. 182 del 2020 non v'è alcun riferimento al ricorso ai controlimiti: cfr. N. LAZZERINI, *Dual preliminarity within the scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court,* in *European Papers*, vol. 5/2020, n. 3, p. 1472.

[34] M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020),* cit., p. 809.

[35] 3.1. del *Diritto.*

sintonico fra Corte costituzionale e CGUE" che consenta di "riempire di contenuti sempre più precisi l'inciso 'nell'attuazione del diritto dell'Unione', contenuta nell'art. 51(1)"[36]. Si tratta, peraltro, di uno sforzo che appare volto ad una progressiva sistematizzazione delle ipotesi in cui "I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana"[37], che dia luogo a soluzioni condivise sulla scorta delle tradizioni costituzionali comuni. La ricerca di tale "fusione degli orizzonti interpretativi"[38], tuttavia, non pare affatto lasciare sullo sfondo le ragioni dei riferimenti operati a parametri esterni di volta in volta utilizzati nel giudizio di costituzionalità: la stessa Corte, infatti, "opera una rigorosa ricognizione dell'àmbito di applicazione del diritto dell'Unione europea ed è costante nell'affermare che la CDFUE può essere invocata, quale parametro interposto, in un giudizio di legittimità costituzionale soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo"[39].

È dunque lecito ritenere che sia giunto un momento di quiete, a seguito del trambusto degli ultimi anni scaturito dal tentativo della Corte costituzionale di "rompere il «monopolio interpretativo» della Corte di giustizia ed affermarsi come facitore delle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri"[40]?

La risposta potrebbe non essere scontata, attesa la recente vicenda relativa all'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598 delle Sezioni Unite civili della

[36] S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 3/2021, p. 51.

[37] Così la celebre espressione comparsa al 5.2. del *Diritto* della sentenza n. 269 del 2017.

[38] A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?,* cit., p. 222.

[39] 2.2. del *Diritto* della sentenza del 26 novembre 2020, n. 254, con cui la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Napoli contestualmente ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Sull'opportunità del doppio rinvio, v. A. RUGGERI, *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità" (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga),* in *Giustizia Insieme*, 25 maggio 2020; P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di Giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 11 agosto 2020; B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 25/2020.

[40] F. MEDICO, *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. 101 ss.

Cassazione contenente un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[41] volto a verificare la compatibilità con il diritto ad un ricorso effettivo riconosciuto dall'art. 47 CDFUE di prassi giurisprudenziali, avallate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018, relative al ricorso per cassazione *ex* art. 111, c. 8 della Costituzione.

Detta ordinanza solleva questioni complesse che non è possibile in questa sede neppure richiamare. Sia tuttavia consentito ipotizzare che l'utilizzo del rinvio pregiudiziale – e dei diritti fondamentali così come tutelati dal diritto sovranazionale – al fine di sconfessare l'esplicita interpretazione attribuita dalla Consulta ad una disposizione contenuta nella Costituzione non solo rischi di avallare una logica di tutela dei diritti "ad ogni costo" di cui s'è detto (determinando quasi, nel caso richiamato, la paradossale creazione di un grado di giudizio avverso le pronunce del giudice delle leggi), ma possa produrre conflitti indiretti dalle conseguenze imprevedibili[42]. Ciò induce a riflettere attentamente: la posta in gioco è troppo alta per abbandonare logiche di collaborazione e spingersi

[41] Due i dubbi sottoposti alla Corte di giustizia maggiormente di interesse ai fini del breve cenno operato alla vicenda. In particolare, la Cassazione annuncia di dubitare della compatibilità europea: *i)* dell'orientamento, consolidato all'interno delle stesse Sezioni Unite ed avallato dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, che esclude dalle ipotesi di ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione il ricorso avverso sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative contrarie alla giurisprudenza della Corte di giustizia; *ii)* della prassi secondo cui il medesimo ricorso per cassazione non sia proponibile avverso sentenze del Consiglio di Stato pronunciate omettendo il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, pur non sussistendo le eccezioni all'obbligo di rinvio elaborate dalla sentenza *CILFIT*. Sul punto, si rimanda a A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite,* in *Foro italiano*, 12 ottobre 2020; B. CARAVITA, *Postilla* a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, 4 novembre 2020, p. 21.

[42] … tanto più se si pone mente al fatto che non v'è uniformità di vedute circa l'eventuale idoneità dell'art. 111, c. 8, Cost. a rappresentare un controlimite in grado di dar luogo ad una vicenda non dissimile dal caso *Taricco*. Sulla possibilità dell'attivazione dei controlimiti, cfr. R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"?*, cit., p. 10; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598),* in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020; *contra,* cfr. G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 34/2020, pp. 240 e 254.

su terreni tanto pericolosi, soprattutto in casi in cui sarebbe ben possibile ricorrere a mezzi alternativi per raggiungere il risultato auspicato[43].

In definitiva, la corretta parola d'ordine nell'utilizzo da parte delle giurisdizioni di vertice di uno strumento tanto prezioso quanto potente come il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non può che essere una: accortezza. Tanto si è faticato per giungere ad una definizione in chiave cooperativa dei rapporti tra corti nazionali e Corte dell'Unione; non può che guardarsi con favore, dunque, quello spirito fatto proprio dalla Corte costituzionale di "leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali nella prospettiva di una tutela sistemica e non frazionata"[44].

[43] Nel caso della questione di giurisdizione, suggeriscono delle soluzioni alternative F. FRANCARIO, '*Quel pasticciaccio*' *della questione di giurisdizione,* in *Federalismi.it. Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario, comparato*, n. 34/2020, p. 103 ss.; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"?,* cit., p. 9.

[44] 2.1. del *Diritto* della sentenza n. 254 del 2020.

Forum di Quaderni costituzionali Rassegna
Fascicolo n. 1/2021

In copertina:
Giovanni Paolo Pannini, *La lotteria in Piazza di Montecitorio*, 1743, Londra, National Gallery

© 2021 Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna | ISSN 2281-2113