



Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
 RASSEGNA

ISSN 2281-2113

Fascicolo n. 4/2022

In copertina:

Carta della Costituente

Istituto geografico Visceglia, Roma-Milano, s.d. [1946?]

Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA ISSN 2281-2113

Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna

Fascicolo n. 4/2022

Contributi di

Paolo Caretti
Enzo Cheli
Carlo Alberto Ciaralli
Francesco Contini
Giacomo Cotti
Roberto D'Andrea
Maria Vita De Giorgi
Giovanni Di Cosimo
Andrea Fiorentino
Kamilla Galicz
Silvia Gimigliano

Maria Chiara Locchi
Paolo Longo
Jacopo Menghini
Giuseppe Naglieri
Francesca Polacchini
Alessia Riccioli
Emanuele Rossi
Lio Sambucci
Eleonora Santoro
Antonio Taurelli

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

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.

Comitato scientifico:

GIULIANO AMATO (Pres. em. Corte cost., Univ. “La Sapienza”), ENZO BALBONI (Univ. catt. Sacro Cuore), AUGUSTO BARBERA (Giudice Corte cost., Alma mater studiorum), SERGIO BARTOLE (Univ. Trieste), ROBERTO BIN (Univ. Ferrara), ENZO CHELI (Vicepres. em. Corte cost., Univ. Firenze), FULCO LANCHESTER (Univ. “La Sapienza”), ANDREA MANZELLA (LUISS “Guido Carli”), ANTONIO RUGGERI (Univ. Messina), GUSTAVO ZAGREBELSKY (Pres. em. Corte cost., Univ. Torino).

Comitato dei valutatori:

MARTA CARTABIA (Pres. em. Corte cost., Univ. comm. “Luigi Bocconi”), CARLO FUSARO (Univ. Firenze), TOMMASO F. GIUPPONI (Alma mater studiorum), ENRICO GROSSO (Univ. Torino), NICOLA LUPO (LUISS “Guido Carli”), MICHELA MANETTI (Univ. Siena – Univ. “Roma Tre”), ANDREA MORRONE (Alma mater studiorum), ANDREA PUGIOTTO (Univ. Ferrara), ROBERTO ROMBOLI (Univ. Pisa), CARMELA SALAZAR (Univ. “Mediterranea”), DILETTA TEGA (Alma mater studiorum), NICOLÒ ZANON (Vicepres. Corte cost., Univ. Milano).

Redazione:

EMANUELE ROSSI (coordinatore; SSSUP “Sant’Anna”), PAOLO ADDIS (SSSUP “Sant’Anna”), PAOLO BIANCHI (Univ. Camerino), FRANCESCA BIONDI DAL MONTE (SSSUP “Sant’Anna”), CORRADO CARUSO (Alma mater studiorum), VINCENZO CASAMASSIMA (Univ. Sannio), FRANCESCO CONTE (Avv. Foro di Bologna), GIACOMO DELLEDONNE (SSSUP “Sant’Anna”), CLAUDIA DI ANDREA (Cons. Camera dei deputati), LUCA GORI (SSSUP “Sant’Anna”), GIORGIO GRASSO (Univ. Insubria), ELISABETTA LAMARQUE (Univ. “Bicocca”), ERIK LONGO (Univ. Firenze), MICHELE MASSA (Univ. catt. Sacro Cuore), FABIO PACINI (Univ. Tuscia), STEFANIA PARISI (Univ. “Federico II”), ELETTRA STRADELLA (Univ. Pisa), ELENA VIVALDI (SSSUP “Sant’Anna”).

Sono collaboratori della Redazione:

Lorenzo De Carlo (SSSUP “Sant’Anna”), Matteo Greco (SSSUP “Sant’Anna”), Giacomo Mingardo (Univ. “Bicocca”), Giulio Santini (SSSUP “Sant’Anna”), Federico Spagnoli (Univ. Pisa), Francesco Severgnini (Univ. catt. Sacro Cuore)

INDICE SOMMARIO

PAOLO CARETTI, La scomparsa di Maurizio Fioravanti	p. IX
EMANUELE ROSSI, Ricordo di Michele Pandolfelli	p. XI
ENZO CHELI, Verso una nuova stagione di riforme costituzionali: alla ricerca di un percorso ragionevole	p. 1
ANDREA FIORENTINO, Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di <i>New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen</i>	p. 12
SILVIA GIMIGLIANO, In attesa del diritto all'oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura	p. 28
GIACOMO COTTI, <i>Vega v. Tekoh</i> : secondo la Corte Suprema i Miranda warnings non sono diritto costituzionale	p. 38
PAOLO LONGO, La decretazione d'urgenza e i riflessi del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica all'epoca del Covid-19	p. 57
ROBERTO D'ANDREA, Recensione di impronta penalistica a G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, <i>Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica</i> , Mondadori, Milano, 2022, pp. 1-192	p. 82
JACOPO MENGHINI, Libertà di satira, una sfida per i <i>social media</i>	p. 92
MARIA CHIARA LOCCHI, Recensione a P. Pannia, <i>La diversità rivendicata: giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato</i> , CEDAM, Padova, 2021, pp. 1-476	p. 104

- CARLO ALBERTO CIARALLI, Il fenomeno populista analizzato alla luce delle categorie del costituzionalismo contemporaneo. Notazioni sparse a commento di G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 1-280 p. 111
- GIOVANNI DI COSIMO (a cura di), *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova, 2022, pp. 1-324 p. 124
- ANTONIO TAURELLI, Recensione a T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192 p. 128
- MARIA VITA DE GIORGI, Recensione a L. Gori, *Terzo Settore e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1-416 p. 134
- LIO SAMBUCCI, Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile p. 139
- FRANCESCO CONTINI, Quale semipresidenzialismo per l'Italia? Profili critici e invito al dibattito p. 198
- KAMILLA GALICZ, Recensione a G. Famiglietti, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1-289 p. 211
- ELEONORA SANTORO, L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022 p. 222
- FRANCESCA POLACCHINI, I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico p. 234
- ALESSIA RICCIOLI, Il problema dei finanziamenti pubblici nelle scuole statunitensi: una riflessione sulle *Religion Clauses* (a partire da *Carson v. Makin*) p. 264
- GIUSEPPE NAGLIERI, Il *Bundesverfassungsgericht* tra paradossi e ragioni di Stato. Le strade dell'integrazione europea alla luce della *Eigenmittelbeschluss-Urteil* p. 301

INDICE TEMATICO

Editoriali: CARETTI (p. IX), ROSSI (p. XI)

Obiettivo Principi, diritti e doveri: GIMIGLIANO (p. 28), LONGO (p. 57), SANTORO (p. 222)

Lavori presentati nell'ambito di ICON-S 2022: "Il futuro dello Stato": MENGHINI (p. 92)

Obiettivo Istituzioni: POLACCHINI (p. 234)

Invito alla riflessione sul presidenzialismo: CHELI (p. 1), CONTINI (p. 198)

Obiettivo Corti costituzionali e giurisdizioni: SAMBUCCI (p. 139)

Sezione speciale "6-3: faglie ideologiche e nuove linee di tendenza della Corte suprema statunitense": FIORENTINO (p. 12), COTTI (p. 38), RICCIOLI (p. 264)

Obiettivo Europa: NAGLIERI (p. 301)

Recensioni e autorecensioni: D'ANDREA (p. 82), LOCCHI (p. 104), CIARALLI (p. 111), DI COSIMO (p. 124), TAURELLI (p. 128), DE GIORGI (p. 134), GALICZ (p. 211)

INDICE DEGLI AUTORI

Paolo Caretti, p. IX
Enzo Cheli, p. 1
Carlo Alberto Ciaralli, p. 111
Francesco Contini, p. 198
Giacomo Cotti, p. 38
Roberto D'Andrea, p. 82
Maria Vita De Giorgi, p. 134
Giovanni Di Cosimo, p. 124
Andrea Fiorentino, p. 12
Kamilla Galicz, p. 211
Silvia Gimigliano, p. 28
Maria Chiara Locchi, p. 104
Paolo Longo, p. 57
Jacopo Menghini, p. 92
Giuseppe Naglieri, p. 301
Francesca Polacchini, p. 234
Alessia Riccioli, p. 264
Emanuele Rossi, p. XI
Lio Sambucci, p. 139
Eleonora Santoro, p. 222
Antonio Taurelli, p. 128

La scomparsa di Maurizio Fioravanti

PAOLO CARETTI*

A poche settimane dalla morte del suo Maestro, Paolo Grossi, il 19 agosto scorso (aveva appena compiuto 70 anni) è scomparso il carissimo amico e collega Maurizio Fioravanti, membro autorevole di quella scuola fiorentina di storia del diritto medioevale e moderno che, sotto la guida di Grossi, ha ormai raggiunto una notorietà di livello internazionale.

Fioravanti era nato a Prato l'11 agosto del 1952 e dopo la laurea in Giurisprudenza e un periodo di perfezionamento presso il Max-Planck-Institut per la storia del diritto europeo aveva presto vinto la cattedra e insegnato prima nelle Università di Modena e Macerata per poi approdare a Firenze. Università quest'ultima che gli aveva conferito il titolo di professore emerito. Sempre a Firenze era stato preside dell'allora Facoltà di Giurisprudenza dal 1993 al 1996, mentre a Prato aveva contribuito a promuovere e poi aveva a lungo presieduto il consorzio PIN, che gestisce le attività didattiche pratesi dell'Università di Firenze. È stato membro della redazione dei "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", del consiglio scientifico di importanti riviste quali "Diritto pubblico" e "Filosofia politica", nonché della Società tedesca per gli studi costituzionali. All'intensa attività di ricerca Fioravanti ha dunque sempre accompagnato un forte impegno nell'organizzazione e nella gestione degli apparati amministrativi dell'Accademia nella convinzione che le due attività fossero strettamente legate e facessero entrambe parte dei compiti di un professore universitario.

Fioravanti è stato certamente uno storico di vaglia ma, secondo del resto l'impostazione propria del suo Maestro, uno storico che guardava al presente, che partiva dalle sue conoscenze storiche per volgere poi lo sguardo alle vicende istituzionali a noi più vicine. Oggetto del suo contributo scientifico è stata soprattutto la storia del diritto pubblico e, più in particolare, del diritto costituzionale cui ha dedicato una serie di importanti saggi. Tra questi, mi limito a ricordare "La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento" (Giuffrè, Milano, 2001), "Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali" (Giappichelli, Torino, 2014), "La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo" (Giuffrè, Milano, 2019) e "Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale" (Laterza, Bari, 2020). Non è questa la sede per entrare

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

nel merito di un contributo così ampio e sempre di alto livello. Vorrei invece richiamarne le principali linee di sviluppo, anche se solo per brevi accenni. Mi pare che si possa dire che la ricerca di Fioravanti muova innanzitutto dall'approfondimento delle caratteristiche proprie delle due grandi esperienze costituzionali della fine del XVIII, quella americana e quella francese, e dei loro riflessi su quella forma di Stato liberale (di diritto) che prende forma in Europa e ne segna le vicende per tutto il XIX secolo. Questo consente a Fioravanti non solo di mettere in evidenza le rilevanti acquisizioni e i limiti di questa esperienza, ma anche di marcarne le profonde differenze con lo Stato costituzionale. Di quest'ultimo, nato con le Costituzioni del secondo dopoguerra, viene sottolineata la novità dei fondamenti rispetto al passato legate soprattutto all'introduzione di un principio di "legalità costituzionale" (accanto a quello di "legalità legale") e alle conseguenze che ciò ha comportato sull'attuale assetto istituzionale: dal significato della Costituzione, alla tutela dei diritti fondamentali al ruolo del legislatore e del giudice, entrambi chiamati a darvi attuazione.

Credo che siano sufficienti questi pochi cenni sulla riflessione di Fioravanti per confermare la ricchezza di spunti che essa offre non solo agli storici del diritto ma anche ai giuristi di diritto positivo. Per gli uni e per gli altri la sua scomparsa lascia un vuoto difficilmente colmabile.

Ricordo di Michele Pandolfelli

EMANUELE ROSSI*

Negli ultimi giorni dell'anno ci ha lasciato Michele Pandolfelli, uomo delle istituzioni, volontario appassionato, grande persona.

Nelle istituzioni ha percorso una carriera intensa e brillante. Laureato in Scienze politiche all'Università La Sapienza di Roma, si è poi iscritto a Economia e commercio, laureandosi, sempre con lode, nel 1985. Dopo un'esperienza professionale alla Banca d'Italia e alla Camera di commercio di Roma, nel 1982 entra come consigliere al Senato della Repubblica, dove ha svolto numerosi e qualificati incarichi. Tra questi possiamo ricordare, anche per la passione con cui li ha vissuti, il ruolo di Capo Ufficio per la redazione dei testi normativi, quello di Direttore del Servizio Informatica e del Servizio del Personale, nonché di componente del gruppo di lavoro che ha curato la predisposizione ed attivazione del sito Normattiva.

Nel 1995 iniziò a collaborare con uffici ministeriali, dapprima alla Pubblica Istruzione e poi al Ministero dell'Università, per essere poi nominato capo ufficio legislativo del Ministero della Salute (con ministro Renato Balduzzi) e successivamente del Dipartimento degli Affari regionali della Presidenza del Consiglio. Svolse anche funzioni di consigliere giuridico presso il Ministero delle Infrastrutture e trasporti.

Parallelamente a tale attività, coltivò con particolare competenza e passione un interesse di ricerca e formativo, specie sui temi dalla qualità della legislazione. Tenne corsi e lezioni sia alla Luiss che alla Scuola Sant'Anna di Pisa, e in questa rivista pubblicò alcuni suoi lavori di particolare interesse ed utilità.

Insieme ad Antonio Malaschini, già Segretario generale del Senato, scrisse il contributo *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, pubblicato sul fascicolo n. 4/2020, cercando di indicare soluzioni per il superamento della situazione posta dall'evoluzione della pandemia da Covid-19; sullo stesso numero uscì un suo altro lavoro, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, cui ci si confrontava con i problemi posti dalla confusa successione della legislazione di emergenza derivante dalla medesima pandemia.

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

L'anno successivo dedicò la sua attenzione, sempre insieme a Antonio Malaschini, all'efficienza del procedimento legislativo, avanzando alcune proposte di taglio operativo finalizzate ad un suo miglioramento: *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, pubblicato sul fascicolo n. 3/2021 del *Forum*.

Pochi mesi fa è uscito con una importante riflessione sulla riorganizzazione delle assemblee legislative a seguito della riforma costituzionale sul numero dei parlamentari (*Quale futuro per il "sistema delle Commissioni permanenti" (e per il Parlamento) dopo la riduzione del numero dei parlamentari?*), uscito sul fascicolo n. 1/2022.

Tratto comune di questi lavori è non soltanto la puntualità dell'analisi, derivante da una profonda conoscenza della macchina parlamentare, ma anche la concretezza delle soluzioni proposte, che - con piena consapevolezza delle esigenze della politica - mirano ad offrire soluzioni praticabili e di sicuro impatto positivo sul funzionamento delle istituzioni.

A questa intensa attività professionale, Michele Pandolfelli ha accompagnato una rara attenzione e sensibilità per il mondo del volontariato e dell'associazionismo. Nell'Agesci (l'associazione degli scouts cattolici) ha vissuto prima l'esperienza dell'educatore, per poi impegnarsi quale responsabile nazionale del settore Stampa ed essere successivamente incaricato del Centro di documentazione; del Masci (associazione adulti scouts) è stato membro attivo fino agli ultimi istanti di vita, oltre che responsabile della comunicazione del movimento. È in questo contesto che chi scrive lo ha conosciuto, per condividere con lui lunghi tratti di strada, fin dai tempi in cui mi coinvolse per la redazione di una proposta di legge sull'associazionismo, quando le prime leggi sul terzo settore era ancora al di là dall'essere concepite.

Di lui, oltre la grande tristezza per la perdita, rimane la sapienza del cuore e il grande, immenso, senso di equilibrio, unito ad un'umiltà che non sempre alberga nelle stanze da lui frequentate.

L'amico e collega Renato Balduzzi ha ricordato come Michele fosse persona "in grado di incarnare in sé medesimo quella "disciplina e onore", che l'articolo 54 della Costituzione italiana impone a tutti coloro cui sono affidate funzioni pubbliche". Mi sia consentito aggiungere, a tale riferimento, un altro che è contenuto in quella "legge scout" nel cui spirito Michele ha vissuto: gli scout "pongono il loro onore nel meritare fiducia". Michele ha saputo meritare fiducia sempre, in ogni ambito di vita che ha frequentato. Anche per questo oggi ci manca immensamente.

Verso una nuova stagione di riforme costituzionali: alla ricerca di un percorso ragionevole

ENZO CHELI*

Sommario: 1. I progetti di riforma costituzionale emersi di recente nelle diverse aree politiche del paese. – 2. Prima valutazione dei progetti che emergono dall’area della destra. – 3. Prima valutazione dei progetti che emergono dall’area della sinistra. – 4. Un cenno alla storia del riformismo costituzionale ed al fallimento delle “grandi riforme”. – 5. Ragioni che tendono a giustificare il rilancio di una “grande riforma”. Disfunzioni costituzionali e disfunzioni della politica. – 6. Punti di forza dell’attuale impianto costituzionale alla luce della sua storia. Ricerca della linea di confine tra ciò che ha funzionato e ciò che non ha funzionato in questo impianto. – 7. Riforme della forma di governo e riforme della politica. – 8. L’intreccio europeo prima condizione per valutare la ricerca di un percorso riformatore ragionevole.

Data della pubblicazione sul sito: 9 novembre 2022

Suggerimento di citazione

E. CHELI, *Verso una nuova stagione di riforme costituzionali: alla ricerca di un percorso ragionevole*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Vicepresidente emerito della Corte costituzionale; Professore ordinario a riposo di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Firenze. Indirizzo mail: e.cheli@virgilio.it.

1. I progetti di riforma costituzionale emersi di recente nelle diverse aree politiche del paese

Dopo un lungo silenzio con l'avvio della XIX legislatura il tema delle riforme costituzionali è ritornato di attualità nei programmi delle forze politiche.

Ma perché fare oggi le riforme? E quali riforme fare e come farle?

Partiamo da una rapida ricognizione delle proposte da ultimo emerse nelle diverse aree del mondo politico.

Nei programmi della destra, uscita vincente dalle elezioni, si tende a parlare della legislatura appena avviata come di una “legislatura costituente” cui va affidato il compito di intervenire su tre pilastri dell'attuale impianto costituzionale. In primo luogo, sul rapporto tra sovranità statale e Unione europea con il riconoscimento formale inserito in costituzione della preminenza del diritto costituzionale nazionale sul diritto europeo. In secondo luogo sulla forma di governo, con l'abbandono del governo parlamentare e l'introduzione di una forma di presidenzialismo ancora da precisare, ma fondata sulla elezione diretta del Capo dello Stato. In terzo luogo sulla diffusione di forme di regionalismo differenziato in grado di sviluppare e completare la riforma del Titolo V varata nel 2001, ma rimasta sinora incompiuta.

Queste riforme, nella visione espressa da destra, andrebbero realizzate con il concorso di tutte le forze parlamentari o attraverso una Assemblea Costituente eletta con criterio proporzionale o attraverso l'istituzione di una nuova Commissione bicamerale¹.

¹ Per un richiamo generale ai perni di questo disegno v. da ultimo l'intervista rilasciata a “*La Repubblica*” il 28 settembre 2022 dall'on.le Francesco Lollobrigida, capogruppo dei Fratelli d'Italia alla Camera nella scorsa legislatura.

Per il progetto diretto a trasformare la nostra forma di governo in senso presidenziale v. la proposta di legge costituzionale presentata alle Camere da Fratelli d'Italia nella scorsa legislatura (Atto Camera n. 716 in data 11 giugno 2018, di iniziativa dell'on.le Meloni e altri, con il titolo “Modifiche alla parte II della Costituzione concernente l'elezione diretta del Presidente della Repubblica”, e Atto Senato n. 1489 in data 16 settembre 2019, di iniziativa del sen. Ciriani e altri, con il titolo “Modifiche agli artt. 83, 84, 85 e 86 della Costituzione in materia di elezione del Presidente della Repubblica”).

Per il progetto di una nuova Costituente v. la proposta di legge costituzionale presentata alla Camera da Fratelli d'Italia in data 28 marzo 2022 (Atto Camera n. 3541 di iniziativa dell'on.le Meloni, Lollobrigida ed altri con il titolo “Istituzione di una Assemblea per la riforma della parte II della Costituzione”). Nella relazione premessa a tale proposta si sottolinea, tra l'altro, l'esigenza di “una profonda revisione del sistema, volta alla riedificazione, e non alla mera formalistica ristrutturazione, dell'architettura costituzionale della Repubblica”.

Se passiamo ai programmi espressi dalle forze di sinistra vediamo che in tali programmi si parla in prevalenza della possibilità di un rafforzamento dell'attuale governo parlamentare sia attraverso interventi sull'impianto bicamerale sia attraverso il consolidamento della posizione del Governo mediante l'introduzione della sfiducia costruttiva e l'estensione dei poteri conferiti al Presidente del Consiglio secondo un modello che, nella sostanza, viene ad ispirarsi al cancellariato tedesco. Nei programmi della sinistra si fa anche spesso riferimento alla necessità di potenziare gli strumenti della partecipazione popolare nonché l'impiego e l'efficacia degli istituti di democrazia diretta. Tutti interventi da realizzare attraverso specifiche leggi di revisione costituzionale utilizzando l'impiego della procedura ordinaria tracciata nell'art. 138 della costituzione².

Questo in estrema sintesi lo stato delle proposte che in tema di riforme costituzionali da destra e sinistra vengono oggi poste sul tappeto della legislatura appena iniziata. Proposte la cui congruità ed adeguatezza al quadro italiano vanno peraltro valutate, oltre che sul piano strettamente politico, anche alla luce dei parametri propri della scienza costituzionale.

2. Prima valutazione dei progetti che emergono dall'area della destra

Partiamo da una prima valutazione dei progetti che vengono avanzati da destra e che, al momento, appaiono godere delle maggiori probabilità di successo.

C'è un punto preliminare da tenere presente in ordine a tali progetti che è, a mio avviso, questo. Ancorché si parli di revisione costituzionale ove tali progetti si

² Il progetto riformatore promosso dalla sinistra si coglie da ultimo nel disegno di legge costituzionale presentato al Senato il 13 ottobre 2022 dal sen. Parrini (Atto Senato n. 149 con il titolo "Modifiche alla parte seconda 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). Questo disegno di legge ricalca puntualmente il testo dei disegni di legge costituzionale presentati dal PD nella scorsa legislatura alla Camera in data 1 ottobre 2020 (Atto Camera n. 2697 di iniziativa dell'on.le Delrio ed altri) ed al Senato in data 2 ottobre 2020 (Atto Senato n. 1960 di iniziativa del sen. Marcucci ed altri). Nella relazione premessa a questo disegno si rileva come il progetto si ispiri "ad un modello di parlamentarismo razionalizzato che ha come scopo quello di rafforzare, coerentemente con i principi iscritti nella costituzione del 1948, i meccanismi di funzionamento del rapporto di fiducia tra l'Esecutivo e le Camere, garantendo una più sicura stabilità al Governo e restituendo al Parlamento il suo ruolo centrale nella definizione dell'indirizzo politico nazionale".

In sede scientifica, per una riforma in linea con i progetti della sinistra, ma più strettamente ispirata al modello di cancellariato tedesco fondato sull'elezione parlamentare del Capo del Governo, v., da ultimo, A. MANZELLA, *Per un presidenzialismo "di governo"*, in *Corriere della Sera*, 20 ottobre 2022.

dovessero realizzare nel loro impianto complessivo il risultato finale non sarebbe tanto quello di una revisione di alcune parti del nostro modello costituzionale quanto di un abbandono e di un rovesciamento delle maggiori linee ispiratrici che hanno orientato le origini e gli sviluppi di tale modello.

In primo luogo è indubbio che il riconoscimento della preminenza formale del diritto costituzionale interno sul diritto europeo verrebbe a ribaltare la linea interpretativa che in Italia si è affermata, dopo il varo dei Trattati e alla luce degli artt. 11 e 117 cost., attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale grazie anche al colloquio costruttivo che la stessa ha avuto nel corso del tempo con la Corte di giustizia dell'Unione europea. Linea che, come sappiamo, ha condotto ad affermare la vigenza diretta e la supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale salvo il rispetto dei "controlimiti" rappresentati dai principi supremi e dai diritti inviolabili fissati nella costituzione statale. Controlimiti che la Corte costituzionale ha, d'altro canto, utilizzato con estrema cautela richiamandoli soltanto in casi estremi relativi al principio di legalità posto a base del nostro diritto penale.

In secondo luogo, per quanto concerne l'aspetto dell'introduzione di una forma di presidenzialismo legata all'elezione diretta del Capo dello Stato, la riforma, per come risulta al momento configurata nei progetti della destra, è tale da intaccare una delle basi dell'originario impianto tracciato dalla costituzione del 1948 attraverso la definizione della posizione e dei poteri conferiti al Presidente della Repubblica: impianto che trova la sua base nella linea ispiratrice della nostra forma di governo come governo parlamentare corretto dalla presenza di efficaci contropoteri di controllo sulla maggioranza.

Su questo terreno è noto come la carta del 1948 abbia inteso contrapporre alla funzione di indirizzo politico affidata, ai sensi dell'art. 1 cost. "nelle forme e nei limiti della costituzione", alla maggioranza parlamentare ed al Governo espressione di tale maggioranza una funzione di controllo, di equivalente peso costituzionale, destinata a garantire la rigidità del disegno costituzionale, funzione sinergicamente affidata sia al Capo dello Stato che alla Corte costituzionale. Nel progetto presidenzialista formulato dalla destra il ruolo di garanzia affidato al Capo dello Stato quale rappresentante dell'unità nazionale viene annullato per essere sostituito da un ruolo di guida del Governo, cioè dalla funzione di parte affidata alla maggioranza. Le basi stesse del nostro impianto democratico, così come tracciate nell'art. 1 della costituzione, vengono pertanto intaccate dalla trasformazione dell'attuale organo supremo di garanzia delle "forme" e dei "limiti" della costituzione in un organo di governo cui si affida il compito di guidare la maggioranza insieme con un Presidente del Consiglio in posizione subordinata. In questo caso la rottura dell'originario impianto costituzionale è così forte e pervasiva da non escludere anche una valutazione della sua compatibilità con quella "forma repubblicana" che l'art. 139 cost. intende garantire come immutabile.

Sempre su questo piano non minori sono, d'altro canto, le perplessità che i progetti della destra vengono a suscitare in tema di procedure e forme da adottare per il varo delle riforme quando tali progetti mettono in campo, nonostante l'esperienza negativa del passato, lo strumento di una Commissione bicamerale o, in termini ancora più incisivi, l'elezione di una Assemblea costituente che dovrebbe operare in parallelo con le due Camere. Ambedue tali strumenti, ove si voglia agli stessi affidare un ruolo che vada oltre la semplice proposta, presentano il difetto di aggirare e scavalcare la procedura fissata con molto rigore dall'art. 138 della stessa costituzione. Procedura che impone l'adozione per ciascun istituto da riformare o norma da modificare distinte pronunce legislative del Parlamento sottoposte ad un procedimento differenziato che include la possibilità di una sanzione referendaria.

3. Prima valutazione dei progetti che emergono dall'area della sinistra

Rispetto ai parametri costituzionali non presentano aspetti problematici le linee delle riforme prospettate dalla sinistra (e in particolare dal Partito Democratico) che vengono a ispirarsi ad un disegno più sfumato e cauto. Il criterio che tende a unificare tale disegno appare in sostanza orientato verso la conservazione della forma del nostro governo parlamentare, peraltro da migliorare nella sua funzionalità lasciando intatti i principi di base tracciati dalla carta del 1948. Impostazione questa che investe sia la sfera parlamentare che la sfera governativa.

Sul piano parlamentare l'obiettivo primario che questo disegno propone è in primo luogo quello di un impiego più efficiente e razionale del modello di bicameralismo di cui disponiamo: e questo al fine di aprire la strada ad un bicameralismo differenziato nelle funzioni cioè "imperfetto". Questo percorso risulta già avviato a seguito della riduzione nel numero dei parlamentari operata con la riforma costituzionale del 2020, riduzione che oggi viene a rendere più semplice tanto il coordinamento funzionale tra le due Camere quanto la possibilità di un maggiore utilizzo del Parlamento in seduta comune. Questo utilizzo, attualmente previsto per casi molto limitati, verrebbe infatti esteso, con evidente vantaggio sull'operatività parlamentare, al voto di fiducia e di sfiducia ed alla sessione di bilancio. Su questa linea un ulteriore miglioramento nella funzionalità dell'attuale impianto bicamerale potrebbe conseguirsi anche attraverso un più stretto coordinamento nel lavoro delle due Camere da attuarsi attraverso riforme dei regolamenti parlamentari ovvero attraverso l'utilizzo di uffici e strutture serventi comuni. Linea che tenderebbe a conferire la natura di organo costituzionale al Parlamento nel suo complesso anziché a ciascuna Camera.

Per quanto concerne la sfera governativa il disegno della sinistra prende le mosse dall'esigenza, sinora inattuata, espressa dalla Costituente nell'ordine del giorno Perassi del settembre 1946 dove si affermava la necessità, per le particolari condizioni del sistema politico italiano, di introdurre una forma di governo

parlamentare corretta in quanto “da disciplinarsi con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell’azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo”. Prospettiva, peraltro, mai realizzata, dal momento che la costituzione si è limitata a introdurre nel quinto comma dell’art. 94 solo alcuni meccanismi limitativi del voto di sfiducia, mentre una realizzazione più compiuta potrebbe ora attuarsi attraverso una riforma diretta a introdurre la “sfiducia costruttiva” e a conferire al Presidente del Consiglio una posizione di “primus” effettivo in base alla concessione allo stesso di una fiducia separata e di un potere non solo di nomina, ma anche di revoca dei singoli componenti l’esecutivo.

Linea in sostanza ispirata al modello del cancellierato tedesco, ma che conserva intatti gli attuali poteri del Presidente della Repubblica.

Queste modifiche, sempre nella visione della sinistra, andrebbero introdotte con distinte e puntuali leggi di revisione costituzionale da approvare ai sensi dell’art. 138 cost., con una procedura che non si presti ad alcuna obiezione di natura costituzionale.

4. Un cenno alla storia del riformismo costituzionale ed al fallimento delle “grandi riforme”

In che misura tali riforme, alla luce dei parametri propri della scienza costituzionale, possono risultare praticabili ed utili?

Per dare una risposta a questa domanda, occorre innanzitutto operare un richiamo a come il tema delle riforme costituzionali si è sviluppato nell’arco della nostra storia repubblicana.

Dalla sua nascita la costituzione italiana è stata modificata, attraverso leggi costituzionali e di revisione costituzionale, trentasette volte, ma nessuna di tali modifiche, riferite tutte a norme e istituti particolari, ha intaccato le originarie linee ispiratrici del disegno costituzionale. Soltanto in un caso (con la riforma del titolo V varata nel 2001) l’intervento ha investito lo spazio ampio della forma di Stato, nel tentativo, peraltro rimasto incompiuto, di trasformare l’originario modello di Stato regionale in una forma di Stato prefederale.

A partire all’inizio degli anni ottanta del secolo scorso, sotto la spinta di una visione politica più radicale del riformismo costituzionale, sono stati avviati percorsi parlamentari diretti a varare ipotesi di “grandi riforme” in grado di incidere sull’intero impianto costituzionale e, in particolare, sulla forma di governo tracciata nella Parte II del testo costituzionale. Abbiamo così assistito alla nascita di tre Commissioni bicamerali (la Bozzi nel 1985; la De Mita-Jotti nel 1992; la D’Alema nel 1997), investite del compito di tracciare modifiche di largo respiro, ma che non sono giunte in porto, al pari delle due “grandi riforme” varate in via definitiva dal Parlamento nel 2005, su iniziativa di un governo di centro-destra, e

nel 2015, su iniziativa di un governo di centrosinistra, ma bocciate dal corpo elettorale nei successivi referendum costituzionali.

La storia delle “grandi riforme” costituzionali è, dunque, nel nostro paese una storia di ripetuti fallimenti. Questo è il dato di partenza che va considerato quando, dopo oltre quarant’anni di tentativi falliti o mal riusciti, si pone nuovamente il problema di quale sia il percorso da seguire oggi per impostare e realizzare una riforma costituzionale che oltre ad essere di vasto respiro, possa risultare anche ben commisurata all’attuale realtà politica del nostro paese.

5. Ragioni che tendono a giustificare il rilancio di una “grande riforma”. Disfunzioni costituzionali e disfunzioni della politica

Per individuare questo percorso due sono le considerazioni su cui la dottrina costituzionale induce a fermare l’attenzione.

La prima considerazione riguarda lo stato di salute in cui attualmente versa l’oggetto che si intende sottoporre a riforma. La seconda l’efficacia degli strumenti che si intendono utilizzare per dare sostanza ad una riforma di vasto respiro.

Oggi, come in passato, l’esigenza di una riforma di questo tipo viene innanzitutto riferita alla instabilità e alla scarsa efficienza operativa dei governi e, più in generale, del potere esecutivo. Questo rilievo critico è sicuramente valido per quanto concerne il profilo dell’instabilità se si pensa ai sessantaquattro governi che il nostro paese ha visto succedersi nell’arco della sua storia repubblicana (con una durata media di ciascun Governo che non raggiunge il biennio), ma risulta meno convincente ove si pensi al profilo del potere di fatto che il Governo, nell’arco della storia repubblicana, ha potuto progressivamente conquistare erodendo – specialmente nel campo della normazione – lo spazio decisionale riservato alla sfera del Parlamento. Basti solo riflettere per quanto concerne l’esperienza più recente alle vicende legate alle varie emergenze che il nostro paese ha dovuto affrontare e che hanno dimostrato come il Governo, nel funzionamento complessivo della macchina costituzionale, sia stato in grado di disporre di poteri molto estesi, tali da incidere non solo efficacemente ma anche tempestivamente, nel flusso delle dinamiche economiche e sociali del paese. Quello che, invece, ha sempre mal funzionato nel nostro modello di governo parlamentare è stato il sistema degli snodi sottesi all’indirizzo politico considerato nel suo complesso e legato al rapporto, mediato dai partiti politici, tra corpo sociale, Parlamento e Governo.

Una disfunzione che, peraltro, a ben guardare non va imputata tanto ad un modello costituzionale che ha sempre manifestato una elevata capacità di risposta e adattamento al variare delle diverse congiunture politiche quanto alle strozzature di un sistema politico guidato da partiti incapaci di tenere in vita un rapporto aperto e dinamico con il tessuto sociale.

**6. Punti di forza dell'attuale impianto costituzionale alla luce della sua storia.
Ricerca della linea di confine tra ciò che ha funzionato e ciò che non ha
funzionato in questo impianto**

Di contro a questo aspetto sicuramente disfunzionale del nostro sistema politico vediamo ora quali sono stati, invece, i punti di forza del nostro impianto costituzionale così come fissato nella carta del 1948.

Il primo (e anche più rilevante) punto di forza di questa costituzione va individuato, a mio avviso, nell'elevato radicamento sociale che essa ha raggiunto nel corso del tempo. Nata attraverso un compromesso raggiunto in condizioni avverse per la forte disomogeneità del tessuto politico che si trovava a dover regolare, essa si è tradotta nella realtà attraverso un processo attuativo molto lento, ma alla fine si è stabilizzata fino a raggiungere, tra le costituzioni europee del secondo dopoguerra, il livello più elevato di anzianità. Anzianità che, per la dimensione costituzionale, rappresenta non tanto un segnale di invecchiamento quanto di consolidamento istituzionale, dal momento che le costituzioni in quanto patti intergenerazionali tendono ad acquistare forza e resilienza non nei tempi brevi della politica ma nei tempi lunghi della storia attraverso il radicamento sociale che riescono a conseguire. Un radicamento che, per quanto concerne la costituzione italiana, appare confermato non solo dai settantaquattro anni della sua esistenza ma anche dall'esito dei due referendum costituzionali del 2006 e del 2016 che, contro la volontà della maggioranza parlamentare, hanno confermato l'impianto esistente.

Il secondo punto di forza sinora dimostrato da questa carta può essere poi individuato nell'elasticità del modello dalla stessa espresso e nell'equilibrato gioco di poteri e contropoteri dalla stessa costruito nell'ambito di una particolarissima forma di governo parlamentare operante all'interno di una nuova forma di "Stato costituzionale". Questa forma di governo ha consentito, infatti, a seconda delle stagioni politiche, l'uso di prassi diverse di parlamentarismo con una centralità che di volta in volta ha oscillato ora a favore del Parlamento, ora a favore del Governo, ora a favore del Capo dello Stato. Una forma di governo che ha altresì espresso uno dei suoi punti di forza nell'efficienza dei poteri di controllo affidati ai due fondamentali organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) la cui azione è intervenuta con effetti positivi in tutti i passaggi critici della nostra storia costituzionale. Azione che nel momento in cui traeva legittimazione dal modello costituzionale contribuiva anche a dare forza allo stesso, favorendo la sua condivisione nella coscienza popolare.

Se così stanno le cose le conclusioni che la scienza costituzionale induce a trarre appaiono evidenti. La costituzione si può e si deve riformare per correggerne i difetti più evidenti e migliorarne il funzionamento, ma la riforma, alla luce dell'esperienza, va indirizzata verso la parte (limitata) che ha funzionato male e non

verso la parte (prevalente) che ha ben funzionato. E la parte che ha ben funzionato è quella che ha consentito al nostro paese di impiantare gradualmente una democrazia fondata su di un ampio sistema di libertà individuali e sociali, sullo spostamento verso la periferia di molti poteri centrali, sulla forte tutela offerta al pluralismo politico ed alle minoranze. Democrazia indubbiamente di taglio garantista, ma ben radicata nei suoi valori e nelle sue forme e che al momento della nascita dei Trattati europei si è pienamente identificata nei valori e nelle forme che questi Trattati hanno inteso affermare per l'economia e la società dello spazio continentale.

7. Riforme della forma di governo e riforme della politica

La valutazione, alla luce del suo percorso storico, del nostro impianto costituzionale alla luce del suo attuale stato di salute favorisce, quindi, una certa cautela verso il rilancio del tema delle riforme costituzionali cui oggi assistiamo. E questo perché, se alcune riforme sono indubbiamente necessarie per migliorare la funzionalità complessiva del nostro impianto istituzionale, esse non dovrebbero essere tali da squilibrare ciò che di questo impianto ha nel complesso sinora ben funzionato, ma risultare ben mirate sulle vere patologie che occorre affrontare.

Su questo terreno il rischio di fondo che va evitato è quello di considerare le riforme costituzionali (e, in particolare, la riforma della forma di governo) come lo strumento più idoneo a superare le disfunzioni in atto nel sistema politico, disfunzioni che investono oggi, in particolare, il distacco e l'isolamento delle istituzioni rappresentative e dei partiti che in esse operano dal corpo sociale. Queste disfunzioni, per il livello raggiunto, mettono ormai a rischio non tanto la governabilità quanto la stessa sostenibilità dell'impianto democratico così come definito nelle sue basi dalla costituzione. Disfunzioni che non si curano tanto modificando i congegni della macchina costituzionale quanto migliorando la qualità del carburante politico cui spetta il compito di alimentare tale macchina. Se così è, l'obiettivo più urgente da perseguire sul terreno delle riforme non sembra oggi essere tanto quello di una modifica radicale della forma di governo, quanto quello di una rigenerazione delle prassi della politica da attuare attraverso la correzione delle patologie in atto nel funzionamento e finanziamento dei partiti politici, nella legislazione in materia di elezioni e di comunicazione politica, nella correttezza e trasparenza richiesta a chi è chiamato a svolgere funzioni pubbliche. Operare immediatamente un "salto di corsia" dal governo parlamentare verso una forma di governo presidenziale prescindendo da questi interventi orientati a superare le maggiori strozzature del nostro sistema politico, anziché migliorare, potrebbe infatti rischiare, in un assetto frammentato qual è quello oggi in atto in tale sistema, di peggiorare seriamente lo stato delle cose mettendo a dura prova la stessa stabilità dell'intero impianto istituzionale. E questo perché, in una situazione

come quella attuale, il governo presidenziale, oltre a indebolire il quadro delle garanzie operanti a favore delle minoranze, viene inevitabilmente ad accentuare la conflittualità politica aggravando il rischio di rotture del tessuto istituzionale. Per questo tutto induce a pensare che il modello di governo parlamentare scelto dalla Costituente per guidare un assetto caratterizzato - secondo la definizione che Mortati enunciò alla Costituente³ - da “molti partiti molto divisi” resti ancora lo strumento che più è in grado di garantire la coesistenza tra le forze di una società fortemente disomogenea come la nostra.

8. L'intreccio europeo prima condizione per valutare la ricerca di un percorso riformatore ragionevole

La valutazione delle proposte di riforma oggi in campo va, infine, fatta anche per quanto concerne la collocazione dell'Italia nel contesto europeo. Il nostro paese, fin dagli anni cinquanta del secolo scorso, utilizzando sul piano formale la chiave delle limitazioni di sovranità introdotte dall'art. 11 cost., ha fatto un forte e continuo investimento sul futuro dell'Europa come entità non solo economicamente, ma in prospettiva anche politicamente unificata. Gli eventi del nuovo secolo – dopo le crisi finanziaria, sanitaria e bellica che si sono avvicinate – hanno accentuato questa esigenza di avvicinamento e unificazione tra i popoli di Europa di fronte alle nuove forme che la geopolitica mondiale sta oggi assumendo. Ma qui entra in gioco un processo che scavalca il tema delle riforme riferibili alle singole costituzioni nazionali per avallare il rilancio di una costituzione europea a impianto federale. Questo probabilmente è il primo tema che oggi, sul terreno del futuro costituzionale, andrebbe affrontato nel momento in cui si mettono in campo

³ Per una valutazione di quale sia la forma di governo più idonea al contesto politico italiano sorto nel secondo dopoguerra resta ancora fondamentale il dibattito che si svolse nel settembre del 1946 nella Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituente e, in particolare, la relazione sull'organizzazione costituzionale dello Stato che Mortati illustrò il 3 settembre dove si richiama la necessità di conoscere “i presupposti di carattere giuridico e sociale per cui una forma, in un dato ambiente storico, potrà apparire preferibile ad un'altra” e dove si conclude “che è inutile affannarsi a creare congegni tecnici per ottenere una maggiore stabilità di Governo, se prima non si tengono presenti gli elementi politico-sociali che sono il presupposto necessario perché questi congegni funzionino a dovere”. Mortati in tale occasione, rifiutando il governo presidenziale ed il governo parlamentare puro avanzava la proposta di un governo direttoriale, ma nella sostanza aderiva alla linea espressa da Tosato che, nella stessa discussione, avanzava la proposta, alla fine risultata vincente, ispirata al “contemperamento e ad “una specie di contaminazione del governo presidenziale con il governo parlamentare”, (v. per questo dibattito, *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VII, Commissione per la costituzione, Roma, Camera dei deputati – Segretariato generale, 1971, pp. 895 ss.).

riforme da apportare al tessuto di una costituzione nazionale. Un tessuto che ormai viene sempre più a intrecciarsi anche sul piano degli assetti costituzionali con il quadro europeo. Recuperare oggi la prospettiva di una costituzione europea significa d'altro canto rilanciare anche il riferimento a quelle "tradizioni costituzionali comuni" richiamate dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tradizioni in larga parte presenti e ben conservate nelle forme e nella memoria storica della costituzione italiana del 1948.

Per questo nel momento in cui viene a riaprirsi nel nostro paese una stagione di riforme costituzionali appare sempre più necessario impegnarsi nella ricerca di un percorso oltre che politicamente utile anche costituzionalmente praticabile, cioè ragionevole alla luce della nostra storia istituzionale, delle condizioni del nostro sistema politico e del quadro europeo.

Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen**

ANDREA FIORENTINO**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 20–483, decided June 23, 2022.

Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La metodologia «*centered on constitutional text and history*» imposta dalla Corte Suprema. – 3. Le criticità di un test quasi esclusivamente storico sul piano astratto e nella sua concreta applicazione. – 4. Dopo *Bruen*. Spunti per una riflessione sui destini dell'ordinamento statunitense e sul futuro della legislazione sulle armi.

Data della pubblicazione sul sito: 12 novembre 2022

Suggerimento di citazione

A. FIORENTINO, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

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

1. Introduzione

Il 23 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti, con una maggioranza di 6 voti contro 3 – composta dai soli giudici di nomina repubblicana – ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge dello Stato di New York (il *Sullivan Act*, adottato nel 1911 ed emendato nel 1913) che subordinava il rilascio della licenza al porto occulto di pistole o rivoltelle alla sussistenza di una «*proper clause*» (N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f)), interpretata dalle Corti statali come imponente un onere, per il richiedente, di dimostrare «*a special need for self-protection distinguishable from that of the general community*» (vedi ad esempio Klenosky, 75 App. Div. 2d 793, 428 N. Y. S. 2d 256, 257).

New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. (2022) merita particolare attenzione non soltanto per l'avvenuta elisione della normativa impugnata, ma anche per le ulteriori, imponenti potenzialità demolitive insite nella metodologia da essa messa a punto per il controllo di costituzionalità delle limitazioni al diritto «*to keep and bear arms*» tutelato dal Secondo Emendamento (II Em.): un test incentrato su “storia e tradizione”, destinato – già di per sé, ma ancor di più per l'uso valorialmente orientato che potrebbero farne i giudici di cultura conservatrice – a innescare un'ondata di ricorsi miranti a travolgere le restrizioni sulle armi attualmente in vigore; con il rischio, connesso a questa prospettiva, di aggravare la frattura ideologica che ormai da tempo attraversa, lacerandoli, il tessuto sociale e l'assetto politico-istituzionale del Paese d'oltreoceano.

2. La metodologia «*centered on constitutional text and history*» imposta dalla Corte Suprema

L'opinione della Corte Suprema, affidata alla penna del giudice Thomas – il suo esponente più conservatore, che da anni attendeva un'occasione per riscattare il diritto di possedere e di portare armi da un presunto *status* di diritto costituzionale di “seconda classe” (come testimoniano i suoi precedenti *dissent from denial of certiorari*) – è stata la prima in materia di II Em. dopo oltre un decennio¹. I suoi precedenti sono due noti *landmark cases*: *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (opinione redatta da Scalia)², con il quale la Corte ha stabilito che il II

¹ Sul II Em. alla Costituzione degli Stati Uniti, cfr. S. VOLTERRA, *Le molte facce del Secondo Emendamento della Costituzione federale statunitense*, in *Studi parlamentari*, n. 160, 2008, p. 7 ss.; L. STROPPIANA, *Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 185 ss.

² Sul pensiero e sull'operato dell'influente *justice*, cfr. F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, n. 4,

Em. tutela nei confronti della Federazione un diritto individuale di detenere e di portare armi per scopi legittimi, tra i quali *in primis* l'autodifesa; *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) (opinione redatta da Alito), con cui la stessa ha determinato che l'osservanza di questo diritto soggettivo si impone altresì ai singoli Stati.

Nella pronuncia in commento la Corte, dopo aver illustrato la normativa impugnata e la relativa interpretazione giurisprudenziale, l'ha inquadrata nel ristretto novero dei regimi di licenza c.d. "*may issue*" (vigenti anche in California, District of Columbia, Hawaii, Maryland, Massachusetts e New Jersey), che consentono ai funzionari competenti di negare il rilascio del permesso di portare armi in luoghi pubblici laddove, discrezionalmente, ritengano che il richiedente non soddisfi requisiti soggettivi di "giusta causa" o di "idoneità". Quasi a voler suggerire l'anomalia di questi ultimi sistemi, la Corte li ha confrontati con quelli "*shall issue*" adottati dalla gran parte degli Stati (43), i quali, diversamente, subordinano il rilascio della licenza al positivo accertamento del possesso di ben definiti requisiti oggettivi (ad esempio, un controllo dei precedenti e/o dello stato di salute mentale del richiedente, la frequenza di corsi sull'utilizzo delle armi e sulla normativa in materia, ecc.).

Nel prosieguo dell'opinione, la Corte ha rigettato il "*two-part test*" impiegato per dodici anni dalle Corti di appello per esaminare le leggi sul controllo delle armi, adoperato anche dai giudici *a quibus* per respingere il ricorso di due residenti nello Stato di New York che si erano visti respingere la richiesta di licenza al porto di armi in luoghi pubblici³. Nella prima parte di tale test, le Corti erano tenute a verificare se l'attività disciplinata dalla disposizione impugnata ricadesse nell'«*original scope of the right based on its historical meaning*»⁴. In caso positivo, nella seconda parte le stesse dovevano appurare se la restrizione incidesse o meno sul "nucleo" del diritto (identificato, in genere, con l'autodifesa domestica): nel primo caso, avrebbero dovuto applicare uno *strict scrutiny*, richiedendo al governo di dimostrare che la disposizione fosse «*narrowly tailored to achieve a compelling governmental interest*»⁵; nel secondo, invece, avrebbero dovuto ricorrere a un meno intenso *intermediate scrutiny*, richiedendo di provare che la restrizione fosse

2016; G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3, 2016, p. 1191 ss.

³ Sul test, cfr. J. CHARLES, *Where Are All the Second Amendment Circuit Splits?*, in *Second Thoughts*, 16 agosto 2019, disponibile all'indirizzo <https://sites.law.duke.edu/secondthoughts/2019/08/16/where-are-all-the-second-amendment-circuit-splits/>.

⁴ *Bruen, Opinion of the Court*, p. 9.

⁵ *Ibidem*.

«*substantially related to the achievement of an important governmental interest*»⁶. Per la maggioranza, questo secondo *step* strideva con *Heller*, il quale avrebbe espressamente escluso il *means-end scrutiny* (ossia il sindacato di proporzionalità) nel contesto del II Em., e approntato una diversa metodologia «*centered on constitutional text and history*»⁷.

Quest'ultima presa di posizione, invero, desta qualche perplessità, se non altro perché il precedente evocato rivela, sotto il profilo metodologico, un'opzione molto meno *tranchant* di quella che la Corte ha preteso di trarvi⁸. In *Heller*, in effetti, essa aveva affermato in termini generici che la legge in esame non avrebbe superato il controllo di costituzionalità «*[u]nder any of the standards of scrutiny that we have applied to enumerated constitutional rights*»⁹, con ciò implicando la possibile applicazione di un qualche livello di *means-end scrutiny*. In quella pronuncia, oltretutto, lungi dal rigettare l'applicazione del test di proporzionalità, la Corte aveva scartato il metodo di analisi proposto nel *dissent* di Breyer¹⁰ proprio in quanto si configurava come un «*freestanding “interest-balancing” approach*»¹¹ non corrispondente a nessuna delle classiche forme di *means-end scrutiny* e, inoltre, mai impiegato per la tutela di diritti costituzionali enumerati, come il diritto di parola (per la cui protezione, tra l'altro, si applica regolarmente il sindacato di proporzionalità)¹². Ma c'è ancora di più. L'opinione dissenziente (redatta da Breyer e sottoscritta dai restanti giudici *liberal*) ha infatti centrato un'ulteriore criticità: nonostante il tentativo di Thomas di dimostrare il contrario¹³, il rigetto dell'analisi “mezzi-fine” e l'affidamento pressoché esclusivo alla storia informano una scelta metodologica non conforme alla modalità con cui il giudice supremo assicura la protezione dei diritti costituzionali, posto che, quand'anche si rivolga alla storia per determinarne i contorni di un diritto, lo stesso, normalmente, poi procede all'applicazione di un *means-end scrutiny* per verificare la costituzionalità della disposizione in esame¹⁴. Ciò rende piuttosto paradossale una delle affermazioni conclusive della pronuncia, nella quale si rimarca – non senza una nota di trionfalismo, derivante dalla pretesa di aver restituito al II Em. la dignità che gli

⁶ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 10.

⁷ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 13.

⁸ In tal senso, *ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 22 ss. Cfr. anche J. CHARLES, *Bruen, Analogies, and the Quest for Goldilocks History*, in *Second Thoughts*, 28 giugno 2022, nota 1, disponibile all'indirizzo <https://firearmslaw.duke.edu/2022/06/bruen-analogies-and-the-quest-for-goldilocks-history/>.

⁹ *Heller*, at 628-629.

¹⁰ *Ivi*, at 689-690.

¹¹ *Ivi*, at 634.

¹² Cfr. *Bruen*, BREYER, J., *dissenting*, p. 25.

¹³ *Ivi*, *Opinion of the Court*, pp. 15-16.

¹⁴ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, pp. 24-25.

spetta – che quello di portare armi in luogo pubblico per l'autodifesa non è un diritto di seconda classe «*subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees*»¹⁵.

Ad ogni modo, in ragione dell'inusuale metodologia che la Corte Suprema ha preteso di derivare da *Heller* (già teorizzata da Kavanaugh in un *dissent* risalente al tempo in cui era ancora giudice della DC Circuit Court of Appeals¹⁶, e invocata da lungo tempo dai sostenitori dei “*gun rights*”), alle Corti inferiori, d'ora in avanti, è richiesto «*to assess whether modern firearms regulations are consistent with the Second Amendment's text and historical understanding*». In particolare, quando la condotta individuale invocata dei ricorrenti risulti loro coperta dal «*plain text*» del II Em., secondo la Corte vale una presunzione di garanzia costituzionale della stessa: di conseguenza, l'onore di giustificare la normativa impugnata ricade sul governo, il quale deve dimostrarne la conformità «*with the Nation's historical tradition of firearm regulation*»¹⁷.

La Corte Suprema non ha mancato di riconoscere che l'analisi storica, talora, può essere difficile e complessa; ciononostante, ha sostenuto che affidarsi alla storia per interpretare il testo della Costituzione è «*more legitimate, and more administrable*» che chiedere ai giudici di compiere valutazioni empiriche in merito ai costi e ai benefici delle restrizioni legislative, considerata sia la loro mancanza di *expertise*, sia la loro conseguente tendenza a rimettersi al bilanciamento degli interessi rilevanti operato dai legislativi¹⁸. Per la maggioranza, una simile deferenza nei confronti degli organi legislativi non sarebbe accettabile, dal momento che l'individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi coinvolti sarebbe stata sottratta *ab origine* alla loro disponibilità: secondo una sua interpretazione assolutizzante risalente a *Heller*, infatti, il testo stesso del II Em. sarebbe già il prodotto finale di un *interest balancing* realizzato dal soggetto costituente «*the people*», il quale avrebbe stabilito in via definitiva di far prevalere «*above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms*»¹⁹.

Il giudice supremo, a questo punto, ha fornito alle Corti inferiori alcune vaghe indicazioni sull'applicazione del nuovo «*history-only approach*»²⁰, risoltesi, essenzialmente, nell'invito a impiegare un *ragionamento analogico*: in base ad esso,

¹⁵ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 62.

¹⁶ *V. Heller v. District of Columbia*, 670 F.3d 1244 (D.C. Cir. 2011). Cfr. J. CHARLES, *The “Text, History, and Tradition” Alternative*, in *Second Thoughts*, 5 dicembre 2019, disponibile all'indirizzo <https://sites.law.duke.edu/secondthoughts/2019/12/05/the-text-history-and-tradition-alternative/>.

¹⁷ *Bruen*, *Opinion of the Court*, p. 15.

¹⁸ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 16.

¹⁹ *Heller*, *Opinion of the Court*, at 635.

²⁰ Come definito criticamente in *Bruen*, BREYER, J., *dissenting, passim*.

i giudici sono chiamati a verificare se la normativa impugnata faccia gravare sul diritto di autodifesa armata un *onere comparabile e comparabilmente giustificato* (che sia analogo, quindi, nel *quomodo* e nella *ratio*) con quello ad esso imposto dalle normative storiche addotte dai convenuti in giudizio. Tale approccio – ha aggiunto la Corte – non deve essere «*neither a regulatory straightjacket nor a regulatory blank check*», nella misura in cui esso richiede che il governo identifichi non necessariamente un «*historical twin*», ma anche solo «*a well-established and representative historical analogue*», escludendo in ogni caso che si possa far salva «*every modern law that remotely resembles a historical analogue*»²¹.

Passando all'applicazione del nuovo test alla normativa impugnata, inoltre, la Corte ha inteso delimitare rigidamente il materiale storico-giuridico che può essere considerato nell'ambito del *reasoning* analogico, in ossequio al principio per cui «*not all history is created equal*»²²: se è pacifico, in una prospettiva tutta originalista, che i diritti costituzionali sono garantiti «*with the scope they were understood to have when the people adopted them*»²³, per la maggioranza il riferimento alle testimonianze storiche di gran lunga antecedenti o posteriori all'adozione del II Em. (1791) e del XIV Em. (1868) potrebbe non essere utile all'individuazione dell'estensione del diritto protetto dal II Em., e non possedere dunque valore probatorio, se, rispettivamente, le convenzioni linguistiche o giuridiche sono nel frattempo cambiate, o le prove di epoca successiva contrastano col significato originario del testo costituzionale; in particolare, la Corte ha anche precisato che le prove relative al tardo XIX secolo non sono idonee a informare il significato del II Em. al pari di quelle più risalenti nel tempo, e ha rifiutato di considerare le testimonianze del XX secolo²⁴ (verosimilmente, per non confrontarsi con la lunga vigenza del *Sullivan Act*).

3. Le criticità di un test quasi esclusivamente storico sul piano astratto e nella sua concreta applicazione

Il nuovo test di costituzionalità predisposto dalla Corte Suprema, già solo in astratto, appare alquanto problematico. Sul punto, si ritiene di concordare con i rilievi formulati da Breyer nel *dissent*, ove questi ha messo in guardia dal carattere «*deeply impractical*»²⁵ di un'analisi incentrata pressoché esclusivamente sulla storia, alla quale ha contrapposto la necessità di un esame che tenesse in considerazione le prove empiriche «*justifying [State's] reasons for adopting the law or showing how*

²¹ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 21.

²² *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 25.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 58, nota 28.

²⁵ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 25.

the law actually operates in practice»²⁶. In special modo, il giudice ha sottolineato che le Corti in genere, e soprattutto quelle inferiori, non sono affatto attrezzate per affrontare e risolvere in modo appropriato difficili questioni storiche (come dimostrano le “cantonate” prese dalla Corte in *Heller*, ampiamente accertate in ambito accademico)²⁷, e al contempo ha rimarcato come esse siano invece «*well equipped to administer means-end scrutiny*»²⁸. Inoltre, ha segnalato il rischio che il nuovo approccio possa far sì che il significato del II Em. cambi ogniqualvolta si rinviengano nuove testimonianze, nonché quello, ancora peggiore, che possa consentire ai giudici «*to reach the outcomes they prefer and then cloak those outcomes in the language of history*»²⁹. Breyer ha altresì posto in evidenza l'inadeguatezza di questo metodo allorché si tratti di affrontare questioni costituzionali dell'oggi, alla luce non soltanto del carattere spesso non risolutivo del mero riferimento alle fonti storiche, e delle difficoltà che si presenterebbero al cospetto di «*modern cases presenting modern problems*»³⁰ e di «*modern-day circumstances that [the Framers] could not have anticipated*»³¹ (come ad esempio le restrizioni sulle armi fabbricate con stampanti 3D), ma anche della carenza di indicazioni precise su quanto rigorosamente debba essere applicato il *reasoning* analogico. Nel complesso, la Corte pare aver conferito al nuovo test una configurazione indefinita e a maglie larghe, nella cui cornice, la valutazione di *quanti* e *quali* elementi siano idonei a integrare un «*well-established and representative historical analogue*» concede inevitabilmente – e forse anche

²⁶ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 52. Per una critica alla mancata considerazione delle evidenze empiriche, cfr. L. VICENS, S. LEVANDER, *The Bruen majority ignores decision's empirical effects*, in *SCOTUSblog*, 8 luglio 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/07/the-bruen-majority-ignores-decisions-empirical-effects/.

²⁷ *V. Bruen*, BREYER, J., *dissenting*, p. 27 ss., il quale cita a titolo esemplificativo il *Brief for English/Early American Historians as Amici Curiae in McDonald v. Chicago*, O. T. 2009, No. 08–1521, p. 2 ss., nonché, in generale, S. CORNELL, *The Changing Meaning of the Right To Keep and Bear Arms: 1688–1788*, in A. SARAT, L. DOUGLAS, M. UMPHREY (a cura di), *Guns in Law*, Amherst, UMP, 2019, p. 20 ss.; D. WALKER, *Necessary to the Security of Free States: The Second Amendment as the Auxiliary Right of Federalism*, in *American Journal of Legal History*, vol. 56, 2016, p. 365 ss.; P. FINKELMAN, *The Living Constitution and the Second Amendment: Poor History, False Originalism, and a Very Confused Court*, in *Cardozo Law Review*, vol. 37, 2015, p. 623 ss.; M. WALDMANN, *The Second Amendment. A Biography*, New York, Simon & Schuster, 2014; W. MERKEL, *Heller as Hubris, and How McDonald v. City of Chicago May Well Change the Constitutional World as We Know It*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 50, 2010, p. 1221 ss.

²⁸ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 30.

²⁹ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 26.

³⁰ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 32.

³¹ *Ibidem*.

volutamente – ai giudici ampi margini di discrezionalità; margini al cui interno potrebbero potenzialmente insinuarsi letture storiche imprecise o errate (in buona o in malafede), o anche forzature interpretative valorialmente orientate.

È proprio quel che è accaduto, malauguratamente, in occasione della prima applicazione del test da parte della Corte Suprema. Una volta accertato – senza difficoltà – che la linea di condotta rivendicata dai ricorrenti ricadeva nella protezione accordata dal «*plain text*» del II Em. (come interpretato nei due precedenti), questa sembra infatti essersi avventurata in una valutazione piuttosto tendenziosa delle prove storiche addotte dai ricorrenti a sostegno della costituzionalità della normativa impugnata, oggetto di disinvolute operazioni di *cherry-picking*, di *distinguishing* e di *dismissing* finalizzate a scartare quelle più promettenti come non analoghe a sufficienza, o non abbastanza rappresentative, oppure, ancora, ignorandole completamente. Il tutto allo scopo di pervenire a una precisa conclusione: che i convenuti non hanno adempiuto all'onere di individuare «*an American tradition justifying New York's proper-cause requirement*»³², e che pertanto quest'ultimo, impedendo ai cittadini rispettosi della legge e con ordinarie necessità di autodifesa di esercitare un loro diritto costituzionale, viola il XIV Em.³³

Così, ad esempio, tre restrizioni di epoca coloniale identificate dallo Stato di New York sono state ritenute dalla Corte insufficienti a provare l'esistenza di una «*tradition of public-carry regulation*»³⁴, lasciando aperto l'interrogativo di quante prove occorranza per fare una “tradizione”; e ciò anche a prescindere da una possibile vocazione analogica del merito delle stesse, comunque negata in esito a un accertamento assai esigente della comparabilità tra le restrizioni passate e quella impugnata. Ancora, a suo avviso, i divieti di trasporto pubblico previsti da alcuni Stati a inizio Ottocento non rilevarebbero, in quanto ritenuti costituzionali dalle Corti del tempo solo nella misura in cui non proibissero qualunque forma di trasporto, con ciò trascurando deliberatamente un diffuso orientamento delle stesse nel senso di considerare incostituzionali i divieti di portare armi a vista, ma non anche quelli di porto occulto (gli unici rilevanti nel caso in esame). Inoltre, un divieto generale di girare armati introdotto nel 1860 nel Territorio del New Mexico è stato relegato a una mera eccezione facendo leva sul carattere estremo di una restrizione adottata da un governo territoriale troppi anni dopo la ratifica del *Bill of Rights*, e sulla quale non si riscontra giurisprudenza. Ma l'esclusione più eclatante dal dominio delle regole storiche analoghe al requisito della “giusta causa” sembra essere quella di una legge del Texas di poco successiva alla ratifica del XIV Em. (1871) e per ben due volte convalidata dalle Corti statali, la quale proibiva il trasporto di pistole in assenza di “motivi ragionevoli” per temere un

³² *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 30.

³³ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 63.

³⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 37.

attacco illegale alla propria persona: la Corte, malgrado non abbia potuto esimersi dal riconoscere «*the support that postbellum Texas provides for respondents' view*»³⁵, nondimeno non ha esitato a negarne la valenza analogica, nel presupposto che non si potrebbe fondare l'interpretazione del II Em. sull'eccezione di una sola legge vigente in un solo Stato e che per di più contraddice «*the overwhelming weight of other evidence*»³⁶. Similmente, la Corte ha respinto le prove di numerosi divieti introdotti nel tardo XIX secolo, principalmente nei Western Territories, per la loro distanza temporale dall'epoca della Fondazione, ma anche in quanto ha ritenuto che l'interpretazione del II Em. non si possa basare su una manciata di leggi temporanee e localizzate adottate quasi un secolo dopo la sua ratifica, rivolte a una popolazione irrisoria, sottoposte di rado a controllo giudiziario, e in contrasto con altre soverchianti prove a sostegno di una «*enduring American tradition permitting public carry*»³⁷. In realtà, queste restrizioni, così come quella texana, non possono essere considerate “*outliers*”, a meno che non si vogliano intenzionalmente ignorare – come ha fatto alla maggioranza – le prove che dimostrano l'ampia diffusione, durante e subito dopo la Ricostruzione, di normative statali e locali fortemente limitative del porto pubblico di armi, incluse alcune molto simili a quella impugnata³⁸.

Alla luce di questi esempi tratti dalla pronuncia, è evidente come la Corte si sia lanciata in un impiego spregiudicato dell'esteso margine di manovra che ha inteso riservare al ramo giudiziario in sede di costruzione del nuovo test. Come acutamente rilevato dai primi critici della decisione, quest'ultimo, all'atto pratico, si è dimostrato un approccio fondato non tanto su “testo, storia e tradizione”, quanto, piuttosto, su «*Fiction, Fantasy, and Mythology*»³⁹. In altre parole – citando lo storico Saul Cornell – quello propinato dalla Corte non è altro che un esempio di deterioro «*law office history*», frutto dell'applicazione di una metodologia in virtù della quale «*evidence is selectively gathered and interpreted to produce a preordained conclusion*»⁴⁰: vale a dire, *tutta un'altra storia*.

³⁵ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 57.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, *Opinion of the Court*, 59.

³⁸ Così S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions*, in *SCOTUSblog*, 27 giugno 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/.

³⁹ *Ibidem*. V. anche Bruen, BREYER, J., pp. 49-50.

⁴⁰ S. CORNELL, Heller, *New Originalism, and Law Office History: “Meet the New Boss, Same as the Old Boss”*, in *UCLA Law Review*, vol. 56, 2009, p. 1098. Cfr. anche ID., *History and Tradition or Fantasy and Fiction: Which Version of the Past Will the Supreme Court Choose in NYSRPA v. Bruen?*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 49, 2022, p. 145 ss.

Al pari, si crede, che in altre rilevanti decisioni “di rottura” da essa adottate nel *term* 2021 (tra cui soprattutto, ma non solo, il clamoroso *overruling* di *Roe v. Wade* in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*)⁴¹, la *conservative supermajority* della Corte Suprema, forte del suo preponderante peso, non ha avuto alcuna remora a sviluppare un *iter* argomentativo preordinato a realizzare un fine chiaramente politico: quello di offrire un riconoscimento costituzionale alla lettura *assolutizzante* del diritto di detenere e di portare armi perorata dall’influente *lobby* dei produttori e dai settori più conservatori della politica e della società americana⁴², rivolta a frustrare e, al limite, ad affossare del tutto, le restrizioni vigenti e le istanze favorevoli all’introduzione di regole più severe (in un Paese dove soltanto nel 2021 si sono contati 45.052 morti da arma da fuoco)⁴³. In ultima analisi, non appare azzardato ipotizzare che l’imposizione di un test storico dalla connotazione indefinita e a maglie larghe sia stata appositamente concepita per rendere la soluzione dei casi permeabile a giudizi di valore in linea con la sensibilità *superconservative* della maggioranza dell’organo di vertice del sistema giudiziario.

Manipolando per fini ideologici la ricostruzione storico-tradizionale del *public meaning* del II Em., la Corte Suprema – o «*Thomas Court*» (come pure è stata denominata, alludendo all’accresciuta influenza del *justice* e del suo pensiero ultraconservatore in esito al recente rafforzamento della destra interna)⁴⁴ – ha materializzato un paradossale contrappasso: il canone *originalista*⁴⁵, a detrimento del suo “originario” obiettivo di politica del diritto, ossia quello di difendere l’ordinamento dai danni che la discrezionalità giudiziaria esaltata dal *living constitutionalism*⁴⁶ potrebbe arrecare ai principi di certezza del diritto, di separazione dei poteri e di sovranità popolare, ha infatti finito con l’essere

⁴¹ V. anche *Vega v. Tekob*; *Kennedy v. Bremerton School District*; *West Virginia v. Environmental Protection Agency*.

⁴² Cfr. T. ZICK, *The Second Amendment as a Fundamental Right*, in *Hastings Const. Law Q.*, vol. 46, 2019, p. 624, per il quale i sostenitori dei “*gun-rights*” invocano il riconoscimento di «*a kind of super-right, one defined in absolute terms and buttressed by the most rigid standards*».

⁴³ Si consulti, per questo e altri dati sulla violenza da armi da fuoco, il sito <https://www.gunviolencearchive.org/>.

⁴⁴ Cfr., da ultimo, J. ABRAMSON, *In the ultimate coup for the right, it's Justice Thomas's Supreme Court now*, in *The Financial Times*, 7 luglio 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.ft.com/content/b188c7dc-8374-47da-9222-a53141a04bbd>.

⁴⁵ Sull’*originalismo*, su tutti, cfr. S.G. CALABRESI (a cura di), *Originalism: a quarter-century of debate*, Washington, DC, Regnery, 2007.

⁴⁶ Sul quale, *ex pluribus*, cfr. D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford-New York, OUP, 2010. Per un tentativo di superare la contrapposizione tra le due teorie sull’interpretazione costituzionale, cfr. J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Harvard, Belknap, 2011.

utilizzato allo scopo di piegare la giurisprudenza a un'agenda politica tutta contemporanea, indebitamente mascherata da verità storica e giudiziaria⁴⁷.

4. Dopo *Bruen*. Spunti per una riflessione sui destini dell'ordinamento statunitense e sul futuro della legislazione sulle armi

Prima ancora che per il suo imponente impatto sulle restrizioni attuali e future al diritto di detenere e di portare armi (vedi *infra*), ma tenendolo nondimeno in forte considerazione, la complessiva operazione politico-metodologica realizzata dalla Corte in *Bruen* richiede di essere osservata, innanzitutto, sotto il profilo delle sue implicazioni sistemiche. In questa prospettiva, ci sono pochi dubbi sul fatto che questa decisione, rappresentando l'ennesimo, allarmante segnale di un'accresciuta politicizzazione della Corte Suprema, abbia concorso a minare, di certo la sua credibilità, ma anche – all'interno di un sistema democratico fondato su un fine meccanismo di *checks and balances* – la legittimazione dello stesso ordinamento⁴⁸. In effetti, con questa e con le altre coeve sentenze, la schiacciante maggioranza di nomina repubblicana, trainata dalla sua componente più oltranzista, ha trascinato la Corte nel cuore pulsante dell'agone politico nell'evidente intento di ridefinire – segnando discontinuità più o meno marcate rispetto alla sua stessa giurisprudenza, e producendo risultati a dir poco controversi – alcune delle questioni che oggi maggiormente infuocano lo scontro identitario tra “due Americhe” radicalmente contrapposte (oltre alla violenza armata, l'interruzione della gravidanza, il cambiamento climatico, la libertà religiosa, ecc.). Architrave di quello che fu definito da Hamilton «*the least dangerous [branch]*»⁴⁹, la Corte Suprema, imboccando questo sentiero impervio, rischia non solo di smarrire la propria vocazione neutrale e garantistica, e con essa la fiducia riposta nel suo ruolo⁵⁰.

⁴⁷ Così S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes*, cit., nonché C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, 07/2022. L'impiego del canone originalista per porre la storia al servizio di un'agenda politica moderna è stato già contestato con riferimento a *Heller*: cfr. R.B. SIEGEL, *Heller and Originalism's Dead Hand - In Theory and Practice*, in *UCLA Law Rev.*, vol. 56, 2009, 1399 ss.; S. CORNELL, *Heller, New Originalism, and Law Office History*, cit.

⁴⁸ Così F. CLEMENTI, *La Corte Suprema americana e il passato che non passa*, in *Affarinternazionali.it*, 11 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.affarinternazionali.it/la-corte-suprema-americana-e-il-passato-che-non-passa/>.

⁴⁹ A. HAMILTON, No. 78, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, p. 402.

⁵⁰ Secondo Gallup, nel giugno 2022 la fiducia nei confronti della Corte Suprema ha toccato il minimo storico, scendendo al 25%: v. <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>. Sui rischi derivanti dalla politicizzazione e dalla conseguente delegittimazione della Corte,

(riproponendo prepotentemente l'antico *counter majoritarian dilemma*⁵¹), ma anche di esacerbare i conflitti che già attanagliano e scuotono in profondità una società sempre più polarizzata, sullo sfondo di quella che viene talvolta descritta come una permanente “guerra culturale”⁵², o come l'anticamera di una potenziale “seconda guerra civile”⁵³. Il sommo pericolo, in definitiva, è quello di aggiungere altra legna al fuoco dell'attuale crisi della democrazia statunitense⁵⁴, con esiti imprevedibili.

In questa chiave, si possono rinvenire in *Bruen* ulteriori e peculiari significati, meritevoli di più approfondita trattazione in altra sede. Per un verso, con un fragoroso “non detto” sul parametro del giudizio, Thomas sembra aver voluto ribadire la sua presa di distanza⁵⁵ dalla scelta di fondare *McDonald* sulla *Due Process Clause* del XIV Em.⁵⁶, in conformità con la sua nota opposizione alla teoria del “*substantive due process*”⁵⁷: sicché tale silenzio, ancor più se letto alla luce dell'attacco scagliato contro quella teoria nella propria *concurring opinion* in *Dobbs*⁵⁸, rappresenta probabilmente un altro monito circa la sua intenzione di guidare una vasta offensiva contro la c.d. “*liberal rights revolution*”, in adesione a una dottrina giuridica e politica reazionaria⁵⁹. Per altro verso, appare degna di nota anche l'insistenza del giudice redattore e, nella sua opinione concorrente, di Alito, sul presupposto pregiuridico di una società irrimediabilmente violenta (si potrebbe

cfr. E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>.

⁵¹ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, Yale University Press, 1962.

⁵² La paternità del concetto si deve a J.D. HUNTER, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, New York, Basic, 1991.

⁵³ Sulla crescente popolarità di questa chiave di lettura, cfr. R. ELVING, *Imagine another American Civil War, but this time in every state*, in NPR, 11 gennaio 2022.

⁵⁴ Da ultimo, v. la registrazione del Convegno “*La crisi della democrazia statunitense: ragioni e prospettive*”, Roma-Pisa-Firenze, 27 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.radioradicale.it/scheda/672396/la-crisi-della-democrazia-statunitense-ragioni-e-prospettive?i=4471368>.

⁵⁵ Cfr. *McDonald*, THOMAS, J., *concurring*, p. 1 ss., laddove, in disaccordo con Alito, fonda l'applicabilità del II Em. agli Stati sulla *Privileges-and-Immunities Clause* del XIV Em.

⁵⁶ Cfr. *ivi*, *Opinion of the Court*, p. 10.

⁵⁷ Cfr. P. PASSAGLIA, *I diritti e le libertà fondamentali*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 2020, p. 273 ss.

⁵⁸ *Dobbs*, THOMAS, J., *concurring*, p. 1 ss.

⁵⁹ Sul pensiero giuridico-politico del *justice*, cfr. C. ROBIN, *The Self-Fulfilling Prophecies of Clarence Thomas*, in *The New Yorker*, 9 luglio 2022, nonché, ampiamente, ID., *The Enigma of Clarence Thomas*, New York, Metropolitan, 2019.

dire, in uno stato quasi-naturale di guerra civile latente) nella quale gli individui «*face a serious risk of lethal violence when they venture outside their homes*»⁶⁰, al punto che, persa ogni fiducia nella *capacità* o, dal punto di vista di alcuni gruppi minoritari, nella *volontà* delle autorità di garantirne la sicurezza⁶¹, «*have good reason to fear that they will be victimized if they are unable to protect themselves*»⁶²: in merito, mentre si dubita di questa narrazione quasi survivalista della realtà (non a caso diffusa negli ambienti dell'estrema destra), si coglie anche il paradosso di una Corte che, nel riconoscere la violenza e l'insicurezza che pure indiscutibilmente dilagano, promuove una lettura del II Em. che pone le condizioni perché esse si aggravino ancora, autoalimentandosi in una spirale drammatica⁶³.

Quest'ultima riflessione induce a tentare di soppesare gli effetti concreti della pronuncia sulla potestà dei legislativi federale e statali di regolamentare l'esercizio del diritto «*to keep and bear arms*». Sul punto, si evidenzia anzitutto che la decisione, invalidando il requisito della "giusta causa" previsto dal *Sullivan Act*, finisce col travolgere anche gli altri regimi di licenza di tipo "*may-issue*" oggi vigenti, i quali, se non saranno presto abbandonati, cadranno sicuramente in sede giudiziaria. Quanto ai sistemi "*shall issue*", la Corte ha rassicurato che «*nothing in our analysis should be interpreted to suggest the unconstitutionality of the 43 States' "shall-issue" licensing regimes*»⁶⁴, posto che essi, non imponendo al richiedente di dimostrare un «*atypical need*», non impediscono alla generalità dei cittadini responsabili di esercitare un loro diritto costituzionale; al contempo, tuttavia, la stessa ha messo in guardia i legislatori dal piegare tali sistemi a fini abusivi, prefigurando la possibile incostituzionalità di quelli che dovessero prevedere, ad esempio, tempi di attesa eccessivamente lunghi, o il pagamento di tasse esorbitanti. A riguardo, si pongono però due questioni. In primo luogo, non è chiaro come i sistemi "*shall issue*" si possano presumere al riparo da doglianze di incostituzionalità: poiché, infatti, questi ultimi sono un'invenzione novecentesca divenuta prevalente soltanto nell'ultimo trentennio, non è affatto scontato che abbiano "i precedenti storici in regola" per superare indenni il test storico

⁶⁰ Bruen, ALITO, J., *concurring*, pp. 1-2.

⁶¹ Come sembra suggerire Thomas quando, riferendosi alla situazione degli Stati del Sud all'indomani della Guerra civile, ricorda i tentativi dei neri di armarsi «*to defend themselves and their communities*» dalla violenza dei bianchi, «*[s]eeing that government was inadequately protecting them*» (*ivi*, *Opinion of the Court*, pp. 53-54).

⁶² *Ivi*, ALITO, J., *concurring*, p. 9.

⁶³ Cfr. E. SANCHEZ-GOMEZ, *The right to fear, in public: Our town square after Bruen*, in *SCOTUSblog*, 29 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.scotusblog.com/2022/06/the-right-to-fear-in-public-our-town-square-after-bruen/>.

⁶⁴ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 30, nota 9.

predisposto in *Bruen*. In secondo luogo, l'identificazione di una possibile causa di incostituzionalità di un regime del genere nella sproporzione dell'onere (temporale o fiscale) imposto all'esercizio del diritto di portare armi, *a fortiori* perché sganciata da qualsiasi considerazione di ordine storico, potrebbe essere letta come uno sconfinamento della Corte nel vituperato di proporzionalità, frutto – si potrebbe ipotizzare – di una concessione strappata a Thomas dai membri più moderati della maggioranza conservatrice, inclini a preservare agli organi legislativi un ventaglio più ampio di opzioni normative ammissibili.

Questo sospetto sembra trovare conferma anche nella lettura della *concurring opinion* di Kavanaugh (cui si è associato il *Chief justice* Roberts), specificatamente intesa a rimarcare che la sentenza non incide sui vigenti regimi “*shall issue*”⁶⁵, e a reiterare una rassicurazione contenuta nei due precedenti⁶⁶ ma – significativamente – non ribadita anche nell'opinione della Corte in *Bruen*: ossia che il diritto garantito dal II Em., al pari degli altri, non è illimitato, ma anzi consente «*a “variety” of gun regulations*»⁶⁷, come ad esempio il divieto di possesso per criminali e persone con problemi di salute mentale, il divieto di trasporto in luoghi sensibili, la sottoposizione a condizioni della vendita commerciale e le restrizioni riguardanti le armi di uso non comune. Invero, queste puntualizzazioni sono di ben poco conforto: molte limitazioni non enumerate in questa lista non esaustiva, infatti, poiché adottate solo nel XX e nel XXI secolo e concepite spesso per affrontare situazioni di volta in volta inedite, potrebbero non superare il vaglio storico, specie ove esso sia deliberatamente dirottato verso un risultato prestabilito, come accaduto in *Bruen*⁶⁸; inoltre, c'è motivo di ritenere che potrebbero non essere risparmiate persino alcune delle normative storiche elencate. Quest'ultimo potrebbe essere il caso dei divieti di possedere armi rivolti ai condannati, introdotti nel XX secolo, e anche di quelli di portare armi in certi “*sensitive places*”. I secondi, in realtà, sono stati espressamente richiamati dalla Corte, laddove, a titolo esemplificativo, ha individuato nelle relative leggi di vecchia data le normative storiche alle quali guardare per confermare la validità di quelle contemporanee che proibiscono il trasporto in luoghi sensibili nuovi e analoghi⁶⁹. Eppure, questo

⁶⁵ Cfr. *Ivi*, KAVANAUGH, J., *concurring*, pp. 1-2.

⁶⁶ *V. Heller*, at 626-627; *McDonald*, at 786.

⁶⁷ KAVANAUGH, J., *concurring*, p. 3.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 33.

⁶⁹ Sul punto, emerge una contraddizione dell'*iter* argomentativo della Corte: essa ha infatti ritenuto di poter presumere la conformità al II Em. dei “*sensitive places*” individuati delle normative storiche in ragione dell'assenza di controversie sulla loro legittimità (*ivi*, *Opinion of the Court*, p. 21); tuttavia, in sede di valutazione delle prove addotte dai resistenti, la stessa si è servita del medesimo rilievo per confutarne il preteso carattere analogico (v. *supra*).

richiamo va ridimensionato: da un lato, è la stessa Corte che si è curata di restringere la portata dell'esempio, riferendo i divieti storici a relativamente pochi luoghi (come le assemblee legislative, i seggi elettorali e i tribunali) e rigettando il tentativo dei resistenti di qualificare quella newyorkese come una legge di questo tipo, con la motivazione che sarebbe troppo oneroso, oltre che privo di fondamento storico, ritenere "sensibili" «*all places of public congregation that are not isolated from law enforcement*»⁷⁰ (come le città); dall'altro, anche in conseguenza di una simile delimitazione, i divieti storici – come osservato nel *dissent* – potrebbero rivelarsi «*surprisingly difficult to apply to modern circumstances*» e, dunque, inidonei a giustificare la specialità di luoghi come «*subways, nightclubs, movie theaters, and sports stadiums*»⁷¹.

Tutte queste criticità – a maggior ragione se osservate alla luce dell'utilizzo distorsivo e valorialmente orientato dalla storia fatto in *Bruen*, e che ora potrebbe essere reiterato dalle Corti inferiori (accresciute dalle nomine di Trump nella loro componente conservatrice) – indeboliscono la pretesa efficacia rassicurante delle precisazioni formulate nella *concurring opinion*, proiettando un più che ragionevole dubbio sulla futura capacità di tenuta di molte delle restrizioni in vigore. Tra queste, anche quelle, pur modeste, previste o incentivate dalla più importante legge federale degli ultimi decenni sulla vendita e sul possesso delle armi: il *Bipartisan Safer Communities Act*, promulgato appena due giorni dopo l'emissione della sentenza. Tale legge, per esempio, stanziava dei fondi per favorire l'implementazione da parte degli Stati di leggi c.d. "red-flag", ossia misure che autorizzano la confisca provvisoria delle armi a persone segnalate come "pericolose": configurando un tipo di limitazione del diritto tutelato dal II Em. molto recente (la prima legge del genere è stata adottata dal Connecticut nel 1999), difficilmente esse potrebbero superare il test di costituzionalità, giacché non è dato individuare restrizioni analoghe nella storia e nella tradizione di Sette-Ottocento.

Tali presupposti pongono le basi per un'offensiva giudiziaria senza precedenti ad opera dei potenti gruppi di pressione favorevoli a un esercizio sostanzialmente illimitato dei "gun rights", condotta allo scopo di ottenere declaratorie di incostituzionalità delle leggi, statali e federali, che disciplinano in modo più o meno stringente il possesso e il porto delle armi. Se quest'obiettivo, in esito a liti giudiziarie che si preannunciano ad ogni modo assai lunghe e complesse, andrà infine in porto, a farne le spese sarà di certo la potestà dei rappresentanti eletti dal popolo di bilanciare, secondo proporzionalità e ragionevolezza, la tutela del diritto di autodifesa individuale e la promozione dell'interesse governativo a garantire la pubblica sicurezza; ma ancor di più, inevitabilmente, chi perderà la propria vita

⁷⁰ *Ivi*, *Opinion of the Court*, p. 22.

⁷¹ *Ivi*, BREYER, J., *dissenting*, p. 33.

anche in conseguenza di decisioni come quella in commento. Ma anche questa, in fin dei conti, è *un'altra storia*.

In attesa del diritto all’oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura

SILVIA GIMIGLIANO*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L’espansione della base costituzionale originaria del diritto all’oblio: tutela della salute come benessere mentale e sociale. – 3. La specificazione della base costituzionale originaria del diritto all’oblio: dalla dignità all’uguaglianza di opportunità. – 4. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 14 novembre 2022

Suggerimento di citazione

S. GIMIGLIANO, *In attesa del diritto all’oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoressa di ricerca in Autonomie, servizi, diritti nell’Università degli studi del Piemonte orientale “Amedeo Avogadro”; avvocatessa del Foro di Savona. Indirizzo mail: silvia.gimigliano@uniupo.it.

1. Introduzione

Prosegue l'evoluzione del giovane (non più giovanissimo...) diritto all'oblio¹: una delle sue ultime declinazioni è quella oncologica, allo stato ancora assente nel nostro ordinamento, ma già in grado di sollevare inediti temi e problemi. L'oblio c.d. oncologico consiste, in buona sostanza, nel diritto dell'ex paziente a non subire svantaggi, sul piano sociale ed economico, a causa della malattia ormai superata; si pone dunque in continuità, almeno in qualche misura, con il complesso insieme di posizioni soggettive² derivanti dalla condizione (attuale) di malato oncologico.

Nella risoluzione del 16 febbraio 2022 su «*Rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro*», il Parlamento europeo ha chiesto appunto «*che entro il 2025, al più tardi, tutti gli Stati membri garantiscano il diritto all'oblio a tutti i pazienti europei dopo dieci anni dalla fine del trattamento e fino a cinque anni dopo la fine del trattamento per i pazienti per i quali la diagnosi è stata formulata prima dei 18 anni di età*»³.

Tra febbraio e luglio 2022 sono stati presentati vari progetti di legge⁴, parzialmente sovrapponibili per struttura e contenuto, finalizzati a recepire tale indicazione. Rimandando per ogni dettaglio alla loro lettura, appare utile

¹ Tra le numerose opere monografiche in argomento, si segnalano: E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999; M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2017.

² Per una ricognizione analitica, v. P. CENDON, R. ROSSI, *I diritti dei pazienti oncologici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 2, p. 922 ss.

³ Così nell'enunciare i «*Campi di azione*», al paragrafo 125.

⁴ Disegni di legge S.2548 («*Disposizioni in materia di parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche*»), S.2607 («*Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche*»), S.2643 («*Disposizioni in materia di diritto all'oblio oncologico*», ritirato in data 28 giugno 2022), S.2656 («*Disposizioni in materia di «diritto all'oblio oncologico»*») e S.2660 («*Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche*»); proposte di legge C.3548 («*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*»), C.3561 («*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche*»), C.3563 («*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche*»), C.3611 («*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*») e C.3666 («*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche, nonché in materia di organizzazione delle attività di assistenza e riabilitazione oncologica*»).

riepilogare, di seguito, i punti essenziali della normativa prospettata: (i) positivizzazione del divieto di discriminare in base alla condizione di ex malato oncologico, precludendo il trattamento⁵ dei relativi dati⁶ in ambito contrattuale (accesso ai servizi bancari, finanziari e assicurativi)⁷, familiare (adozione di minori)⁸ e lavorativo⁹; (ii) rinvio a fonte secondaria (decreto del Ministro della salute) per l'individuazione di eventuali eccezioni ai requisiti ordinariamente richiesti per conseguire l'oblio¹⁰; (iii) e soprattutto, per quanto qui d'interesse, identificazione delle coordinate costituzionali della nuova figura negli artt. 2, 3 e 32 Cost.¹¹.

La fine anticipata della XVIII legislatura rende difficile prevedere, nel momento in cui si scrive, tempi e modi dell'introduzione dell'istituto. L'analisi dei testi a disposizione consente tuttavia di coglierne, in controluce, i tratti qualificanti, su

⁵ Definito dall'art. 4, n. 2, regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 come «*qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione*».

⁶ Dati relativi alla salute ai sensi dell'art. 4, n. 15, regolamento (UE) 2016/679: «*dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute*». Cfr. il considerando n. 35, secondo cui «*Nei dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso*».

⁷ Disciplinato direttamente (almeno in via primaria) dai testi in commento: v. art. 2 d.d.l. S.2548, art. 1 d.d.l. S.2607, art. 2 d.d.l. S.2643, art. 2 d.d.l. S.2656, art. 1 d.d.l. S.2660, art. 1, co. 2, lett. b), e co. 3, p.d.l. C.3548, art. 3 p.d.l. C.3561, art. 3 p.d.l. C.3563, art. 2 p.d.l. C.3611 e art. 5 p.d.l. C.3666.

⁸ Quasi sempre apportando modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184: v. art. 3 d.d.l. S.2548, art. 3 d.d.l. S.2643, art. 3 d.d.l. S.2656, art. 2 d.d.l. S.2660, art. 4 p.d.l. C.3561, art. 4 p.d.l. C.3563, art. 3 p.d.l. C.3611 e art. 2 p.d.l. C.3666. Diversa la tecnica redazionale utilizzata dalla p.d.l. C.3548, che, all'art. 1, co. 2, lett. a), si limita a stabilire l'applicazione del divieto «*nell'ambito delle procedure di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184...*».

⁹ Con rinvio a decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali per la definizione delle modalità attuative: v. art. 2 p.d.l. C.3561 e art. 2 p.d.l. C.3563.

¹⁰ V. artt. 2, co. 5, e 3, co. 1, lett. a), d.d.l. S.2548, art. 1, co. 4, d.d.l. S.2607, art. 2, co. 4, d.d.l. S.2643, art. 2, co. 4, d.d.l. S.2656, artt. 1, co. 4, e 2, co. 1, lett. a), d.d.l. S.2660, art. 3, co. 7, p.d.l. C.3561, artt. 3, co. 4, e 4 p.d.l. C.3563, artt. 2, co. 5, e 3, co. 1, lett. a), p.d.l. C.3611 e artt. 2 e 5, co. 3, p.d.l. C.3666.

¹¹ V. art. 1 d.d.l. S.2548, art. 1 d.d.l. S.2643, art. 1 d.d.l. S.2656, art. 1 p.d.l. C.3561, art. 1, co. 1, p.d.l. C.3563 e art. 1 p.d.l. C.3611.

cui questo scritto si propone di riflettere: (i) l'intreccio con il bene salute e (ii) il nesso di strumentalità fra oblio ed uguaglianza, cui corrisponderebbero, rispettivamente, (i) un ampliamento e (ii) una specificazione della base costituzionale originaria, per così dire, del diritto all'oblio.

Come la dottrina ha da tempo chiarito, esso si fonda, in linea generale, sull'art. 2 Cost., inteso quale norma «*selettivamente aperta... all'ingresso di nuove forme di manifestazione dei medesimi valori già censiti dal Costituente*»¹², nonché sull'art. 3, co. 1, Cost., laddove sancisce il valore della dignità umana¹³.

2. L'espansione della base costituzionale originaria del diritto all'oblio: tutela della salute come benessere mentale e sociale

Il richiamo operato da diversi progetti di legge all'art. 32 Cost.¹⁴ si presenta, invero, di interpretazione non immediata: quale rapporto intercorre fra oblio oncologico e tutela della salute? Di certo, proprio perché di oblio si tratta, il denominatore comune non consiste nella patologia oncologica. Anzi, balza agli occhi che, mentre nella risoluzione del Parlamento europeo si parla di «*pazienti*», la metà dei testi italiani riferisce esplicitamente il diritto all'oblio alle persone «*guarite*»¹⁵.

Non coordinandosi agevolmente con il requisito temporale prescritto, questa scelta potrebbe forse generare (evitabili) dubbi esegetici ed applicativi. Come si apprende consultando il sito *internet* del Ministero della Salute, la quantità di tempo necessaria per definire il paziente guarito¹⁶, misurabile attraverso modelli statistici¹⁷, varia in base al tipo di tumore e al sesso¹⁸. Ebbene, alla luce dell'estrema complessità del quadro scientifico di riferimento, sembra improbabile che il

¹² M.R. MORELLI, in E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio*, cit., p. 45, aderendo alla nota tesi di Franco Modugno (cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*).

¹³ In tal senso T.E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit., p. 94.

¹⁴ Il cui primo comma, come noto, dispone: «*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività...*».

¹⁵ Nello specifico, alle «*persone... che risultano clinicamente guarite*» l'art. 1 d.d.l. S.2643 e l'art. 1 d.d.l. S.2656, alle «*persone guarite*» *tout court* l'art. 1 p.d.l. C.3561, l'art. 1, co. 2, p.d.l. C.3563 e l'art. 1, co. 1, p.d.l. C.3666.

¹⁶ Cfr. L. DAL MASO, S. GUZZINATI, *Prevalenza e guarigione*, in AA. VV., *I numeri del cancro in Italia 2021*, Intermedia Editore, Brescia, 2021, p. 24: posto che la guarigione coincide con il raggiungimento dello «*stesso tasso di mortalità della corrispondente popolazione generale*», il «*tempo per la guarigione*» è definito come «*il tempo necessario dopo la diagnosi affinché l'eccesso di mortalità dovuto al tumore diventi trascurabile*».

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ivi*, p. 27.

sistema di regola (dieci o cinque anni)¹⁹ ed eccezioni²⁰ (per quanto precise e specifiche) delineato sia capace di garantire, nella totalità dei casi, piena coincidenza fra tempo dell'oblio e tempo per la guarigione. E, d'altra parte, apparirebbe incongruo l'impiego atecnico del concetto di guarigione... all'interno di una disciplina giuridica che si occupa proprio di dati relativi alla salute.

Con gli inevitabili margini di imprecisione ed approssimazione che sconta l'accostamento "profano" a questioni di tipo medico, le condizioni costitutive del diritto in esame (segnatamente: ampiezza del periodo prescritto e relativo *dies a quo*, individuato nella fine delle cure) inducono comunque a ritenere, almeno in linea di massima, che il suo titolare si sia lasciato definitivamente alle spalle la malattia.

Il riferimento all'art. 32 Cost. deve essere messo a fuoco, allora, attraverso la nota definizione contenuta nella Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità: «*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*». In quest'ottica, l'oblio oncologico preserverebbe il benessere mentale e sociale dei sopravvissuti²¹, potenzialmente lesi (o, quantomeno, alterati) quando la malattia pregressa divenga causa di irragionevoli²² disparità di trattamento, precludendo o limitando in modo insensato — per restare ai contesti applicativi citati²³ — rapporti familiari, contrattuali e lavorativi.

Un'eco significativa di tale nozione ampia di salute si rinviene, d'altronde, nella giurisprudenza della Consulta, la quale ha precisato che la tutela di cui all'art. 32 Cost. «*si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce*», e segnatamente nella «*difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi*» e nel «*diritto a trattamenti sanitari*»²⁴.

Questo importante passaggio offre spunto per rilevare la duplicità strutturale che accomuna diritto alla salute e diritto all'oblio: entrambi possono assumere

¹⁹ Prescritta dalla risoluzione del Parlamento europeo e presente in tutti i progetti di legge in commento, tranne nei d.d.l. S.2643 e S.2656, dove si prevedono termini più brevi.

²⁰ V. *supra*, § 1.

²¹ In tal senso la premessa del disegno di legge S.2607.

²² Sul canone della ragionevolezza come naturale completamento del principio di eguaglianza formale, v., *ex multis*, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 15^a ed. interamente riveduta da G. SILVESTRI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. 554-555.

²³ V. *supra*, § 1.

²⁴ Così Corte cost., sent. 16 ottobre 1990, n. 455.

contenuto oppositivo oppure pretensivo²⁵ e dunque presentare caratteristiche tipiche, rispettivamente, dei diritti di libertà o dei diritti sociali²⁶. Il diritto all'oblio nasce infatti come libertà negativa, la cui violazione è fonte di responsabilità extracontrattuale²⁷; per poi evolversi, con la diffusione di *internet* su larga scala, in posizione tutelabile attraverso rimedi di tipo non risarcitorio, ossia in diritto a prestazioni positive da parte di terzi²⁸ (cancellare, aggiornare, deindicizzare, sottrarre all'indicizzazione).

L'oblio oncologico non pare costituire una versione nettamente "oppositiva" o "pretensiva" dell'uno e/o dell'altro diritto, quanto, piuttosto, intermedia: impedisce il trattamento di dati personali relativi alla salute (profilo oppositivo) la cui indebita valorizzazione potrebbe ostacolare, in modo irragionevole e

²⁵ Distinzione esternata, per il diritto alla salute, da Cass. civ., sez. I, sent. 3 aprile 2003, n. 5129; sez. I, sent. 3 aprile 2003, n. 5131; e sez. I, sent. 3 aprile 2003, n. 5133. In dottrina v., *ex multis*, M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, p. 65 ss.

²⁶ Per le quali v., *ex multis*, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 139: «contrariamente ai classici diritti di libertà civile (i quali... affondavano le loro radici nel concetto di «libertà naturale» o di «libertà negativa»), i «diritti sociali» hanno la loro giustificazione teorica nel diverso concetto di liberazione da determinate forme di privazione di origine sociale e, quindi, hanno come scopo la realizzazione dell'eguaglianza o, più precisamente, una sintesi tra libertà ed uguaglianza o, in una parola, la libertà eguale». Sul superamento di tale distinzione in materia di salute, E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2000, pp. 7-10. Sugli incerti confini della categoria dei diritti sociali, A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, pp. 50-55.

²⁷ V. ad es., fra le pronunce più risalenti, Cass. civ., sez. III, sent. 9 aprile 1998, n. 3679, che considera il diritto all'oblio «un nuovo profilo del diritto di riservatezza... inteso come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata».

²⁸ Particolare rilevanza assume, al riguardo, Cass. civ., sez. III, sent. 5 aprile 2012, n. 5525: come sottolinea la dottrina, questa pronuncia ha «ampliato il contenuto tradizionalmente "negativo" del diritto all'oblio, qualificabile come pretesa a impedire la ripubblicazione di una notizia divulgata in passato, ricostruendo un'inedita accezione "positiva" di tale figura» (A. ALÙ, *Esiste il diritto all'oblio su internet? La complessa evoluzione di tale figura tra giurisprudenza e legge*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 1, p. 320), la quale «si trasfonde nel diritto alla contestualizzazione... cioè a vedere aggiornata la notizia pubblicata in rete ad opera del titolare del sito» (L. FEROLA, *Riservatezza, oblio, contestualizzazione: come è mutata l'identità personale nell'era di Internet*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit., p. 182).

discriminatorio, l'accesso ad opportunità riconosciute dall'ordinamento, che divengono quindi fruibili (profilo pretensivo).

3. La specificazione della base costituzionale originaria del diritto all'oblio: dalla dignità all'uguaglianza di opportunità

Occorre, a questo punto, fare un passo indietro e tornare a riflettere sul fondamento "classico" della posizione soggettiva, che assume una fisionomia del tutto peculiare.

Come è stato messo in luce, il testo costituzionale rivela l'esistenza di un'intima connessione fra dignità ed uguaglianza. Nello specifico, dalla locuzione «*pari dignità sociale*»²⁹ contenuta all'art. 3, co. 1, Cost. si deduce che tale valore, se da un lato rileva rispetto al principio di eguaglianza formale (come indica l'aggettivo «*pari*»), dall'altro presenta un legame significativo con quello di eguaglianza sostanziale, enunciato dal secondo comma dello stesso art. 3 (in quanto «*l'affermazione in ambito sociale della dignità umana implica che i pubblici poteri si adoperino per garantire il pieno rispetto ed il pieno sviluppo della persona, proprio in quanto portatrice di dignità*»)³⁰.

La figura esaminata ne costituisce conferma: l'accento si sposta dalla dignità all'uguaglianza, perché l'oblio oncologico, prim'ancora di rispondere a (pur fondamentali) esigenze di riservatezza, rappresenta uno strumento antidiscriminatorio³¹.

Operando in radice sulle fonti di possibili disparità di trattamento (normativa vigente e prassi contrattuali), esso concretizza il divieto di discriminare in base alla

²⁹ Su cui v., *ex multis*, A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, Utet, Torino, 2006, pp. 71-72; e B. CARAVITA, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 16.

³⁰ M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre - 1° ottobre 2007, § 1*, disponibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf.

³¹ In proposito, v. soprattutto i riferimenti alla «*parità di trattamento*» (nel titolo del disegno di legge S.2548) e alla «*prevenzione delle discriminazioni*» (nei titoli delle proposte di legge C.3548, C.3561, C.3563, C.3611 e C.3666).

condizione³² di ex malato di cancro, attuando il principio di eguaglianza formale³³. Come accennato alla fine del paragrafo precedente, si tratta di una forma di uguaglianza di opportunità, in quanto pone i sopravvissuti — per riprendere l'incisiva definizione di Norberto Bobbio — «nella condizione di partecipare alla gara della vita... partendo da posizioni eguali»³⁴.

L'istituto si avvicina altresì al campo dell'eguaglianza sostanziale, senza però — almeno secondo chi scrive³⁵ — esprimerne compiutamente le potenzialità. Se è vero, infatti, che l'oblio oncologico serve a porre rimedio alla situazione di oggettiva debolezza e vulnerabilità in cui viene a trovarsi l'ex paziente, è altrettanto vero che l'intervento legislativo ipotizzato non mira a rimuovere ostacoli, bensì ad evitare che la malattia superata lo divenga; in altri termini, non si propone di riequilibrare disuguaglianze (tra sani e malati), ma di preservare l'uguaglianza (tra persone sane)³⁶.

In dottrina è stato evidenziato, fra l'altro, che il diritto all'oblio «oscilla tra diritto al rispetto della dignità e dell'identità della persona e diritto alla riservatezza»³⁷. Nel caso di specie, se quest'ultima porrebbe un robusto argine al trattamento di dati relativi alla salute, l'identità personale si declina, invece, come pretesa a non rimanere imprigionati nella qualifica di (ex) malato oncologico. Pretesa riassunta in modo estremamente efficace nella formula “Io non sono il mio tumore”, slogan³⁸ dell'omonima campagna di comunicazione realizzata dalla Fondazione AIOM.

Da ultimo, lo stesso rimando all'art. 2 Cost. viene ad acquisire portata più vasta: non solo l'oblio oncologico trova copertura, quale diritto inviolabile, nella prima

³² Cfr. A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 186, secondo cui il divieto di discriminare in base alle condizioni personali e sociali rappresenta la «norma di chiusura del sistema dell'eguaglianza formale» delineato dall'art. 3, co. 1, Cost..

³³ Per alcuni esempi di attuazione legislativa del principio di eguaglianza formale, v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 553.

³⁴ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 26.

³⁵ Cfr., in senso diverso, la premessa del disegno di legge S.2607.

³⁶ Cfr. art. 3, co. 2, Cost., su cui v., *ex multis*, A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, cit., p. 88 ss.; e B. CARAVITA, *Art. 3*, cit., p. 29 ss.

³⁷ Così F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in ID., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., p. 30. Cfr. G. GIACOBBE, in E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio*, cit., p. 25 ss., e S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, cit., p. 39 ss.

³⁸ Ricordato nelle premesse delle proposte di legge C.3548, C.3561, C.3563 e C.3666.

parte della disposizione, ma la sua tutela si configura altresì come dovere inderogabile di solidarietà economica e sociale ai sensi della seconda parte³⁹.

4. Considerazioni conclusive

Il Parlamento europeo ha dunque richiamato l'attenzione del legislatore sull'esigenza — da tempo, peraltro, diffusamente avvertita nella collettività — di regolamentare una nuova forma di oblio: quello oncologico, il cui scopo è garantire all'ex paziente parità di trattamento nella sfera sociale ed economica.

Poiché l'istituto intende tutelare l'uguaglianza (di opportunità) e la salute (quale benessere mentale e sociale), il rispetto della dignità umana assorbe e supera, nei contesti di riferimento, la pur doverosa protezione dei dati personali. Questi elementi di complessità operano sotto due profili: per un verso, spingono il diritto all'oblio oltre il suo consueto spazio costituzionale; per altro verso, determinano un offuscamento dei caratteri tipici della posizione soggettiva, di cui è indice, a ben vedere, l'assenza della stessa parola "oblio" in addirittura metà dei progetti di legge presentati⁴⁰ (ma, si badi, non nelle relative premesse).

Come per l'oblio "tradizionale" e per quello digitale, si ripresenta puntualmente il tema del bilanciamento, del quale variano, tuttavia, natura e termini. Una volta tanto, non si tratta di dirimere l'annoso conflitto con la libertà d'informazione⁴¹, che impegna principalmente la giurisprudenza civile e il garante per la protezione dei dati personali. Se e quando verrà introdotta, la disciplina di cui si discute costituirà l'esito di una ponderazione normativa tra situazioni giuridiche assai eterogenee: da una parte, appunto, il diritto all'oblio oncologico; dall'altra — guardando al contenuto dei progetti di legge presentati finora — gli interessi individuali e collettivi, essenzialmente di tipo economico, che rilevano nella sfera contrattuale e lavorativa, nonché il delicatissimo interesse del minore adottato ad inserirsi in un ambiente familiare il più possibile stabile e sereno.

³⁹ In questo senso la premessa del disegno di legge S.2607. Come evidenziano M. D'AMICO, G. ARCONZO, S. LEONE, *Lezioni di diritto costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 516, dei «doveri costituzionali si può ragionare», fra l'altro, «come clausola aperta capace di informare l'intero sistema costituzionale, chiaramente ispirato al principio di solidarietà». Per una ricognizione di quelli espressamente previsti in Costituzione, v. invece, *ex multis*, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 598-600.

⁴⁰ Segnatamente, nei progetti di legge S.2548, C.3548, C.3561, C.3611 e C.3666.

⁴¹ Su cui v., *ex multis*, G.M. RICCIO, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 4, p. 549 ss.; F. AGNINO, *Il diritto all'oblio e diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo?*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 1, p. 104 ss.; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, cit., p. 109 ss..

Il solido fondamento costituzionale del nuovo istituto, unitamente ai rigidi requisiti temporali fissati, è certamente idoneo a giustificare l'irrilevanza della malattia pregressa nelle vicende considerate (anche in caso di eventuale scarto fra tempo dell'oblio e tempo per la guarigione).

Resta forse da domandarsi, alla luce dell'argomento *a contrario*⁴², se tutelare l'oblio oncologico a fronte della mera eventualità di discriminazioni (che sono al più consentite, ma non certo imposte, dalla normativa vigente⁴³) non contribuirebbe a legittimare, almeno in qualche misura, la "memoria" della malattia quando il diritto ancora non è sorto (si pensi alle patologie tumorali che richiedono tempi di guarigione particolarmente lunghi, suscettibili di integrare eccezioni al tempo ordinario dell'oblio). Un rischio che varrebbe, comunque, la pena di correre.

⁴² Per il quale «essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra norma espressa si deve escludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella stessa qualificazione normativa per qualsiasi altro soggetto o classe di soggetti» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, p. 346).

⁴³ V. ad es. l'art. 22 l. 184/1983: i progetti di legge propongono di introdurre la regola per cui le indagini relative alla salute di coloro che intendono adottare non possono avere ad oggetto una patologia oncologica pregressa, mentre la lettera del quarto comma lascia spazio, invero, a un'ampia discrezionalità valutativa, limitandosi a prevedere che dette «indagini... riguardano in particolare la capacità di educare il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare dei richiedenti, i motivi per i quali questi ultimi desiderano adottare il minore». In argomento, *ex multis*, A. GIUSTI, *Affidamento e adozione dei minori di età*, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI, vol. III, *Filiazione e adozione*, 2^a ed., Utet, Torino, 2007, p. 448.

***Vega v. Tekoh*: secondo la Corte Suprema i *Miranda warnings* non sono diritto costituzionale ***

GIACOMO COTTI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 21–499, decided June 23, 2022.

Disponibile all'indirizzo: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-499_gfbh.pdf.

Abstract (EN): *With the decision in epigraph, the Supreme Court of the United States deals with its historic precedent, Miranda v. Arizona, decreeing with a majority of 6-3 that the violation of the eponymous warnings during in custody interrogation does not constitute an infringement of constitutional rights, thus barring compensation under federal law. The contribution aims to analyse the arrest, as well as the dissenting opinion, in the light of the precedents of the Court and of the debate on the famous Miranda warnings, trying to particularly highlight whether the exclusionary rule of evidence they encompass can really be considered sufficient to protect the suspect. Furthermore, an attempt will be made to trace the profound contrasts of legal policy that still today are hidden behind this very well-known procedural safeguard.*

Keywords: *Miranda warnings; Corte Suprema; Quinto Emendamento; diritto al silenzio; privilege against self-incrimination.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La controversia. – 3. La decisione della Corte Suprema. – 4. I *Miranda warnings* e la loro progressiva erosione. – 5. I *Miranda warnings* sono diritto costituzionale? – 6. Alcune considerazioni finali.

Data della pubblicazione sul sito: 14 novembre 2022

Suggerimento di citazione

G. COTTI, *Vega v. Tekoh: secondo la Corte Suprema i Miranda warnings non sono diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche nell'Alma mater studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: giacomo.cotti2@unibo.it.

1. Introduzione

Tramite la sentenza in commento la Corte Suprema degli Stati Uniti, con una *supermajority* di 6-3, ha sancito che la violazione dei c.d. *Miranda warnings* non costituisce base legale per ottenere un risarcimento ai sensi del Titolo 42 U.S. Code § 1983¹. La decisione della massima magistratura americana prende una posizione netta riguardo lo spettro applicativo della storica decisione *Miranda v. Arizona*² e limita, «senza troppe cerimonie»³, il divieto di autoincriminazione forzata – consacrato nel Quinto Emendamento della Costituzione⁴ – alla sua sola funzione profilattica, considerata quale regola di procedura penale nel diritto statunitense⁵.

La maggioranza in *Vega v. Tekoh*⁶ ha infatti ritenuto che la violazione da parte di pubblici ufficiali dell’obbligo di fornire gli avvertimenti richiamati in *Miranda* all’arrestato – in favore del *privilege against compelled self-incrimination* e del diritto all’assistenza difensiva⁷ – non darebbe luogo ad una lesione della Carta fondamentale⁸. In altre parole, il Governo potrebbe violare *Miranda* senza dover temere sanzione alcuna sul piano civile, giacché il rimedio volto a correggere l’omissione degli avvisi rimonderebbe al solo divieto probatorio⁹, sufficiente a mantenere al di fuori della cognizione del giudice dibattimentale le dichiarazioni ottenute senza le formalità di rito.

In breve, nell’esegesi della Corte, la soppressione di qualsiasi confessione ottenuta in violazione di *Miranda* basterebbe a ritenere protetto il privilegio previsto nel Quinto Emendamento¹⁰. La conseguenza interpretativa è di non poco

¹ 42 U.S. Code § 1983 - *Civil action for deprivation of rights*: «Every person who [...] subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress [...]».

² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

³ L. HERBERT, *Tantamount to nothing: Miranda “rights” can(not) be wronged*, in *SCOTUSblog*, 27 giugno 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.scotusblog.com/2022/06/tantamount-to-nothing-miranda-rights-cannot-be-wronged/> (traduz. dell’autore).

⁴ U.S. Const., Amdt. 5, secondo cui «[n]o person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself». Applicabile agli Stati per mezzo del XIV Emendamento.

⁵ L. HERBERT, *Tantamount to nothing*, cit.

⁶ *Vega v. Tekoh*, 597 U.S. ____ (2022).

⁷ *Miranda v. Arizona*, cit., 467 ss.

⁸ L. HERBERT, *Tantamount to nothing*, cit.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

conto: *Miranda* rilevarebbe solo sul piano del diritto probatorio in ambito penale, non assumendo il più elevato e ampio rango di parametro costituzionale sostanziale.

2. La controversia

Ai fini di un'analisi dell'opinione maggioritaria (e, come si vedrà, della *dissenting opinion*) occorre prender le mosse dal caso concreto.

Nel marzo del 2014 il *nursing assistant* Terence Tekoh veniva sottoposto ad interrogatorio sul suo posto di lavoro in merito alle accuse di aggressione sessuale mossegli da una paziente. In quel frangente, tuttavia, il vice sceriffo della contea di Los Angeles Carlos Vega non provvedeva ad elencare al sospettato i canonici avvisi previsti da *Miranda*, ottenendo così una dichiarazione manoscritta con la quale il paramedico porgeva le proprie scuse per aver toccato in modo inappropriato la denunciante¹¹. Tekoh veniva dunque perseguito penalmente e, nel processo instaurato nei suoi confronti, l'accusa arrivava a produrre la confessione stragiudiziale "non-mirandizzata" (*un-Mirandized*), ritenuta ammissibile in quanto valutata *noncustodial* dal tribunale, e quindi non bisognosa degli avvertimenti¹².

Assolto nel processo di merito, l'odierno *respondent* citava in giudizio Vega ed altri per danni civili, sostenendo che, secondo la giurisprudenza *Miranda*, l'interrogatorio custodiale condotto senza i previ avvisi avrebbe determinato una violazione dei suoi diritti tutelati dalla Costituzione, fra cui il diritto a non essere costretto a divenire testimone contro sé stesso¹³. Nel giudizio risarcitorio emergeva così il contrasto interpretativo sul fondamento costituzionale dei *Miranda warnings*. La *District Court* rifiutò infatti di istruire la giuria nel senso di ritenere che una violazione degli stessi costituisse di per sé una lesione dei diritti dell'attore, indicando invece di dover valutare se il convenuto avesse o meno costretto il primo a confessare, tenuta in considerazione la «*totality of all the surrounding circumstances*» - tra cui l'omissione degli avvisi¹⁴. Secondo il tribunale, che in ultimo rigettava la domanda del Tekoh, la sola pretermissione di *Miranda* non avrebbe infatti costituito una violazione del Quinto Emendamento, non essendo quindi risarcibile secondo la legge federale¹⁵.

Di diverso avviso si dimostrò la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il *Ninth Circuit*, la quale, adita dall'attore, ribaltò la decisione ritenendo che l'uso da parte del *prosecutor* di dichiarazioni *un-Mirandized* fornisse una base normativa sufficiente a chiedere il risarcimento dei danni civili ai sensi della Sezione 1983 U.S.

¹¹ *Vega v. Tekoh*, cit., 1 ss. *Opinion of the Court*.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

Code¹⁶. In particolare, i giudici di secondo grado, pur ammettendo che la Corte Suprema avesse storicamente tenuto un atteggiamento ondivago circa la possibilità di ravvisare un'infrazione del Quinto Emendamento nella violazione di *Miranda*¹⁷, concludono affermando che la natura costituzionale dei *Miranda rights* sarebbe stata riconosciuta espressamente dalla Corte Suprema, ormai da un ventennio, in *Dickerson v. United States*¹⁸, la quale si porrebbe come precedente vincolante nel caso concreto¹⁹.

Su queste basi, i giudici del gravame ribaltavano la decisione di primo grado e rigettavano la richiesta del convenuto di *rehearing en banc*, disponendo un nuovo giudizio²⁰. Vega a questo punto richiedeva un *writ of certiorari* alla *Supreme Court* al fine di determinare se effettivamente la mancata somministrazione degli avvisi di per sé sola potesse fondare una domanda risarcitoria ai sensi del Titolo 42 U.S. Code § 1983²¹.

3. La decisione della Corte Suprema

La *Supreme Court* oggi respinge la soluzione raggiunta dalla *Court of Appeals* per il *Ninth Circuit*, definendola una inammissibile «estensione» di *Miranda*, in definitiva «sbagliata»²². L'opinione della *supermajority* conservatrice, scritta dal giudice Samuel Alito (affiancato dal *Chief Justice* John Roberts, nonché dai *Justices* Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett), rigetta, con toni quasi «increduli»²³, la possibilità che la storica sentenza del 1966 abbia mai dato adito a dubbi circa la natura essenzialmente preventiva degli avvisi²⁴.

¹⁶ *Tekoh v. County of Los Angeles*, 985 F. 3d 713 (2021).

¹⁷ *Ivi*, 719-720.

¹⁸ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). Per un commento da parte della dottrina italiana, cfr. V. FANCHIOTTI, *Una sentenza statunitense sul diritto di difesa: una retromarcia o tanto rumore per nulla?*, in *Foro Ambrosiano*, 1999, n. 2, pp. 234 ss.; L. MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 427 ss. Per osservazioni della dottrina nordamericana cfr. ad es., con diversità di vedute, M. Reid, *United States v. Dickerson: Uncovering Miranda's Once Hidden and Esoteric Constitutionality*, 38 *Hous. L. Rev.* 1343, 1343 ss. (2001); Y. KAMISAR, *From Miranda to Sec. 3501 to Dickerson to...*, 99 *Mich. L. Rev.* 879, 879 ss. (2001); C.G. BATEMAN, *Dickerson v. United States: Miranda Is Deemed a Constitutional Rule, but Does It Really Matter?*, 55 *Ark. L. Rev.* 177, 177 ss. (2002).

¹⁹ *Tekoh v. County of Los Angeles*, cit., 720 ss.

²⁰ *Vega v. Tekoh*, cit., 3 *Opinion of the Court*.

²¹ *Ivi*, 4 *Opinion of the Court*.

²² L. HERBERT, *Tantamount to nothing*, cit. (traduz. dell'autore).

²³ *Ibid.* (traduz. dell'autore).

²⁴ *Ibid.*

Secondo la Corte, infatti, «[a]t no point in the opinion [Miranda v. Arizona, ndr] did the Court state that a violation of its new rules constituted a violation of the Fifth Amendment right against compelled self-incrimination»²⁵. Né le decisioni post-Miranda li avrebbero caratterizzati come qualcosa di diverso da altrettante clausole di salvaguardia del Quinto Emendamento, idonee quindi a fornire una protezione limitata alla profilassi processuale²⁶. Nell'esegesi della Corte la lettura dei *Miranda warnings* non rappresenterebbe un autonomo diritto costituzionale dell'indagato sottoposto ad interrogatorio in *custody*, quanto piuttosto un compendio di regole di matrice giurisprudenziale volte a tutelare altri diritti (in particolare, il diritto a tacere e il *right to counsel*) durante tale atto, dimodoché contravvenire agli stessi non equivarrebbe necessariamente a infrangere la Costituzione²⁷.

In quest'ottica è logico che la violazione della norma trovi già una congrua risposta nell'inutilizzabilità delle dichiarazioni "non-mirandizzate" all'interno del procedimento penale – un divieto probatorio pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza *Miranda*²⁸–, mentre non potrà allo stesso tempo fondare una richiesta di ristoro pecuniario poiché «there is no "right" to Miranda in the Constitution to create a Section 1983 cause of action»²⁹.

La maggioranza giunge a questa conclusione seguendo un duplice argomento, di tipo storico e sistematico.

Innanzitutto, come si anticipava, le decisioni della Corte già avrebbero risolto il problema classificatorio, chiarendo la natura preventiva dei *warnings*. La maggioranza chiama a sostegno una pleora di precedenti che avrebbero adottato l'odierna esegesi³⁰, tra cui, ad esempio, *New York v. Quarles*, il quale statui come gli avvisi non sarebbero stati di per sé «rights protected by the Constitution»³¹; e *Michigan v. Tucker*, con cui la Corte distinse la condotta della polizia posta in violazione del Quinto Emendamento da un contegno che si discostasse solo dagli "standard profilattici" stabiliti in *Miranda* per proteggere tale diritto³².

La maggioranza va però oltre, e applica al riconoscimento del rimedio civilistico quell'analisi costi-benefici che è da tempo impiegata dai *nine blackmen* come

²⁵ *Ibid.*, citando *Vega v. Tekoh*, cit., 5 *Opinion of the Court*.

²⁶ *Ibid.* Cfr. *Ivi*, 6 ss. *Opinion of the Court*.

²⁷ *Ibid.* Cfr. *Ivi*, 5 *Opinion of the Court*.

²⁸ J.M. BURNS, B.R. WILSON, *Warning You of Your Right to Remain Silent is Not a Right After All*, in *National Law Review*, 15 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.natlawreview.com/article/warning-you-your-right-to-remain-silent-not-right-after-all>.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Vega v. Tekoh*, cit., 6 ss. *Opinion of the Court*.

³¹ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 654 (1984).

³² *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 445–446 (1974).

tecnica per perimetrare l'ambito applicativo di *Miranda*³³ (o meglio, per giustificare le restrizioni). Premesso che un simile bilanciamento di interessi fra diritti del sospettato e sicurezza collettiva non sarebbe neppure ammissibile qualora l'omissione degli avvisi equivalesse automaticamente ad una violazione del *right against compelled self-incrimination*³⁴, la Corte evidenzia come i costi derivanti dal riconoscimento del diritto di agire in sede civile per una violazione di *Miranda* ai sensi della *Section 1983* risulterebbero significativi.

Infatti, qualsiasi vantaggio derivante dall'estensione di *Miranda* sino ad includere il diritto di agire in giudizio per danni risulterebbe sostanzialmente controbilanciato dai suoi costi. *In primis*, si darebbe luogo ad una notevole diseconomia processuale, poiché si richiederebbe ad un giudice federale o ad una giuria di valutare questioni di diritto o di fatto già decise da un tribunale statale (ad esempio, se l'indagato si trovasse o meno *in custody* al tempo dell'interrogatorio di polizia), con conseguente «*unnecessary friction*» tra i sistemi giudiziari federale e statale³⁵.

Non solo: al giudice competente a conoscere del *tort* si porrebbero diverse questioni di rito, quali decidere se un tribunale federale che prendesse in considerazione una richiesta risarcitoria *ex* § 1983 debba restare o meno vincolato alle conclusioni fattuali del tribunale di primo grado³⁶; se le regole di decadenza, di *plain error* e di *harmless error* debbano venir trasposte dal processo penale alla sede civile³⁷; se i danni siano ravvisabili anche nei casi in cui la dichiarazione “non-mirandizzata” non abbia avuto alcuna influenza sull'esito del procedimento penale³⁸.

Il vantaggio conseguibile sarebbe inoltre reso minimo dal fatto che *Miranda* e le decisioni successive, come sopra ricordato, già fornirebbero ampia tutela contro l'autoincriminazione mediante la sanzione endo-processuale della inutilizzabilità.

Una volta chiarito che la violazione di *Miranda* non equivale a ledere il Quinto Emendamento, e dato che la Corte non ravvisa alcuna ragione sufficiente ad espandere la sua tutela al piano civilistico, il giudizio dinanzi alla Corte Suprema termina con il *reversal* della decisione del *Ninth Circuit*, rinviata alla corte di merito.

³³ *Vega v. Tekoh*, cit., 2-3 *Syllabus*. Cfr., es., *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98, 106 (2010).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ivi*, 15 *Opinion of the Court*.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Federal Rules of Criminal Procedure, *Rule 52. Harmless and Plain Error*.

³⁸ *Vega v. Tekoh*, cit., 15 *Opinion of the Court*.

4. I *Miranda warnings* e la loro progressiva erosione

Probabilmente nessuna garanzia processuale risulta altrettanto radicata nella cultura popolare e giuridica americana (nonché globale)³⁹ quanto gli avvisi indicati dalla Corte Suprema in *Miranda v. Arizona*⁴⁰. Nonostante siano noti a chiunque abbia una pur minima esperienza cinematografica o televisiva, vale la pena ricordarne il contenuto. Secondo quanto riconosciuto dalla Corte Suprema nella storica decisione, l'arrestato ha diritto a rimanere in silenzio, fermo restando che qualsiasi cosa dirà potrà essere e sarà usata nei suoi confronti in dibattimento, ed ha diritto a consultare un avvocato – nominabile anche d'ufficio in caso di indigenza – durante l'interrogatorio⁴¹.

Nel caso in cui venga sentito senza il difensore, graverà quindi sull'accusa l'onere di provare che il *waiver*, ossia la rinuncia ai propri diritti effettuata dall'indagato, sia stata «*voluntary, knowing and intelligent*»⁴², in quanto frutto di una decisione ragionevole ed informata⁴³. La mancata somministrazione degli avvisi fa quindi sì che le dichiarazioni successivamente rese dall'interrogato siano assistite da una presunzione di involontarietà, non potendo venir introdotte come prove in dibattimento anche laddove la confessione sia stata solo parziale o a discarico dell'imputato (nella prospettazione offerta dall'accusa)⁴⁴. Non solo: nella fase del *trial* non potrà neppure venir fatta menzione da parte del *prosecutor* del ricorso alla garanzia del silenzio da parte dell'imputato, che risulterebbe altrimenti sanzionato (in via indiretta) per l'esercizio di un proprio diritto⁴⁵.

Nonostante l'apparente linearità di questa cautela, problemi del tipo affrontato in *Vega* non sono nuovi nella giurisprudenza della *Supreme Court*. Infatti, dopo lo storico riconoscimento del privilegio contro l'autoincriminazione forzata in fase

³⁹ Tale sentenza venne percepita dalla coeva letteratura italiana come un importante sostegno al riconoscimento del diritto al silenzio, che in quegli stessi anni veniva operato per via normativa nel processo penale domestico tramite l. 5 dicembre 1969, n. 932. Cfr. V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 82 ss.; M. SCAPARONE, *Common law e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 48 ss.; V. FANCHIOTTI, *Dal caso Miranda al caso Dickerson. Lo jus tacendi continua a far discutere*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 4, pp. 507 ss.

⁴⁰ Secondo *Dickerson v. United States*, cit., 443 «*Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture.*»

⁴¹ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 811-812.

⁴² Cfr., *ex multis*, *Colorado v. Spring*, 479 U.S. 564, 581 (1987).

⁴³ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, cit., pp. 811-812.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

investigativa, operato sotto la presidenza Warren, il massimo organo giudiziario americano (sotto le presidenze dei *Justices* Burger e Rehnquist) si è sforzato di contenere la *vis* espansiva di tale pronuncia⁴⁶ – e quindi dei diritti da essa protetti. Tale traiettoria si può leggere nella costante individuazione di limiti all’ambito applicativo di *Miranda* e nel riconoscimento di ampie eccezioni alla *exclusionary rule*⁴⁷.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte si è dimostrata pronta a riconoscere anche l’*implied waiver* del diritto al silenzio⁴⁸, così come ha ritenuto utilizzabili le dichiarazioni ottenute tramite la c.d. *two-step interrogation* – ossia durante una audizione “mirandizzata”, ancorché successiva ad un primo *questioning* privo di avvisi⁴⁹.

Sul piano dell’esenzione dagli avvertimenti, invece, la Corte ha da tempo individuato spazi liberi da *Miranda* in quelle domande rientranti nella *routine* delle forze dell’ordine, come il nome ed indirizzo del sospettato⁵⁰ e le domande rivolte durante i *traffic stops*⁵¹, nonché in quelle richieste o perquisizioni strumentali alla tutela della sicurezza pubblica (*public safety exception*)⁵² o del pubblico ufficiale coinvolto⁵³, ed ancora in caso di domande poste al sospettato da un agente sotto copertura⁵⁴.

Queste contropunte non sono incidentali, ma riflettono una precisa preoccupazione (quantomeno di una parte) dei supremi giudici, ossia il pericolo che un’eccessiva salvaguardia delle facoltà difensive dell’arrestato possa portare a mancate condanne, dovute all’impossibilità per gli inquirenti di ottenere confessioni⁵⁵. Simili timori non hanno tardato a riflettersi in un attacco su più fronti

⁴⁶ L.A. LUNNEY, *The Erosion of Miranda: Stare Decisis Consequences*, 48 *Cath. U. L. Rev.* 727, 727-728 (1999).

⁴⁷ A.L.-T. CHOO, *The Privilege against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 92-93.

⁴⁸ Cfr., es., *Bergbuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370, 382, 388-389 (2010), secondo cui una dichiarazione del sospettato che abbia ricevuto e compreso i *warnings* sarebbe sufficiente per presumere la rinuncia alla garanzia.

⁴⁹ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 298 ss. (1985).

⁵⁰ *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582, 584 (1990).

⁵¹ *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420, 437 ss. (1984).

⁵² *New York v. Quarles*, cit., 656-658.

⁵³ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20-30 (1968).

⁵⁴ *Illinois v. Perkins*, 96 U.S. 292, 294 (1990).

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, P.G. CASSELL, *The Costs of the Miranda Mandate: A Lesson in the Dangers of Inflexible, Prophylactic Supreme Court Inventions*, in *Arizona State Law Journal*, 28 *Ariz. St. L. J.* 299, 303-313 (1996).

alla tenuta di *Miranda*, espresso nell'ultimo mezzo secolo tramite tentativi di *overturning* legislativo, nonché attraverso forti critiche politiche e dottrinali⁵⁶.

Infatti, già all'indomani della decisione, nel 1968, il Congresso approvò l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*⁵⁷, codificando il Titolo 18 U.S.C. § 3501 (*Admissibility of confessions*) con il chiaro intento di superare il protocollo degli avvisi⁵⁸. La disposizione rendeva ammissibili le dichiarazioni dell'arrestato da parte dei *federal trial judges* sol che queste fossero ritenute volontarie sulla base della totalità delle circostanze del caso, ed indipendentemente dalla somministrazione dei *warnings* – di fatto reintroducendo quell'erratico *voluntariness test* che aveva rappresentato lo standard di ammissibilità delle dichiarazioni pre-*Miranda*⁵⁹.

Tale iniziativa, pienamente inserita nel clima di quella *law and order policy* che succedette alla *due process revolution* degli anni Sessanta⁶⁰, trovò il proprio corrispettivo sul piano accademico, ove parte della dottrina mise in dubbio il precedente del 1966 a livello empirico, lamentandone effetti negativi in termini di *crime clearance rate*⁶¹.

5. I *Miranda warnings* sono diritto costituzionale?

Le preoccupazioni di politica criminale che traspaiono dalla giurisprudenza e dalla dottrina post-*Miranda* si riflettono sulla questione della costituzionalità degli avvertimenti. L'esatta natura dei *Miranda warnings* ha infatti da sempre dato luogo ad accese dispute in dottrina e giurisprudenza⁶².

Ricapitolando, secondo una prima impostazione (oggi sposata espressamente dalla Corte Suprema) l'obbligo di fornire gli avvertimenti sarebbe null'altro che una *prophylactic rule*, ossia una regola d'esclusione probatoria nata per elaborazione giurisprudenziale, il cui scopo sarebbe quello di offrire una difesa

⁵⁶ B.B. DONALD, N. LANGSTON, *Fifty Years Later and Miranda Still Leaves Us with Questions*, 50 *Tex. Tech L. Rev.* 1, 2 (2017).

⁵⁷ *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, Pub. L. 90-351, June 19, 1968.

⁵⁸ M. MIRAGLIA, *Garanzie costituzionali nel processo statunitense*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 41-42.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Per un approfondimento, cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 7 ss.

⁶¹ Per tale visione critica cfr., es., P.G. CASSELL, R. FOWLES, *Still Handcuffing the Cops? A Review of Fifty Years of Empirical Evidence of Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement*, 97 *Bost. U. L. Rev.* 685, 687 ss. (2017).

⁶² L.A. LUNNEY, cit., 729.

anticipata ad altri diritti costituzionali – suscettibile perciò di venir violata senza ledere necessariamente e direttamente la Costituzione⁶³.

Per un diverso approccio, la lettura dei *warnings* rappresenterebbe invece una vera e propria *constitutional rule*, richiesta dalla Carta fondamentale come espressione del diritto a non contribuire alla propria incriminazione e del *right to counsel*, tanto da risultare insensibile a tentativi di superamento da parte del legislatore federale⁶⁴.

Un terzo orientamento, ancor più radicalmente, obietta sui termini stessi della contrapposizione, rifiutando la rigida dicotomia tra regole di profilassi e norme costituzionali⁶⁵.

Questi apparenti «giochi di parole»⁶⁶ tradiscono un'incertezza di fondo circa il modo di intendere la natura degli avvertimenti prescritti in *Miranda*. Le difficoltà tassonomiche altro non sono, infatti, che il riflesso della diversa coerenza che si intende attribuire agli avvisi, a sua volta conseguente all'opzione che si presceglie circa la loro collocazione nella gerarchia delle fonti⁶⁷.

La questione non è stata affrontata compiutamente nella giurisprudenza della Corte. Difatti, né la Burger né la Rehnquist *Court* si sono dimostrate disposte a portare il dibattito alle estreme conseguenze, poiché ciò avrebbe richiesto di rispondere ad una spinosa domanda: con quale autorità può la Corte Suprema imporre ai singoli Stati dell'Unione di dar applicazione a *Miranda*, e impedire al legislatore federale di abrogarla, se gli omonimi avvisi non hanno un fondamento costituzionale?⁶⁸

Il dilemma può essere così riassunto: se gli avvertimenti delineati dalla Corte Suprema originano dall'interpretazione della Carta fondamentale, al Congresso mancherebbe il potere di superarli; se *Miranda* è solo una regola di profilassi non costituzionalmente fondata, allora il potere legislativo ben potrebbe sostituire al

⁶³ Cfr., *ex multis*, J.D. GRANO, *Miranda's Constitutional Difficulties: A Reply to Professor Schulhofer*, 55 *U. Chi. L. Rev.* 174, 176–177 (1988). La nozione stessa di “*prophylactic rule*” è da tempo oggetto di dibattito nella dottrina nordamericana circa la sua estensione e legittimità. Cfr., *es.*, B.K. LANDSBERG, *Safeguarding Constitutional Rights: The Uses and Limits of Prophylactic Rules*, in *Tennessee Law Review*, 66 *Tenn. L. Rev.* 925, 926 ss. (1999).

⁶⁴ *Dickerson v. United States*, *cit.*, 444.

⁶⁵ Cfr., *es.*, J.T. PARRY, *Constitutional Interpretation, Coercive Interrogation, and Civil Rights Litigation After Chavez v. Martinez*, 39 *Ga. L. Rev.* 733, 786 (2005); D.A. STRAUSS, *Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 *Mich. L. Rev.* 958, 960 (2001).

⁶⁶ *Tekoh v. County of Los Angeles. Ninth Circuit Denies Rehearing En Banc to Consider Whether a Miranda Violation Can Give Rise to a Claim under § 1983*, 135 *Harv. L. Rev.* 1496 (2022), disponibile all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/2022/03/tekoh-v-county-of-los-angeles/> (traduz. dell'autore).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ L.A. LUNNEY, *cit.*, 749.

precedente la propria disciplina anche *in malam partem*, aprendo però lo scontro con il potere giudiziario sulla sopra evidenziata «*underlying constitutional issue*»⁶⁹.

Proprio questa è la critica che si legge tra le righe della *dissenting opinion* redatta dalla *minority* liberale della Corte in *Vega*. I giudici Kagan (estensore), Breyer e Sotomayor sono apparsi quasi «confusi» dall'opinione della maggioranza⁷⁰, dato che i membri della Corte si sono dimostrati «tutti sostanzialmente d'accordo» con le premesse giuridiche di *Miranda*⁷¹: ossia, che essa garantisce un diritto protetto dalla Costituzione; che riconosce all'imputato un «*legally enforceable entitlement – in a word, a right – to have his confession excluded*»⁷²; che si tratta di una decisione di origine costituzionale ricognitiva di un livello «minimo costituzionale»⁷³ di salvaguardia d'un diritto (al silenzio e all'assistenza legale), non abrogabile da parte del legislatore⁷⁴; che, in definitiva, fornisce «*constitutional guidelines*» per le corti e le *law enforcement agencies*⁷⁵. Proprio per non smentire queste premesse, la questione posta sul tavolo – se *Miranda* sia un diritto garantito dalla Costituzione – avrebbe dovuto esser risolta in senso affermativo⁷⁶, avendo la stessa Corte già riconosciuto il suo precedente del 1966, in *Dickerson*, come «sculpto nella pietra costituzionale»⁷⁷.

Quest'ultima pronuncia, più volte menzionata in *Vega*, occupa infatti un ruolo chiave nell'esame della natura dei *warnings*. Grazie all'invocazione del loro contenuto sovra-legale, la Corte Suprema, nella decisione del 2000, ha potuto ritenere incostituzionale quel § 3501 dello U.S. Code come modificato dall'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, salvaguardando la tenuta del proprio precedente⁷⁸. Secondo tale arresto, infatti, le regole di *Miranda* sarebbero da ritenere diritto costituzionale - al punto che il Congresso non avrebbe l'autorità di introdurre per via normativa cautele di grado inferiore a quanto riconosciuto nella sentenza del 1966⁷⁹. Per l'effetto, nel caso odierno la violazione dei noti avvisi

⁶⁹ *Ivi*, 750.

⁷⁰ L. HERBERT, *Tantamount to nothing*, cit. (traduz. dell'autore).

⁷¹ *Vega v. Tekob*, cit., 4 Kagan J., *dissenting*, (traduz. dell'autore).

⁷² *Ivi*, 5.

⁷³ *Ivi*, 3 (traduz. dell'autore).

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ivi*, 2.

⁷⁶ L. HERBERT, *Tantamount to nothing*, cit.

⁷⁷ *Vega v. Tekob*, cit., 4 Kagan J., *dissenting* (traduz. dell'autore).

⁷⁸ G.C. THOMAS III, R.A. LEO, *The Effects of Miranda v. Arizona: Embedded in Our National Culture*, 29 *Crime & Just.* 203, 205-206 (2002).

⁷⁹ *Dickerson v. United States*, cit., 429, 432, 437 ss.

integrerebbe quella privazione di «rights [...] secured by the Constitution» richiesta per ottenere una riparazione pecuniaria⁸⁰.

La portata di *Dickerson* non può esser facilmente sminuita, come pure appare nell'opinione maggioritaria: non solo quella di “regola costituzionale” è l'interpretazione dei *warnings* più fedele alla lettera degli stessi delineata in *Miranda* – essendo sufficiente un primo sguardo a tale pronuncia per rendersi conto di come la Warren Court intendesse fare applicazione diretta del privilegio contro l'autoincriminazione⁸¹ –, ma anche la più confacente al principio dello *stare decisis*⁸².

Senza pretesa di esaustività, si rammenta come il precedente vincolante sia il fulcro degli ordinamenti di *common law*, poiché garantisce ad un sistema normativo *judge-made* quella costanza d'interpretazione necessaria a far ritenere i principi fondamentali basati non già sulle inclinazioni dei singoli magistrati o delle singole Corti, quanto piuttosto sulla legge in sé⁸³. Naturalmente, il principio di *stare decisis* non preclude l'*overturning* del precedente, ma lo limita a casi stringenti⁸⁴.

È pur vero che la massima corte americana ha storicamente dimostrato di non farsi condizionare troppo dai propri precedenti, superandoli quando necessario⁸⁵. Ma questa osservazione non cambia la tecnica decisionale: se *Dickerson* e *Miranda* sono ancora oggi da ritenersi *good law* – e l'opinione maggioritaria non fornisce indicazioni in senso contrario –, allora questi sono *binding precedents* nel caso di specie e, per l'effetto, dalla natura costituzionale dei *warnings* dovrebbe discendere la risarcibilità della violazione di *Miranda* ai sensi della *Section 1983*. Se invece tale dottrina non è più da ritenere attuale perché, in ipotesi, errata, «*unworkable or [...] badly reasoned*»⁸⁶, ben avrebbe potuto la Corte procedere all'*overruling*, a patto di giustificare adeguatamente e, va detto, assumendosene la responsabilità.

D'altro canto, la tesi della maggioranza prova troppo: ritenere la violazione di *Miranda* esclusa dall'ambito applicativo del Titolo 42 U.S. Code § 1983 ove prescrive una riparazione per la «*deprivation of [...] rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws [...]*» significherebbe infatti ritenere non solo che i *warnings* non abbiano valore costituzionale (*Constitution*),

⁸⁰ Come affermato peraltro dalla Corte d'Appello in *Tekoh v. County of Los Angeles*, cit., 720.

⁸¹ Cfr. in particolare *Miranda v. Arizona*, cit., 442, 444, 458 ss.

⁸² G. STANZIONE, *Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*, Cedam, Assago – Padova, 2017, pp. 207-208, nota 14.

⁸³ J.M. BURNS, B.R. WILSON, *Warning You of Your Right to Remain Silent is Not a Right After All*, cit. Cfr., *ex multis*, *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265–266 (1986).

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Sono 145 i casi di *overruling* dal 1789 al 2022.

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44, 63 (1996).

ma neppure normativo-primario (*laws*), di fatto disattendendo la loro vincolatività per i destinatari del comando.

Del pari, ritenere che la risarcibilità delle violazioni possa esser assoggettata ad un bilanciamento di costi e benefici (come suggerito in nota dai giudici maggioritari)⁸⁷, al pari delle altre applicazioni di *Miranda*, sconterebbe non solo l'ambiguità di affidare il rimedio civilistico alla valutazione discrezionale del giudice⁸⁸, ma contraddirebbe anche il chiaro tenore della Sezione 1983, che la stessa Corte ha in passato ammesso ricomprendere qualunque "diritto" in senso ampio, ossia «*anything that creates specific "obligations binding on [a] governmental unit" that an individual may ask the judiciary to enforce*⁸⁹».

6. Alcune considerazioni finali

A sommo avviso di chi scrive, quindi, la *dissenting opinion* si mostra più aderente alla lettera e allo spirito di *Miranda* di quanto non faccia la decisione della *supermajority*, evidentemente preoccupata del contenzioso che sarebbe probabilmente scaturito da una decisione favorevole al *respondent*. Il "pericolo" che, in casi analoghi, la riconosciuta estensione della *liability* potesse portare i pubblici ufficiali ad investigazioni meno efficaci - dovute al timore di azioni risarcitorie - e gravare eccessivamente sui budget della polizia è stato infatti messo in luce, con preoccupazione, dall'*amicus brief* presentato in favore del *petitioner* dalla *National Association of Police Organizations*⁹⁰.

Alcune ulteriori considerazioni potrebbero però militare in favore del riconoscimento di un rimedio risarcitorio per violazione degli avvisi.

In primo luogo, la tutela di *Miranda* non dovrebbe ritenersi limitata al solo diritto delle prove⁹¹. I *dissenting judges* sottolineano infatti come la storica pronuncia del 1966 sia intervenuta ad elevare lo standard di correttezza in cui viene

⁸⁷ *Vega v. Tekoh*, cit., 14 note 6 *Opinion of the Court*.

⁸⁸ THE FEDERALIST SOCIETY, *Courthouse Steps Decision: Vega v. Tekoh*, in *YouTube*, 6 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=Rk6-XYNxCso>.

⁸⁹ *Vega v. Tekoh*, cit., 2 Kagan J., *dissenting*.

⁹⁰ *Brief Of Amicus Curiae National Association Of Police Organizations In Support Of Petitioner* 4-11, 3 novembre 2021, disponibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-499/198646/20211103145707255_21-499%20NAPO%20Tekoh%20Amicus%20Final.pdf.

⁹¹ Desta peraltro meraviglia la distinzione tra prove penali e prove civili che la *majority* sembra indicare, quando il regime dell'*evidence* dovrebbe invece essere il medesimo nei due ambiti giurisdizionali – eccezion fatta per lo standard di giudizio (*beyond any reasonable doubt* in sede penale, *preponderance of evidence* in sede civile).

posto in essere l'interrogatorio⁹², ossia quel segmento procedimentale in cui più forte è la soggezione dell'individuo all'autorità. In un ordinamento penale, quello nordamericano, che concepiva (e concepisce) in via assolutamente prevalente il *questioning* come momento investigativo e non già difensivo⁹³, le domande venivano rivolte in una *police-dominated atmosphere*, un clima intrinsecamente coercitivo nel quale spesso avvenivano vessazioni (fisiche e) psicologiche sull'arrestato finalizzate a carpirne la confessione⁹⁴.

Miranda, ancorché indirettamente⁹⁵, ha dato una risposta a questi abusi: non solo escludendo dalla piattaforma decisionale del *trial* le dichiarazioni ottenute senza gli avvisi sui diritti costituzionali, ma anche contribuendo nel tempo ad innalzare lo standard di professionalità degli apparati investigativi⁹⁶ e a diminuire il rischio di *wrongful convictions*, che spesso traggono origine proprio da false confessioni⁹⁷. La somministrazione degli avvertimenti, quindi, non è solo prodromica alla selezione delle dichiarazioni che potranno transitare in dibattimento, ma serve, ancor prima, a riequilibrare il più possibile la fisiologica asimmetria tra indagato e inquirenti che si verifica durante l'interrogatorio⁹⁸, garantendo il rispetto dell'individuo nella sua integrità (fisica e) morale.

Queste considerazioni assumono ancora più rilievo se calate nello specifico contesto del processo penale statunitense. Il rimedio invocato dalla maggioranza, ossia la sola soppressione delle dichiarazioni "non-mirandizzate" in dibattimento, il più delle volte potrebbe non essere neppure invocabile, se si pone mente al fatto che nel sistema giudiziario americano più del novanta per cento dei procedimenti penali termina senza giungere alla fase del *trial*, venendo definito tramite pratiche negoziali che suppongono un'ammissione di colpevolezza⁹⁹. In questo quadro, la lettura degli avvisi e la protezione dello *ius tacendi* già in fase investigativa appaiono cruciali, dato che l'infrazione delle garanzie previste a favore dell'indagato può

⁹² *Ivi*, 1 Kagan J., *dissenting*.

⁹³ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, cit., p. 813.

⁹⁴ Esplicitamente menzionate in *Miranda v. Arizona*, cit., 446, ossia «*beatings, hanging, whipping [...] sustained and protracted questioning incommunicado in order to extort confessions.*»

⁹⁵ G.C. THOMAS III, R.A. LEO, *The Effects of Miranda v. Arizona*, cit., 220-221.

⁹⁶ G.M. CAPLAN, *Questioning Miranda*, 38 *Vand. L. Rev.* 1417, 1444 (1985).

⁹⁷ Come messo in luce dal *Brief Of False Confession And Wrongful Conviction Scholars As Amici Curiae In Support Of Respondent* 5, 6 aprile 2022, disponibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-499/220441/20220406144719696_Vega%20Amicus%20Brief.04-06-22.pdf, «*[f]here is an inexorable connection between false confessions and wrongful convictions.*»

⁹⁸ G.C. THOMAS III, R.A. LEO, *The Effects of Miranda v. Arizona*, cit., 221.

⁹⁹ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, cit., p. 813.

giocare un ruolo decisivo nello spingere il *prosecutor* a negoziare la pena e, contemporaneamente, nel determinare la «forza contrattuale dell'imputato»¹⁰⁰.

In breve, molte violazioni di *Miranda*, in assenza quantomeno di un ristoro pecuniario, sarebbero destinate a rimanere del tutto prive di sanzione (come del resto avvenuto proprio nel caso in commento).

Alla luce di quanto esposto, la possibilità di promuovere una *lawsuit* – quantomeno laddove nessun altro rimedio risulti accessibile – potrebbe da una parte fornire una tutela minima al diritto al silenzio e agli altri diritti costituzionali potenzialmente coinvolti nell'interrogatorio (es. *due process*¹⁰¹, divieto di trattamento *cruel and unusual*)¹⁰², ed allo stesso tempo indurre gli inquirenti ad una “spontanea” osservanza dei *warnings*¹⁰³. D'altronde la stessa maggioranza in *Vega*, nell'ultimo inciso della propria opinione, sembra ammettere una simile ipotesi, ove riconosce che in non meglio chiarite «*unusual circumstances*» la regola di esclusione probatoria potrebbe non essere sufficiente a rimediare alla violazione del divieto probatorio¹⁰⁴.

Un ulteriore argomento può poi essere speso in favore di questa soluzione, e riguarda quella analisi costi-benefici che la Suprema Corte da circa mezzo secolo impiega per valutare l'ambito applicativo di *Miranda*. Un tale bilanciamento viene storicamente operato tenendo in considerazione una rigida dicotomia tra *public safety* e diritti individuali, in cui le esigenze di prevenzione e repressione del crimine si pongono in alternativa alle garanzie del sospettato, spesso viste come ostacoli all'accertamento del fatto. Se anche si accedesse al ragionamento secondo cui gli avvisi sarebbero mere regole di profilassi, si potrebbe comunque sostenere che esse non rappresentino quella «*carefully crafted balance designed to fully protect both the defendant's and society's interest [...]*»¹⁰⁵, come la maggioranza in *Vega* ha invece ritenuto. La Corte Suprema non annovera infatti tra i costi sociali il

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ U.S. Const., Amdt. 14.

¹⁰² *Ivi*, Amdt. 8. In relazione alle pratiche di *coercive interrogation*, cfr. A.N. GUIORA, *Constitutional Limits on Coercive Interrogation*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁰³ B. HOLLAND, *Constitutional Rights Versus Constitutional Rules: Does a Miranda Violation Alone Establish a Federal Civil Rights Claim?*, 49.7 *A.B.A. Supreme Court Preview Journal* 22 (2022), *Gonzaga University School of Law Research Paper Forthcoming*, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4083307>.

¹⁰⁴ *Vega v. Tekoh*, cit., 15-16 *Opinion of the Court*.

¹⁰⁵ P.G. CASSELL, *Balanced Approaches to the False Confession Problem: A Brief Comment on Ofshe, Leo, and Alschuler*, 74 *Denv. U. L. Rev.* 1123, 1124 (1997), che cita *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 433 note 4 (1986).

discredito che l'impiego di sotterfugi e inganni (tra cui gli aggiramenti di *Miranda*) getta sulle forze dell'ordine e sul più ampio sistema penale¹⁰⁶.

Occorrerebbe, come pure è stato notato, un cambio di paradigma, che consideri nella più ampia nozione di sicurezza pubblica anche la c.d. *procedural justice*¹⁰⁷. Proprio questa innovazione viene individuata nel *Final Report* della *Task Force on 21st Century Policing* quale viatico per costruire fiducia e legittimazione tra società civile e forze dell'ordine¹⁰⁸. Senza poter oltre affrontare l'argomento, preme solo sottolinearne il messaggio, ossia che la forma procedimentale è anche sostanza: «*[i]f legal authorities exercise their authority fairly, they build legitimacy and increase both willing deference to rules and the decisions of the police and courts, as well as the motivation to help with the task of maintaining social order in the community*»¹⁰⁹.

In quest'ottica, ammettere una tutela risarcitoria quale *last resort* in caso di violazione degli avvertimenti ben potrebbe contribuire a migliorare la *accountability* delle forze dell'ordine, a sua volta facilitando l'edificazione di quella giustizia procedurale di cui potrebbe beneficiare la società nel suo complesso.

Questo elaborato non pretende certo di esaurire il dibattito attorno al *privilege against self-incrimination*. Nondimeno, gli elementi evidenziati permettono un'osservazione: poche pronunce giurisprudenziali toccano così tanto i gangli vitali della politica del diritto americano come *Miranda*¹¹⁰.

Così come non è difficile leggere una connessione tra la fine della *Warren Court* e la progressiva erosione di questo *landmark case*, parlato da una *law and order policy* inaugurata sotto la presidenza di Richard Nixon – ed opportunamente interpretata dai suoi numerosi (ben quattro) *appointees* alla Corte Suprema¹¹¹ –, allo stesso modo non sfugge il collegamento fra il formarsi di una compatta *supermajority* conservatrice – sorta con la nomina di Amy Coney Barrett al posto

¹⁰⁶ M. ETIENNE, R. MCADAMS, *Police Deception in Interrogation as a Problem of Procedural Legitimacy*, 54 *Tex. Tech L. Rev.* 21, 32 (2021).

¹⁰⁷ *Ivi*, 22 ss.

¹⁰⁸ PRESIDENT'S TASK FORCE ON 21ST CENTURY POLICING, *Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing*, Office of Community Oriented Policing Services, Washington, DC, 2015, disponibile all'indirizzo https://cops.usdoj.gov/pdf/taskforce/taskforce_finalreport.pdf.

¹⁰⁹ T.R. TYLER ET AL., *Psychology of Procedural Justice and Cooperation*, in G. BRUINSMAN, D. WEISBURD (eds.), *Encyclopedia Of Criminology And Criminal Justice*, Springer, New York, 2014, p. 4011.

¹¹⁰ Cfr. R.A. LEO, *The Impact of Miranda Revisited*, 86 *J. Crim. L. & Criminology* 621, 622 (1995-1996), che sottolinea l'intensità del dibattito politico, popolare e accademico sorto attorno alla decisione.

¹¹¹ J. DRESSLER, *Miranda v. Arizona: Be Grateful for Small Favors*, 50 *Tex. Tech L. Rev.* 51, 54 ss. (2017).

della defunta Ruth Bader Ginsburg – e la volontà odierna di contenere la tutela del diritto al silenzio, ancorché sul piano risarcitorio.

A modesto avviso di chi scrive, tuttavia, *Miranda* rappresenta una conquista di civiltà giuridica che non può venir superata senza un espresso e giustificato *overruling*¹¹² – a meno di non voler rischiare la delegittimazione della Corte e del suo modo di operare.

¹¹² Cfr. L.A. LUNNEY, cit., 800.

La decretazione d’urgenza e i riflessi del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica all’epoca del Covid-19

PAOLO LONGO*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La decretazione d’urgenza all’epoca del Covid-19: analisi di un fenomeno a tendenza crescente. – 2.1. I decreti-legge emanati per fronteggiare l’impatto della crisi pandemica sull’economia nazionale. – 3. I riflessi del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica. – 4. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 14 novembre 2022

Suggerimento di citazione

P. LONGO, *La decretazione d’urgenza e i riflessi del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica all’epoca del Covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Avvocato del Foro di Lecce; consulente legislativo presso la Camera dei deputati.
Indirizzo mail: avv.longopaolo@gmail.com.

1. Premessa

Il fenomeno della decretazione d'urgenza¹ è caratterizzato da alcune degenerazioni che, come è noto, sono ben radicate nel tempo².

Pur riconosciuto *ab origine* quale strumento finalizzato a fronteggiare esclusivamente circostanze di carattere eccezionale, il decreto-legge ha subito un mutamento della propria connotazione legislativa, divenendo «una sorta di *iter* alternativo per la produzione delle norme primarie»³. Tale aspetto ha determinato

¹ Sul punto cfr. A. CELOTTO, *Parlamento e poteri legislativi del Governo in Italia: l'abuso del decreto d'urgenza (decreto-legge)*, in *Derecho PUCP*, 2002, p. 56, il quale utilizza l'espressione «clausola generale» per qualificare la formulazione normativa contenuta nella Carta costituzionale, all'articolo 77, con riferimento ai casi straordinari di necessità e urgenza che legittimano il Governo – più propriamente il Consiglio dei Ministri – a ricorrere allo strumento normativo del decreto-legge.

² Durante il Regno d'Italia, in mancanza di un'espressa previsione di diritto positivo all'interno dello Statuto Albertino del 1848, il ricorso alla decretazione d'urgenza si affermò nella prassi legislativa con notevoli abusi. La successiva legge del 31 gennaio 1926, n. 100, recante «*Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*», in seguito abrogata dal decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 212, non rimediò a tale problematica, determinando nel corso del ventennio fascista una produzione normativa basata principalmente sui decreti-legge. In particolare, essa prevedeva, all'articolo 3, la facoltà in capo al Governo di emanare norme aventi forza di legge «nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano», sottoponendo esclusivamente al controllo politico del Parlamento il sindacato di tali presupposti e disponendo, altresì, qualora entro due anni dalla pubblicazione non fosse seguita la conversione in legge di tali provvedimenti, la cessazione degli effetti dei medesimi dal giorno della scadenza del predetto termine. Sebbene, poi, nei primi anni dalla nascita della Repubblica il fenomeno dell'adozione dei provvedimenti d'urgenza avesse registrato un moderato affievolimento, il radicale cambiamento del sistema politico avvenuto a partire dagli anni Novanta mise in crisi il procedimento legislativo; sul punto cfr. N. LUPPO, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, in *LUISS School of Government Policy Brief*, 13, 2020, p. 2. Il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza, quale potestà governativa di normazione primaria, e alla questione di fiducia su maxiemendamenti sembrarono coerenti con l'esigenza di garantire a governi e a coalizioni tendenzialmente rappresentative della volontà popolare l'attuazione dei loro programmi elettorali: in tal modo, si evitò al mancato adeguamento ai regolamenti parlamentari alle nuove leggi elettorali di carattere prevalentemente maggioritario.

³ A. CELOTTO, *Il controllo della Corte costituzionale italiana sugli abusi del decreto-legge: il caso della "reiterazione", fenomeno tipico degli ordinamenti italiano e brasiliano*, in J. VEGA GOMEZ, E. CORZO SUSA (coor.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional

notevoli distorsioni⁴, quali l'emanazione di decreti-legge anche in casi di manifesta assenza di ogni motivo di urgenza e la reiterazione⁵, qualificandosi di fatto la decretazione d'urgenza come la forma prevalente di legislazione e la conversione dei decreti-legge quale preponderante impegno legislativo delle Camere.

Sebbene la nota pronuncia della Consulta n. 360/1996 abbia avuto il merito di ridurre notevolmente proprio il fenomeno della reiterazione, sino a causarne di fatto la scomparsa⁶, i decreti d'urgenza si sono comunque trasformati nel tempo in

Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2002, p. 118.

⁴ A. CELOTTO, *Parlamento e poteri legislativi del Governo in Italia*, cit., p. 56.

⁵ Le fattispecie di reiterazione si sostanziano essenzialmente nei casi di contestuale esame in Parlamento di due o più decreti-legge identici emanati in successione tra essi, senza che sia decorso il termine per la conversione in legge del primo provvedimento d'urgenza fra i medesimi, ovvero di nuova emanazione di un decreto-legge identico ad un precedente decaduto per scadenza del termine di conversione o per espressa deliberazione delle Camere; riferimenti specifici sui decreti-legge reiterati sono desumibili da S.M. CICONETTI, *La reiterazione dei decreti-legge*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 62; oppure in A. CELOTTO, *L'«abuso» dei decreti-legge*, Cedam, Padova, 1997, pp. 466 ss. Un primo passo verso un procedimento legislativo costituzionalmente orientato si ebbe dopo la nota pronuncia della Consulta n. 360/1996: una norma contenuta in un provvedimento d'urgenza (l'articolo 6, comma 4, del decreto-legge n. 462/1996) fu annullata per aver «reiterato, con contenuto immutato ed in assenza di nuovi presupposti di necessità ed urgenza, la disposizione espressa nell'articolo 12, comma 4, dei decreti impugnati». Si tratta dei decreti-legge n. 463/1995 e n. 113/1996, recanti «Disposizioni in materia di riutilizzo dei residui derivanti da cicli di produzione o di consumo in un processo produttivo o in un processo di combustione, nonché in materia di smaltimento dei rifiuti». Ad avviso della Corte costituzionale, sul piano generale «il decreto legge iterato o reiterato – per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali – lede la previsione costituzionale sotto più profili». La Consulta, sulla base delle argomentazioni contenute nella sentenza n. 360/1996, ha ritenuto configurata una lesione del dettato costituzionale perché la reiterazione del decreto-legge «altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere “straordinario” dei requisiti di necessità e dell'urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata».

⁶ A. SIMONCINI, *La «fine» della reiterazione dei decreti-legge*, in AA. VV., *Osservatorio sulle fonti 1997*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 19.

provvedimenti ancor più eterogenei – c.d. decreti *omnibus* – ulteriormente arricchiti nel corso dell'esame parlamentare prodromico alla conversione in legge.

Anche in tempi più recenti, la proliferazione dei provvedimenti d'urgenza non si è affievolita. L'evento che più di tutti ha determinato un aumento esponenziale, se non quasi irreversibile, di questo fenomeno è stato il sopraggiungere nel 2020 della pandemia da Coronavirus.

La linea di azione per il contrasto a tale crisi sanitaria ed economica si è basata sull'impiego, da parte di tutti i livelli di governo, degli strumenti giuridici emergenziali a disposizione per il contenimento della diffusione del virus⁷. Per tali motivi, l'uso del decreto-legge «è andato in concorrenza con una massa del tutto eterogenea e di difficile classificazione di fonti normative, anche *extra ordinem*, che hanno prodotto conflitti di competenze e difficoltà applicative»⁸.

Ne è derivata una vera e propria sequela normativa, nel tentativo di fronteggiare la poco prevedibile evoluzione dell'infezione e di procedere in maniera graduale all'adozione di misure sempre più restrittive⁹, nonché di mitigare gli effetti economici negativi della medesima.

Ed è proprio il fenomeno del ricorso alla decretazione d'urgenza nel periodo del Coronavirus (*rectius*, dello stato di emergenza dichiarato per il contrasto al Coronavirus) che si intende assumere ad oggetto di indagine, valutando altresì l'impatto del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica.

Si tratta di analizzare un momento alquanto complesso e singolare della legislazione italiana, tenuto conto anche del contestuale e reiterato ricorso allo strumento dello scostamento di bilancio nella fase più acuta della pandemia.

Per ragioni sia di sintesi che di merito, invece, il presente contributo non includerà nel perimetro di analisi anche la fenomenologia del ricorso ai decreti d'urgenza finalizzati a contrastare le più recenti conseguenze della guerra tra Russia e Ucraina. In tal caso, infatti, la strategia legislativa adottata dal Governo, sebbene si sia caratterizzata sempre per un eccessivo utilizzo dei decreti-legge e abbia avuto il medesimo obiettivo di rispondere a una situazione emergenziale, determinata dal notevole aumento dei costi delle materie prime, ha trovato finora nel mancato ricorso allo strumento dello scostamento di bilancio, pur con un'eccezione di cui

⁷ 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, p. 352.

⁸ F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. XVIII.

⁹ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, p. 4.

si parlerà, una linea di demarcazione con il precedente *modus operandi* dell'esecutivo medesimo.

2. La decretazione d'urgenza all'epoca del Covid-19: analisi di un fenomeno a tendenza crescente

Il 31 gennaio 2020, il Governo ha proclamato lo stato di emergenza – rimasto, poi, in vigore fino al 31 marzo scorso – e messo in atto misure di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, nonché provvedimenti diretti a prevenire ed arginare gli effetti negativi del Coronavirus sul sistema economico italiano.

Si tratta di un complesso quadro normativo che ha determinato rilevanti conseguenze anche sul piano del procedimento legislativo. La capacità del Parlamento di svolgere attività legislativa si è molto ridotta e, correlativamente, la funzione normativa del potere esecutivo ha «assunto proporzioni eccessive, dando luogo a un sostanziale monopolio in capo al Governo dell'agenda politico-normativa»¹⁰.

Volendo analizzare sistematicamente il fenomeno della decretazione d'urgenza nel contesto della recente legislazione, è opportuno richiamare alcuni dati statistici¹¹.

In 51 mesi della XVIII Legislatura (periodo 23 marzo 2018 – 30 giugno 2022) sono stati emanati 143 decreti-legge: in particolare, 4 deliberati dal Governo Gentiloni, 26 dal Governo Conte I, 54 dal Governo Conte II e 59 dal Governo Draghi. Tale progressione numerica risulta collegata al periodo storico in cui hanno operato i governi citati: nella seconda metà dell'arco temporale sopra considerato, infatti, l'emergenza da Coronavirus ha oggettivamente influenzato, in termini quantitativi, la produzione normativa dell'esecutivo, poi condizionata, più di recente, anche dalla guerra tra Russia e Ucraina.

Dei sopramenzionati 143 provvedimenti d'urgenza¹², 100 sono stati convertiti in legge, mentre 39 sono decaduti perché non convertiti nei tempi previsti o perché abrogati; il contenuto di questi decreti-legge è, però, confluito – con emendamenti approvati nel corso dell'iter parlamentare – in altri provvedimenti.

¹⁰ N. LUPO, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, in *LUISS School of Government Policy Brief*, 13, 2020, p. 1.

¹¹ Cfr. Dossier Servizio Studi della Camera dei deputati, *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*, XVIII Legislatura, 30 giugno 2022.

¹² Per più della metà di tali decreti-legge convertiti (57 su 100) il Governo ha fatto ricorso alla posizione, in almeno uno dei rami del Parlamento, della questione di fiducia. In relazione ai testi dei decreti-legge coordinati e delle leggi di conversione risulta interessante notare nel corso dell'iter legislativo un aumento medio, rispetto al testo base, del 66,78% con riferimento al numero di commi e del 71,79% con riferimento al numero di parole.

Un altro aspetto di notevole rilievo attiene alle tempistiche medie di esame parlamentare, pari a 42 giorni complessivi, suddivisi rispettivamente in 30 giorni per la prima lettura e soltanto 9 giorni per la seconda lettura. Considerata questa suddivisione temporale, risulta che, al 30 giugno 2022, nel corso della fase di conversione dei decreti-legge, sono stati complessivamente approvati 4.996 emendamenti, 4.910 in prima lettura e 86 in seconda lettura.

Emerge, quindi, un palese sbilanciamento nella dialettica dei lavori parlamentari relativi ai decreti d'urgenza, che sul merito dei provvedimenti medesimi ha implicato una trattazione asimmetrica da parte delle due Camere.

I dati relativi al numero dei decreti-legge emanati dai rispettivi governi dalla XVIII Legislatura dimostrano altresì che, in una estremamente mutevole cornice politica e governativa¹³, il ricorso alla decretazione d'urgenza si è qualificato come un fenomeno a tendenza crescente, proprio contestualmente all'evoluzione della pandemia da Coronavirus, che ne costituisce, ma non del tutto, la *raison d'être*.

Sul piano del procedimento legislativo, l'accentramento dell'iter parlamentare nella Camera in cui il provvedimento è assegnato in prima lettura fa emergere una prassi che va sempre più consolidandosi nell'esame dei decreti d'urgenza, e non solo, rappresentando ormai inequivocabilmente un quasi irreversibile passaggio da un bicameralismo formale perfetto a un 'monocameralismo sostanziale imperfetto'¹⁴. In particolare, l'esame nelle sedi referente e consultiva viene svolto soltanto in un ramo del Parlamento, laddove l'altra Camera esegue spesso un vaglio circoscritto a quanto già elaborato e approvato in prima lettura, nonostante – dal punto di vista formale – sia Camera che Senato approvino i singoli articoli e procedano alla relativa votazione finale.

¹³ La XVIII Legislatura della Repubblica italiana ha avuto inizio il 23 marzo 2018 con la prima seduta della Camera dei deputati e del Senato. Il suo termine naturale era previsto per il mese di marzo 2023. Tuttavia, a seguito delle dimissioni del Governo Draghi e del conseguente scioglimento anticipato delle Camere stabilito con Decreto del Presidente della Repubblica 21 luglio 2022, n. 96, la fine della XVIII Legislatura è stata anticipata al 12 ottobre 2022.

¹⁴ In passato, si era già parlato di "bicameralismo alternato" o differenziato, riferendosi al momento di approvazione della legge di conversione dei decreti-legge, che avviene in un periodo temporale relativamente ravvicinato rispetto alla deliberazione di entrambe le Camere e preclude così al ramo del Parlamento assegnatario dei provvedimenti in seconda lettura la possibilità di un esame approfondito; cfr. Dossier Servizio Studi – Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, Vol. I, Cap. I: Nota di sintesi. Il Parlamento nella crisi: la sfida del cambiamento*, XVII Legislatura, 2013, p. 19. Sul tema si rinvia anche a L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII Legislatura*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, pp. 19 ss.

In ottica puramente comparativa, aggiungasi che la compressione dell'esame parlamentare ha interessato anche il disegno di legge di bilancio: si pensi agli ultimi due anni, quando il ramo del Parlamento che aveva discusso il provvedimento in seconda lettura (in un caso il Senato della Repubblica, nell'altro caso la Camera dei deputati) non aveva apportato modifiche al testo approvato dall'altra Camera al fine di consentirne l'approvazione entro la fine dell'anno finanziario, evitando in tal modo la conseguente necessità di giungere all'esercizio provvisorio¹⁵.

Pertanto, risulta evidente un sempre più accentuato allontanamento sostanziale dal principio del bicameralismo paritario che caratterizza il procedimento legislativo. L'abuso della decretazione d'urgenza ha determinato, infatti, un decentramento della dinamica di produzione delle leggi, conducendo a una "monocameralizzazione alternata"¹⁶ della medesima. Si evince, dunque, la netta tipizzazione – anche sul piano meramente definitorio – di un fenomeno fortemente caratterizzato dall'effettiva assenza di dualità nel procedimento legislativo.

¹⁵ Anche in tal caso, si evince la sussistenza di una rilevante criticità che riguarda il momento di presentazione del disegno di legge di bilancio in Parlamento e, precisamente, di avvio dei lavori parlamentari. Proprio nell'ultimo biennio caratterizzato dall'emergenza da Covid-19, forse anche in ragione delle difficoltà di programmazione economica da parte del Governo, il termine – ordinariamente stabilito al 20 ottobre di ciascun anno – è stato di gran lunga superato. Si pensi, infatti, al disegno di legge di bilancio per l'anno finanziario 2021, presentato in prima lettura alla Camera dei deputati il 18 novembre 2020, e al successivo disegno di legge di bilancio per l'anno 2022, approdato in prima lettura al Senato l'11 novembre 2021. Peraltro, la tempistica del ciclo di programmazione del bilancio nazionale è stata oggetto anche di una recente proposta di legge (Atto Camera n. 3437) approvata, l'11 maggio 2022, in prima lettura alla Camera dei deputati e, in seguito, soltanto assegnata per la seconda lettura in Senato (Atto Senato n. 2609), prima del sopravvenuto scioglimento anticipato delle Camere, il 21 luglio 2022. Nello specifico, il sopracitato provvedimento – modificando quanto stabilito dall'articolo 7, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica) – prevedeva che la data entro la quale il Governo deve presentare la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF) fosse anticipata dal 27 al 25 settembre di ciascun anno e il termine finale di presentazione del disegno di legge di bilancio venisse anticipato dal 20 al 15 ottobre di ciascun anno, imponendo al Presidente del Consiglio l'obbligo di riferire sulle ragioni di un eventuale ritardo.

¹⁶ L'espressione è di L. SPADACINI, in *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci Editore, Bari, 2022, p. 5, il quale analizza gli effetti della produzione normativa d'urgenza, ravvisando – anche nel recente contesto storico e parlamentare dell'emergenza da Covid-19 – il superamento del bicameralismo perfetto nella procedura legislativa di conversione e l'ormai sostanziale monocameralità della medesima.

2.1. I decreti-legge emanati per fronteggiare l'impatto della crisi pandemica sull'economia nazionale

La crisi pandemica da Coronavirus ha fortemente influenzato anche l'attività del Parlamento e, soprattutto, del Governo. Il ruolo politico e legislativo assunto da quest'ultimo sin dal principio della pandemia si è manifestato in maniera dominante, in coerenza con tendenze già ben radicate, per un ormai cronico ricorso alla decretazione d'urgenza¹⁷.

Nell'intento di fornire un inquadramento sistematico, sebbene non onnicomprensivo, della legislazione governativa durante il sopracitato periodo storico, la pluralità di atti normativi primari emanati per fronteggiare la crisi pandemica può essere generalmente ricondotta a due ampie categorie: le misure di contenimento e gestione della diffusione del Coronavirus e i provvedimenti finalizzati a mitigarne l'impatto sull'economia nazionale¹⁸.

La presente analisi riguarderà la produzione normativa dell'esecutivo relativa a un perimetro temporale identificabile con la durata dello stato di emergenza, dal 31 gennaio 2020 al 31 marzo 2022. Come è noto, l'evoluzione della situazione epidemiologica ha determinato uno spostamento del baricentro normativo del Governo¹⁹, trovatosi dall'inizio dell'anno in corso a dover gestire anche le ripercussioni economiche, oltreché geopolitiche, derivanti dal conflitto russo-ucraino.

Fin dall'inizio della pandemia, la strategia messa in atto dal Governo per affrontare l'emergenza da Covid-19 si è basata sull'adozione di provvedimenti d'urgenza, che hanno determinato un inedito stanziamento di risorse pubbliche:

¹⁷ G. LAURI, *Governo e Parlamento di fronte all'emergenza*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione: una integrazione al manuale di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 73.

¹⁸ Si tratta di un complesso e molto eterogeneo quadro normativo che, quanto all'ambito materiale, ha investito ogni aspetto della società: sanità, ordine pubblico e sicurezza, giustizia, lavoro e politiche sociali, economia e finanza. Sul punto cfr. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 64. Per completezza, inoltre, si puntualizza che – dal punto di vista della gerarchia delle fonti – le misure adottate dal Governo per il contrasto all'emergenza da Coronavirus si articolano in una pluralità di atti normativi primari (decreti-legge, poi convertiti in legge) e secondari (decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze ministeriali e della protezione civile).

¹⁹ G. CANALE, *Gli effetti dell'emergenza sanitaria sul sistema delle fonti*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., p. 66.

più di 180 miliardi di euro in termini di indebitamento netto reperiti attraverso diversi scostamenti di bilancio, approvati in sede parlamentare²⁰.

Il primo provvedimento urgente che ha dato avvio all'azione del Governo nel contrasto alla crisi pandemica è stato il c.d. "Decreto Cura Italia" (decreto-legge n. 18/2020), recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno al mondo del lavoro. Si è trattato di misure per un complessivo effetto finanziario pari a 20 miliardi di euro, finanziate quasi integralmente con l'impiego delle risorse rese disponibili dal primo scostamento di bilancio autorizzato nel 2020²¹. Tali risorse hanno poi contribuito, in parte, anche al finanziamento di nuove e più ampie misure per favorire la liquidità di famiglie e imprese e il rilancio dell'economia italiana, previste rispettivamente dal c.d. "Decreto Liquidità" (decreto-legge n. 23/2020) e dal c.d. "Decreto Rilancio" (decreto-legge n. 34/2020).

Il 24 aprile 2020, il Governo ha presentato in Parlamento una seconda richiesta di scostamento di bilancio, in occasione della presentazione del Documento di economia e finanza (DEF) 2020. La pronuncia positiva delle Camere in merito a

²⁰ In linea generale, gli scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico sono consentiti in caso di eventi eccezionali, qualificati come «periodi di grave recessione economica» ed «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese». Nel merito, si veda la legge 24 dicembre 2012, n. 243, recante *«Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione»*, che ha dato attuazione al nuovo articolo 81 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. In particolare, l'articolo 6 individua le tipologie di eventi eccezionali e prevede che, in tali casi, siano consentiti scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico, sentita la Commissione europea e previa autorizzazione approvata dalle Camere, a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, indicando nel contempo il piano di rientro rispetto all'obiettivo di medio termine. Si prevede, inoltre, che il piano di rientro rispetto all'obiettivo di medio termine possa essere aggiornato «al verificarsi di ulteriori eventi eccezionali» ovvero qualora, in relazione all'andamento del ciclo economico, il Governo intenda apportarvi modifiche.

²¹ Il 5 marzo 2020 il Governo ha presentato al Parlamento la prima richiesta di autorizzazione per lo scostamento temporaneo del saldo strutturale dall'Obiettivo di Medio Termine (OMT), al fine di fronteggiare le conseguenze dell'epidemia da Covid-19. Successivamente, il Governo ha trasmesso l'11 marzo 2020 una Relazione integrativa – sempre ai sensi dell'articolo 6, comma 5, della legge n. 243/2012 – resasi necessaria alla luce delle ulteriori e stringenti misure adottate d'urgenza con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2020, che ha determinato un ulteriore impatto sulla situazione socio-economica del Paese. I nuovi obiettivi di finanza pubblica sono stati autorizzati dal Parlamento con l'approvazione, l'11 marzo 2020, della Risoluzione n. 6-00103 della Camera e della Risoluzione n. 6-00102 del Senato.

tale richiesta di maggiore indebitamento ha determinato la possibilità di ricorrere a un ammontare complessivo di risorse pubbliche pari a 55 miliardi di euro, quasi del tutto impiegate per il finanziamento delle misure introdotte dal sopracitato decreto-legge n. 34/2020²². Tale decreto d'urgenza rappresenta il più ampio ed eterogeneo provvedimento economico emergenziale della recente storia italiana. Il c.d. "Decreto Rilancio", dunque, è certamente qualificabile come un *unicum* nella legislazione emergenziale governativa. D'altra parte, si possono ravvisare alcuni tratti comuni con un provvedimento ontologicamente diverso qual è la legge di bilancio, se si tiene conto dell'ampia e complessa struttura normativa del sopramenzionato decreto-legge – costruita su un insieme di 266 articoli – e dei relativi oneri finanziari, pari, come detto, a 55 miliardi di euro per il solo anno 2020. In altri termini, può parlarsi di una programmazione della spesa pubblica che si differenzia esclusivamente per l'assenza del perimetro triennale proprio, invece, della legge di bilancio.

L'azione del Governo è poi proseguita, in continuità con i precedenti interventi, con una terza richiesta di scostamento di bilancio pari a 25 miliardi di euro²³. Le risorse finanziarie rese disponibili da quest'ultima autorizzazione al maggiore indebitamento sono state quasi integralmente impiegate per il finanziamento delle misure introdotte dal c.d. "Decreto Agosto" (decreto-legge n. 104/2020)²⁴.

A seguito della seconda ondata epidemica nel mese di ottobre del 2020, il Governo ha fatto ricorso, in un arco temporale di solo poche settimane, a ulteriori quattro decreti d'urgenza (c.d. "Decreti Ristori"²⁵), prevedendo un insieme di

²² I nuovi obiettivi di finanza pubblica, individuati nella seconda richiesta di autorizzazione per lo scostamento temporaneo del saldo strutturale dall'Obiettivo di Medio Termine (OMT), sono stati autorizzati dal Parlamento con l'approvazione, rispettivamente il 29 e il 30 aprile 2020, della Risoluzione n. 6/00107 della Camera e della Risoluzione n. 6/00106 del Senato.

²³ La terza Relazione al Parlamento, ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 243 del 2012, in cui è illustrato l'ulteriore aggiornamento del piano di rientro verso l'Obiettivo di bilancio di Medio Termine (OMT), è stata presentata dal Governo il 23 luglio 2020. I nuovi obiettivi di finanza pubblica, individuati nel terzo scostamento di bilancio del 2020, sono stati autorizzati dal Parlamento con l'approvazione, il 29 luglio, della Risoluzione n. 6/00123 della Camera e della Risoluzione n. 6/00124 del Senato.

²⁴ Tale provvedimento, adottato successivamente al termine della prima ondata della pandemia, ha previsto misure finalizzate a potenziare il sistema delle garanzie a favore degli operatori economici pubblici e privati, la tutela del lavoro, gli interventi di sostegno ai settori produttivi e ai cittadini, anche mediante un utilizzo adeguato della leva fiscale. Sono state, inoltre, incrementate le risorse destinate ai livelli di governo decentrati, al sistema delle autonomie e al comparto dell'istruzione.

²⁵ Si tratta di quattro distinti provvedimenti, il primo dei quali ha poi abrogato gli altri tre con l'entrata in vigore della relativa legge di conversione, facendone confluire in essa la

misure di sostegno economico, tra cui contributi a fondo perduto, sospensione e riduzioni di imposte, contributi e versamenti, nonché nuove settimane di cassa integrazione, destinate alle categorie più colpite dalle restrizioni²⁶. Il complessivo ammontare delle risorse destinate al finanziamento di tali misure è stato pari a 18 miliardi di euro in termini di indebitamento netto, di cui 8 finanziati con un ulteriore scostamento di bilancio²⁷.

Sebbene nel mese di dicembre del 2020 sia stato registrato un rallentamento delle infezioni da Covid-19, le limitazioni sanitarie per il contenimento dell'epidemia, introdotte in occasione delle festività di fine anno, hanno implicato necessariamente il ricorso a interventi di sostegno economico aggiuntivi rispetto a quelli adottati in precedenza. Per tali ragioni, il 15 gennaio 2021 il Governo ha trasmesso al Parlamento la sesta richiesta di autorizzazione al ricorso all'indebitamento netto, per un ammontare complessivo di risorse pari a 32 miliardi di euro²⁸, a seguito della quale, nel successivo mese di marzo, è stato

normativa: in particolare, la legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, ha disposto – all'articolo 1, comma 2 – che: "Il decreto-legge 9 novembre 2020, n. 149, il decreto-legge 23 novembre 2020, n. 154, e il decreto-legge 30 novembre 2020, n. 157, sono abrogati. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge 9 novembre 2020, n. 149, 23 novembre 2020, n. 154, e 30 novembre 2020, n. 157."

²⁶ In data 6 ottobre 2020, contestualmente alla presentazione della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF) 2020, il Governo ha trasmesso alle Camere una nuova Relazione, che illustra un ulteriore aggiornamento del piano di rientro verso l'OMT, ossia il quarto scostamento di bilancio, autorizzato dal Parlamento il 14 ottobre 2020 con l'approvazione della Risoluzione n. 6/00145 della Camera e della Risoluzione n. 6/00138 del Senato.

²⁷ In ragione della necessità di reperire le risorse da destinare al finanziamento di nuove misure per fronteggiare gli effetti della crisi pandemica in seguito all'aumento dei contagi da Covid-19 e delle conseguenti misure restrittive adottate a partire dal 13 ottobre 2020, il 21 novembre 2020, il Governo ha trasmesso una ulteriore Relazione al Parlamento in cui viene aggiornato, per il solo 2020, il piano di rientro previsto nella NADEF del 2020. È il quinto e ultimo scostamento di bilancio del 2020, autorizzato dalle Camere il 26 novembre con l'approvazione della Risoluzione n. 6/00154 della Camera e della Risoluzione n. 6/00152 del Senato.

²⁸ La Relazione al Parlamento del 15 gennaio 2021 reca l'aggiornamento del piano di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT) rispetto a quanto indicato nella Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF) del 2020, già aggiornata con la precedente Relazione al Parlamento approvata il 26 novembre 2020 dalle Camere, in relazione alle ulteriori misure che il Governo ha approvato per fronteggiare gli effetti del perdurare della crisi pandemica da Covid-19 nell'anno 2021. Lo scostamento è stato

possibile licenziare un nuovo provvedimento d'urgenza, c.d. "Decreto Sostegni" (decreto-legge n. 41/2021)²⁹.

Il 15 aprile 2021 il Governo ha provveduto poi alla presentazione della settima e ultima Relazione al Parlamento, annessa al Documento di economia e finanza (DEF) 2021, recante la richiesta di un ulteriore scostamento di bilancio da 40 miliardi di euro³⁰. Quest'ultimo impiego di risorse economiche autorizzato dal Parlamento ha consentito al Governo di finanziare, a maggio 2021, il c.d. "Decreto Sostegni-bis" (decreto-legge n. 73/2021), un provvedimento che si colloca, dal punto di vista strutturale, in pieno rapporto di continuità con il precedente decreto-legge n. 41/2021.

Sulla stessa linea, infine, si è posto a gennaio scorso anche il c.d. "Decreto Sostegni-ter" (decreto-legge n. 4/2022)³¹, l'ultimo provvedimento urgente di sostegno economico strettamente correlato alla crisi pandemica da Covid-19, oltre che alla sopravvenuta esigenza di contenere gli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico. Tuttavia, la netta differenza rispetto ai provvedimenti precedenti attiene all'importo complessivo notevolmente inferiore di risorse impiegate e al mancato ricorso allo strumento dello scostamento di bilancio.

Negli ultimi due mesi dell'esaminato arco temporale, febbraio e marzo del 2022, in considerazione di un impatto tendenzialmente meno significativo del Coronavirus, l'oggetto dei decreti-legge che sono stati emanati dal Governo è mutato, al fine di contenere soprattutto il notevole innalzamento dei prezzi delle materie prime dovuto allo scoppio del conflitto russo-ucraino. Anche la politica macroeconomica collegata ai medesimi provvedimenti, da quel momento in poi, è stata oggetto di una strategia differente rispetto al passato, sempre nella direzione di ulteriori investimenti, individuati, però, all'interno di un perimetro di finanza

autorizzato dal Parlamento con l'approvazione, il 20 gennaio 2021, della Risoluzione n. 6-00169 della Camera e della Risoluzione n. 6-00169 del Senato.

²⁹ Si precisa che la richiesta di scostamento di bilancio del 15 gennaio 2021 è stata presentata al Parlamento dal Governo Conte II, mentre il decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, è stato varato dal Governo Draghi, in carica dal successivo 13 febbraio 2021 – a seguito delle dimissioni del medesimo Governo Conte II – fino al termine anticipato della XVIII Legislatura.

³⁰ Il settimo scostamento di bilancio è stato autorizzato dal Parlamento, il 22 aprile 2021, con l'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti della Risoluzione n. 6-00185 della Camera e della Risoluzione n. 6-00184 del Senato.

³¹ Il riferimento è al primo provvedimento economico d'urgenza adottato all'inizio del 2022 (decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, recante «Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da Covid-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico»).

pubblica maggiormente in linea con l'Obiettivo programmatico di Medio Termine (OMT).

Tale discontinuità nel ricorso agli scostamenti di bilancio può definirsi naturale, se si assumono quali presupposti il sopradescritto mutamento del contesto pandemico e la correlata fine dello stato di emergenza. Ciò spiegherebbe anche come il carattere notevolmente espansivo delle misure macroeconomiche adottate nel contesto normativo emergenziale abbia subito una decisa contrazione al termine del medesimo. Tuttavia, la relativa contingenza politica legata al passaggio dal Governo Conte II al Governo Draghi sembrerebbe aggiungersi sul piano giustificativo – senza, però, costituire un incontestabile nesso di causalità – alla compresenza dei fattori idonei a giustificare le differenti scelte di finanza pubblica assunte rispettivamente dai due esecutivi sopracitati.

Ad ogni modo, da un punto di vista oggettivo, l'assenza di un'adeguata cornice giuridica – quale è lo stato di emergenza – anche in occasione del sopraggiungere della crisi energetica indurrebbe a escludere che la suddetta discontinuità sia stata determinata anche o, quantomeno, principalmente da una variabile di natura politica. Si tratta di una discontinuità che, però, non sembrerebbe comunque eliminare del tutto il rischio di legittimare in futuro potenziali degenerazioni applicative relativamente al momento preliminare dell'adozione di scelte macroeconomiche straordinarie e urgenti, ossia l'interpretazione del presupposto di eccezionalità che giustifica l'adozione dello scostamento di bilancio e che negli ultimi due anni è stato oggetto di una, a tratti, eccessiva dilatazione concettuale.

Nella differente fase di gestione della spesa pubblica avviata dal Governo Draghi, è ravvisabile un'eccezione al mancato ricorso allo scostamento, che si intende citare solo per mere finalità di raffronto, dato che si ricollega a un cambiamento del periodo temporale di riferimento, dovuto al superamento dello stato di emergenza correlato al Covid-19 contestualmente alla nuova esigenza di contrastare le ripercussioni sull'economia nazionale della guerra tra Russia e Ucraina. A luglio scorso, infatti, il Governo³² ha fatto ricorso a una nuova richiesta di indebitamento netto per un importo complessivamente pari a 14,3 miliardi di

³² Si rammenta, a seguito prima delle dimissioni del Governo Draghi e poi dello scioglimento delle Camere stabilito con Decreto del Presidente della Repubblica 21 luglio 2022, n. 96, la limitazione dell'ambito di attività dell'esecutivo al disbrigo degli affari correnti. In tale caso, il Governo si impegna a limitarsi ad assicurare la continuità amministrativa, ad attuare determinazioni già assunte dal Parlamento e ad adottare solo atti urgenti.

euro nel 2022³³, con l'obiettivo di finanziare ulteriori misure economiche³⁴. Come risulta dalla Relazione al Parlamento, vengono confermati per il medesimo anno sia la previsione di crescita del prodotto interno lordo sia i saldi programmatici già autorizzati con la precedente Relazione al Parlamento di aprile scorso e incorporati nel quadro programmatico del Documento di economia e finanza (DEF) 2022, nonché il rapporto debito pubblico-PIL³⁵. Tale aspetto, assieme alla conferma del percorso di convergenza verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT), dimostra una specifica differenza rispetto alle precedenti richieste di scostamento di bilancio. In particolare, si è trattato di uno scostamento senza deficit, dovuto al miglioramento del quadro di finanza pubblica del primo trimestre, con maggiori entrate tributarie riconducibili soprattutto all'aumento del gettito IVA – pari, per l'appunto, a 14,3 miliardi di euro in valore assoluto – ascrivibile all'incremento dei prezzi dell'energia importata e, conseguentemente, all'inflazione.

Esaminando sistematicamente i sopracitati provvedimenti economici emanati nel periodo del Covid-19, emerge un quadro normativo che dimostra un reiterato ricorso alla decretazione d'urgenza, a tratti ciclico, costantemente associato a un ripetuto impiego di risorse finanziarie in regime di indebitamento netto della pubblica amministrazione³⁶.

³³ Tale richiesta di scostamento di bilancio è stata autorizzata dal Parlamento, con l'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti, il 27 luglio 2022 della Risoluzione n. 6-00231 del Senato e, il giorno seguente, della Risoluzione n. 6-00228 della Camera.

³⁴ Il riferimento è al decreto-legge 9 agosto 2022, n. 115, recante “*Misure urgenti in materia di energia, emergenza idrica, politiche sociali e industriali*” (c.d. “Decreto aiuti bis”). In particolare, tale provvedimento ha previsto una serie di interventi economici per il contrasto degli effetti su cittadini, imprese ed enti pubblici legati all'incremento dei prezzi dei prodotti energetici e, più in generale, dell'inflazione, al perdurare della diffusione del Coronavirus, nonché alle ripercussioni del prolungato periodo di siccità. È stata prevista, altresì, la finalità di ristorare le amministrazioni centrali dello Stato per le risorse utilizzate a copertura di precedenti provvedimenti di urgenza adottati nel corso dell'esercizio.

³⁵ Documento parlamentare LVII-bis n. 5, *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, XVIII Legislatura, 26 luglio 2022, p. 3. Nello specifico, la previsione di indebitamento per il 2022 risulterebbe inferiore di 0,8 punti percentuali di PIL rispetto alla stima contenuta nel DEF (-5,6 per cento), ossia 14,3 miliardi in valore assoluto.

³⁶ Si rileva, altresì, che, pur non appartenendo all'insieme dei decreti d'urgenza, nel contesto delle misure economiche adottate in fase emergenziale dal Governo rientra anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Tale piano integra un provvedimento molto complesso e articolato finalizzato a rilanciare l'economia italiana, soprattutto dopo la crisi pandemica. In questo caso, la possibilità di impiegare la maggior parte delle risorse ha trovato la propria configurazione nella forma di finanziamenti all'Italia che influenzeranno la sostenibilità del quadro nazionale di finanza pubblica; aggiungasi che il Governo ha scelto sempre il decreto-legge quale tipologia di provvedimento per

Dal 2014 a oggi, la richiesta di maggiore indebitamento, prevista dall'articolo 81, comma 2, della Costituzione, è stata notoriamente una procedura cui si è fatto ricorso in sede di approvazione parlamentare di un documento di finanza pubblica, Documento di economia e finanza (DEF) ovvero Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (NADEF)³⁷. Nelle fattispecie di scostamento sopramenzionate, invece, tale abbinamento tra la richiesta di autorizzazione al maggiore indebitamento netto e la presentazione alle Camere del DEF o della NADEF si è verificato, come innanzi esposto, soltanto in tre casi su sette: il 24 aprile 2020, in occasione della presentazione del Documento di economia e finanza (DEF) 2020; il 6 ottobre 2020, contestualmente alla presentazione della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF) 2020; il 15 aprile 2021, in occasione della presentazione del Documento di economia e finanza (DEF) 2021. Nei restanti casi, le Relazioni sullo scostamento di bilancio non sono state associate ai documenti di finanza pubblica, bensì ne hanno illustrato un aggiornamento relativamente al piano di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT). Si tratta di un elemento di novità rispetto al passato³⁸, che sembra coerente – più dei noti presupposti legislativi dei sopracitati provvedimenti urgenti – con il maggiore grado di eccezionalità e unicità proprio degli eventi legati allo stato di emergenza dovuto al Coronavirus.

3. I riflessi del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica

Prima di analizzare gli effetti del maggiore indebitamento sul quadro italiano di finanza pubblica, occorre evidenziare che nell'attuale contesto europeo relativo alle politiche di bilancio vige ancora il regime di flessibilità introdotto nel 2020, in

l'attuazione amministrativa di tale piano di investimenti. Come è noto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è stato trasmesso dal Governo Draghi alla Commissione europea (e, subito dopo, al Parlamento italiano) il 30 aprile 2021 e definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea il 13 luglio 2021. Tale piano prevede 134 investimenti (235 includendo anche i sub-investimenti) e 63 riforme, per un totale di 191,5 miliardi di euro di fondi. Di questi, 68,9 miliardi sono contributi a fondo perduto, mentre 122,6 miliardi sono prestati. A tali stanziamenti si aggiungono le risorse dei fondi europei *React-EU* e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC), per un totale di circa 235 miliardi di euro, che corrispondono al 14 per cento circa del prodotto interno lordo italiano. L'attuazione del Piano da parte del Governo è iniziata nella seconda metà del 2021 e dovrà terminare entro la fine del 2026.

³⁷ Cfr. Dossier Servizio Studi e Servizio del bilancio di Camera e Senato, *Aggiornamento del piano di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine*, XVIII Legislatura, 11 marzo 2020, pp. 2-3.

³⁸ Sul punto cfr. L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1, 2020, p. 8.

piena emergenza da Covid-19, con l'attivazione della c.d. "generale escape clause"³⁹. Di recente, infatti, la Commissione europea ha prorogato anche per il 2023 tale clausola generale di salvaguardia, considerata la «maggiore incertezza e i forti rischi di revisione al ribasso per le prospettive economiche nel contesto della guerra in Europa, gli aumenti senza precedenti dei prezzi dell'energia e le continue perturbazioni della catena di approvvigionamento»⁴⁰. In tal modo, resta per gli Stati membri la possibilità di deviare temporaneamente dal percorso di aggiustamento verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT), sebbene non venga sospesa l'applicazione del Patto di stabilità e crescita, né le procedure del semestre europeo in materia di sorveglianza fiscale.

È proprio sulla base di tale *framework* giuridico comunitario che durante lo stato di emergenza l'Italia ha messo in atto – come sopra rilevato – una politica

³⁹ Cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione Al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita*, Bruxelles, 20.3.2020 COM(2020) 123 final. Si ricorda che in occasione della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo, il 17 marzo 2020, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha annunciato l'imminente attivazione della c.d. clausola di salvaguardia generale. Tale clausola fu introdotta nel 2011 nell'ambito della riforma del Patto di stabilità e crescita (il cosiddetto "Six-Pack"), tenendo conto delle conseguenze determinate dalla crisi economica e finanziaria. In particolare, sopraggiunse la necessità di uno specifico quadro normativo, nell'ambito delle norme di bilancio dell'Unione europea, finalizzato a consentire uno scostamento temporaneo dai normali requisiti per tutti gli Stati membri in una situazione di crisi generalizzata causata da una grave recessione economica della zona euro o dell'UE nel suo complesso. La *general escape clause* facilita il coordinamento delle politiche di bilancio in tempi di grave recessione economica. Essa, infatti, consente agli Stati membri di adottare misure di bilancio per affrontare adeguatamente tali situazioni, nell'ambito della procedura preventiva e correttiva del Patto di stabilità e crescita: in particolare, il braccio preventivo mira a garantire politiche di bilancio sostenibili nell'arco del ciclo economico attraverso il raggiungimento dell'Obiettivo di Medio Termine (OMT), che è individuale per ogni Stato membro; il braccio correttivo è finalizzato ad assicurare che i Paesi dell'UE prendano misure correttive se il disavanzo del bilancio nazionale o il debito pubblico nazionale superano i valori di riferimento previsti nel trattato, rispettivamente il 3 per cento e il 60 per cento del PIL. Sulla base di tali considerazioni e tenuto conto della grave recessione economica determinata dalla pandemia, la Commissione ha ritenuto che le condizioni per attivare la clausola di salvaguardia generale fossero soddisfatte, per la prima volta dalla sua introduzione nel 2011, e ha chiesto al Consiglio di approvare tale conclusione al fine di fornire chiarezza agli Stati membri.

⁴⁰ Commissione europea, *Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, alla banca centrale europea, al comitato economico e sociale europeo, al comitato delle regioni e alla banca europea per gli investimenti*, Bruxelles, 23.5.2022 COM(2022) 600 final, p. 14.

macroeconomica progressivamente espansiva, al fine di contrastare l'impatto negativo della crisi pandemica sull'economia italiana.

L'impiego di risorse in regime di indebitamento netto, veicolato attraverso lo strumento legislativo del decreto-legge, ha determinato significativi effetti sul quadro nazionale di finanza pubblica. Nello specifico, il finanziamento in deficit dei principali interventi economici⁴¹, volti a fronteggiare l'emergenza da Covid-19 e le relative conseguenze di natura socio-economica, ha avuto un significativo impatto sui tre saldi di finanza pubblica⁴².

⁴¹ Il riferimento è ai provvedimenti d'urgenza già citati nel presente contributo: decreto-legge n.18/2020 (c.d. "Decreto Cura Italia"); decreto-legge n. 23/2020 (c.d. "Decreto Liquidità"); decreto-legge n. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio"); decreto-legge n. 104/2020 (c.d. "Decreto Agosto"); decreto-legge n. 137/2020, la cui legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, ha fatto salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge n. 149/2020, n. 154/2020 e n. 157/2020, poi abrogati (c.d. "Decreti Ristori"); decreto-legge n. 41/2021 (c.d. "Decreto Sostegni"); decreto-legge n. 73/2021 (c.d. "Decreto Sostegni-bis"); decreto-legge n. 4/2022 (c.d. "Decreto Sostegni-ter").

⁴² La complessità dell'attività di definizione e valutazione delle politiche pubbliche è desumibile da alcuni indicatori, definiti saldi di finanza pubblica, rappresentativi degli andamenti dei conti del bilancio dello Stato e dell'aggregato delle pubbliche amministrazioni, con riferimento ai valori nell'anno di riferimento e a quelli per i periodi immediatamente successivi. I tre principali saldi di finanza pubblica sono il saldo netto da finanziare, il fabbisogno e l'indebitamento netto. Il saldo netto da finanziare è rappresentato dalla differenza tra le entrate finali e le spese finali e include in entrambe sia il conto capitale che le partite finanziarie (con esclusione soltanto delle voci relative all'accensione ed al rimborso dei prestiti). Il fabbisogno misura la domanda di risorse finanziarie rivolta agli altri settori dell'economia e fornisce indicazioni sulla dinamica del debito pubblico. L'indebitamento (o accreditamento) netto, definito come il saldo del conto economico, è il risultato della differenza tra le entrate finali, al netto della riscossione dei crediti, e le spese finali, al netto delle acquisizioni di attività finanziarie. Con riferimento al contesto del presente contributo, l'adozione dei decreti-legge n. 18, n. 23, n. 34 e n. 104 del 2020 – i primi quattro provvedimenti d'urgenza adottati per contrastare l'emergenza Covid-19 – ha determinato, complessivamente, un peggioramento dei tre saldi di finanza pubblica per tutti gli anni del periodo di programmazione (2020, 2021 e 2022). In specifica relazione al 2020, l'impatto più rilevante ha interessato il saldo netto da finanziare (SNF), previsto in peggioramento di circa 210 miliardi di euro. Sempre in peggioramento anche la previsione del fabbisogno, pari a circa 118 miliardi, e dell'indebitamento, per un valore di circa 100 miliardi. Per gli esercizi di bilancio successivi, la differenza di impatto sui tre saldi è apparsa nettamente inferiore. Per il 2021 e per il 2022 la previsione di peggioramento è stata rispettivamente pari a circa 32 e 35 miliardi di euro per ciascuno dei tre saldi; sul punto cfr. Dossier Servizio del Bilancio di Camera e Senato - Documentazione di finanza pubblica n. 19, *Misure per l'emergenza Covid-19: "scostamenti" di bilancio autorizzati e destinazione delle risorse*, XVIII Legislatura, ottobre 2020, p. 12.

Nel presente contributo si intende esaminare, in particolare, l'evoluzione del livello di indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche, dal momento che esso costituisce la base per analizzare gli effetti delle politiche pubbliche sul sistema economico⁴³.

Analizzando i dati contenuti nei principali documenti di finanza pubblica, infatti, si nota che il livello di indebitamento netto – per effetto dei primi due scostamenti di bilancio – veniva fissato nel quadro programmatico del DEF 2020 al 10,4 per cento del PIL per il 2020 e al 5,7 per cento per il 2021. Quanto al livello del debito pubblico, la previsione si era attestata al 155,7 per cento del PIL nel 2020 e al 152,7 per cento del PIL nel 2021⁴⁴.

In conseguenza della terza autorizzazione allo scostamento approvata a luglio 2020, il livello di indebitamento netto era salito nel medesimo anno fino all'11,9 per cento del PIL, al pari del livello di debito pubblico che aveva raggiunto il 157,6 per cento⁴⁵.

Una previsione al ribasso, invece, era stata stimata nella successiva NADEF 2020, contestuale alla trasmissione al Parlamento della quarta richiesta di scostamento di bilancio⁴⁶, per poi essere nuovamente rivista in ulteriore

⁴³ Si veda la premessa di M. CANZIO in F. BALASSONE, B. MAZZOTTA, D. MONACELLI, *I principali saldi di finanza pubblica: definizioni, utilizzo, raccordi*, in *Strumenti e metodi*, n. 1, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, Servizio Studi, Roma, 2008. In relazione all'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche, gli AA. lo definiscono come «il dato di riferimento per lo studio delle relazioni tra l'attività economica dell'operatore pubblico e il sistema economico», sottolineando altresì che la Contabilità nazionale «nella costruzione dei conti guarda prevalentemente alla natura dell'attività svolta dagli operatori economici. L'aggregato dell'Amministrazioni pubbliche è identificato nell'insieme di quei soggetti la cui attività non è orientata al mercato, in contrapposizione a quella del settore privato. Lo stesso criterio di contabilizzazione, quello della competenza economica, nel registrare le operazioni si basa sul momento in cui si manifestano gli effetti economici piuttosto che su quello in cui la transazione avviene formalmente o dà luogo a flussi di fondi.»

⁴⁴ Documento di economia e finanza (DEF) 2020, p. 17.

⁴⁵ Documento parlamentare LVII-bis n. 2, *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, XVIII Legislatura, 23 luglio 2020, p. 5.

⁴⁶ Come ricordato in precedenza, il 6 ottobre 2020, in occasione della presentazione della NADEF 2020, il Governo ha trasmesso al Parlamento una nuova Relazione, illustrativa di un ulteriore aggiornamento del piano di rientro verso l'OMT, autorizzato dalle Camere il 14 ottobre 2020. Secondo le stime della NADEF 2020, il livello di indebitamento netto era pari al 10,8 per cento del PIL nel 2020 e al 7,0 per cento nel 2022, con una ulteriore attenuazione nei due anni seguenti (4,7 per cento nel 2022 e 3,0 per cento nel 2023), mentre il debito pubblico era fissato al 158,0 per cento nel 2020 e al 155,6 per cento nel 2021, diminuendo poi ulteriormente al 153,4 per cento nel 2022 e al 151,5 per

miglioramento quasi al termine del primo anno di pandemia, nel mese di novembre 2020⁴⁷.

Tale miglioramento manteneva un livello di progressività anche all'inizio del secondo anno di emergenza pandemica, quando – per effetto dell'autorizzazione al primo scostamento del 2021 – la previsione relativa all'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche aveva registrato una diminuzione⁴⁸. In merito all'impiego di risorse in deficit per il finanziamento del già menzionato decreto-legge n. 41/2021 (c.d. "Decreto Sostegni"), la relativa Relazione al Parlamento evidenziava che, in considerazione della natura temporanea degli interventi, restava sostanzialmente confermato dal 2022 il percorso di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT) precedentemente indicato nella NADEF 2020 e risultante dall'applicazione della legge di bilancio 2021-2023⁴⁹. Ne deriva il

cento nel 2023; sul punto cfr. Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (NADEF) 2020, p. 15.

⁴⁷ La stima aggiornata dell'indebitamento netto pari al 10,4 per cento del PIL, livello inizialmente fissato – come rilevato in precedenza – dal DEF 2020; sul punto cfr. Documento parlamentare LVII-bis n. 3, *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, XVIII Legislatura, 21 novembre 2020, p. 5. Nella presente Relazione, la revisione in miglioramento del livello di indebitamento netto tendenziale per l'anno 2020 era basata sui seguenti elementi: in relazione alle spese, l'indicazione di valori più contenuti per consumi intermedi, altre uscite correnti e redditi fornita dagli strumenti di monitoraggio, nonché la revisione al ribasso anche delle previsioni per le spese per investimenti e per interessi, queste ultime in considerazione dell'andamento dei tassi di interesse; con riferimento al livello tendenziale delle entrate, l'andamento stabile rispetto a quanto previsto nel Documento Programmatico di Bilancio (DPB) 2021. L'aggiornamento delle stime tendenziali di finanza pubblica per l'anno 2020, con specifico riferimento al livello di indebitamento netto in rapporto al PIL, illustrava preliminarmente che la previsione della NADEF 2020 aveva fissato il livello di indebitamento netto tendenziale al 10,8 per cento del PIL per il 2020. Il successivo DPB 2021 aveva aggiornato tale valore al 10,5 per cento, tenuto conto di nuovi dati sull'andamento delle entrate e delle spese. La stima era stata poi riportata al 10,8 per cento per effetto delle misure contenute nei decreti-legge n. 137/2020 (c.d. "Decreto Ristori") e n. 149/2020 (c.d. "Decreto Ristori-bis"), per i quali il Governo si era avvalso dei margini di indebitamento resi disponibili dal minore utilizzo, rispetto a quanto preventivato, delle risorse precedentemente autorizzate. Ne era conseguito, fermo restando il limite del saldo netto da finanziare del bilancio dello Stato, il peggioramento dell'indebitamento netto, rimanendo comunque entro i limiti di indebitamento autorizzati dal Parlamento per il 2020.

⁴⁸ Il valore assoluto stimato era pari a circa 155,6 miliardi, con un'incidenza rispetto al PIL pari a circa l'8,8 per cento.

⁴⁹ Documento parlamentare LVII-bis n. 4, *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, XVIII Legislatura, 15 gennaio 2021, p.

carattere di fatto neutrale dello scostamento richiesto in termini di saldo di bilancio strutturale.

Tuttavia, nel mese di aprile 2021, l'ultima richiesta di indebitamento – temporalmente ascrivibile al periodo di durata dello stato di emergenza e contestuale alla presentazione del DEF 2021 – aveva determinato un nuovo aumento dei livelli⁵⁰.

Terminata la fase di reiterato ricorso al finanziamento in deficit di provvedimenti urgenti, la successiva evoluzione dello scenario sopra descritto è ravvisabile nella NADEF 2021, che ha evidenziato un miglioramento dei principali indicatori di crescita e indebitamento rispetto alle stime contenute nel precedente DEF 2021⁵¹. Si tratta di un miglioramento del quadro economico e finanziario nazionale che si pone in rapporto di continuità con l'impostazione di base della

5. Per quanto attiene al debito pubblico, la medesima Relazione evidenziava la possibilità di un aumento dell'indebitamento netto e del debito pubblico nel limite del maggior ricorso all'indebitamento e al fabbisogno delle amministrazioni pubbliche ivi autorizzati. Risultava, dunque, una potenziale previsione di incremento del debito pubblico, in valore assoluto, pari a 35 miliardi; sul punto cfr. Dossier Servizio Studi di Camera e Senato - Documentazione di finanza pubblica n. 24, *Aggiornamento del piano di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT)*, XVIII Legislatura, gennaio 2021, p. 7. In merito alla richiesta di indebitamento netto di gennaio 2021, nel documento si legge che: "A differenza di quanto riportato in precedenti Relazioni al Parlamento, quella in esame non indica espressamente i nuovi valori - comprensivi del ricorso al maggior indebitamento richiesto - del saldo di bilancio nominale (indebitamento netto) della p.a. per il 2021, né in termini assoluti né in percentuale di PIL, e del debito pubblico rispetto al PIL." Pertanto, al fine di valutare l'impatto nell'esercizio 2021 dello scostamento richiesto, sono stati considerati i valori indicati nella NADEF 2020, nella relazione tecnica al disegno di legge di bilancio 2021-2023 e, da ultimo, nella Nota tecnico illustrativa al disegno di legge di bilancio 2021-2023 (NTI 2021-2023), riferiti all'indebitamento netto programmatico e al PIL programmatico.

⁵⁰ La previsione di indebitamento netto programmatico delle amministrazioni pubbliche si era attestata a 11,8 per cento del PIL nel 2021, al 5,9 per cento nel 2022, al 4,3 per cento nel 2023 e al 3,4 per cento nel 2024. Il rapporto debito/PIL veniva fissato per il 2021 al 159,8 per cento, con una progressiva riduzione negli anni successivi al 156,3 per cento nel 2022, al 155 per cento nel 2023 e al 152,7 nel 2024; sul punto cfr. Documento di economia e finanza (DEF) 2021, p. 11.

⁵¹ Nel quadro programmatico della NADEF 2021, il livello di indebitamento netto era in diminuzione, con un valore pari a al 9,4 per cento del PIL nel 2021, al 5,6 per cento nel 2022, al 3,9 per cento nel 2023 e al 3,3 per cento nel 2024. Anche il livello del debito pubblico registrava un abbassamento – rispetto alla stima in aumento nel DEF 2021 – con un valore pari a 153,5 per cento nel 2021, a 149,4 per cento nel 2022, a 147,6 per cento nel 2023 per poi per raggiungere il 146,1 per cento nel 2024; sul punto cfr. Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (NADEF) 2021, p. 11.

politica di bilancio pluriennale illustrata nel DEF 2021. Occorre, però, tener conto anche di un mutato contesto emergenziale e degli effetti dovuti alla riduzione progressiva delle restrizioni che avevano interessato le attività economiche e sociali legate al Covid-19.

Analizzando, infatti, gli ultimi mesi di durata dello stato di emergenza, va sottolineato il manifestarsi di un ulteriore fenomeno contestuale alla pandemia da Covid-19: si tratta, come affermato precedentemente, del conflitto tra Russia e Ucraina, che dall'inizio dell'anno ha determinato un forte aumento dei prezzi delle materie prime e, in particolare, una vera e propria crisi energetica. In tale scenario, il ricorso alla decretazione d'urgenza ha continuato a rappresentare una costante nell'azione del Governo. Iniziava, però, a mutare il *focus* dei decreti-legge, non più recanti misure finalizzate esclusivamente al contrasto delle conseguenze economiche causate dal Coronavirus, bensì anche dalla sopracitata crisi bellica. Ne ha preso atto, altresì, la politica macroeconomica del Governo, che ha mantenuto un costante carattere espansivo basato sull'impiego dei margini finanziari, pur senza ricorrere ripetutamente al finanziamento di risorse in deficit.

Il quadro programmatico prefigurato dal DEF 2022 ha evidenziato, infatti, una conferma degli obiettivi di deficit nominale della NADEF 2021⁵². Ne è derivato uno spazio per nuove misure espansive pari a 0,5 punti percentuali di PIL nel 2022, con il quale è stato finanziato – nel mese di maggio – il decreto-legge n. 50/2022 (c.d. “Decreto Aiuti”), in prevalenza per fronteggiare l'emergenza relativa all'aumento del costo delle materie prime e, in particolare, del gas e dell'energia elettrica.

Più di recente, però, all'assenza in tal caso di una richiesta di scostamento di bilancio da parte del Governo contestualmente alla presentazione del DEF – com'è avvenuto, invece, nei due anni precedenti – è seguita, nello scorso mese di luglio, una nuova autorizzazione del Parlamento all'indebitamento netto per il solo esercizio 2022, che però non ha determinato alcun peggioramento dei saldi programmatici rispetto a quanto già previsto nel DEF 2022⁵³ e di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

Sotto un profilo complessivo, emerge, quindi, un quadro nazionale di finanza pubblica che si è caratterizzato – durante lo stato di emergenza – per un andamento quasi inevitabilmente sussultorio delle stime, molto condizionate non solo da un

⁵² I dati contenuti nel DEF 2022 stimano un livello che partendo dal 5,6 per cento del PIL quest'anno diminuisce fino al 2,8 per cento nel 2025. Anche il rapporto debito pubblico/PIL ha registrato un ribasso rispetto ai valori della NADEF, con un livello pari al 147,0 per cento nel 2022 e una progressiva riduzione fino al 141,4 per cento nel 2025; sul punto cfr. Documento di economia e finanza (DEF) 2022, pp. 10-12.

⁵³ Documento parlamentare LVII-bis n. 5, *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, XVIII Legislatura, 26 luglio 2022, p. 4.

elevato grado di incertezza dovuto all'evoluzione del Coronavirus, ma anche da una prolifica adozione di provvedimenti urgenti particolarmente onerosi.

Superato questo arco temporale, il percorso macroeconomico nazionale che è stato descritto sembra momentaneamente trovare una timida direzione di rientro verso l'Obiettivo di Medio Termine (OMT), con una potenziale previsione di avvicinamento nel lungo periodo quasi ai valori pre-pandemia, quando la NADEF 2019 aveva stimato un livello programmatico di indebitamento netto pari a 2,2 per cento, invariato anche per l'anno 2020⁵⁴. Tuttavia, resta ancora un significativo margine in relazione alla stima del debito pubblico, che nel 2022 segna un livello pari a 11,3 punti percentuali in più rispetto al 2019⁵⁵. Sarà, quindi, l'impatto della crisi energetica tuttora in corso a influenzare la futura politica di bilancio nazionale, anche sulla scelta del reiterato ricorso al deficit come soluzione al contrasto di imponenti emergenze economiche.

4. Riflessioni conclusive

L'indagine svolta ha provato ad analizzare alcuni aspetti che hanno caratterizzato la pandemia da Covid-19 nel periodo dello stato di emergenza.

In primo luogo, si è visto come l'utilizzo della decretazione d'urgenza, pur in circostanze emergenziali⁵⁶, abbia raggiunto un livello tale da alterare quasi

⁵⁴ Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (NADEF) 2019, p. 10.

⁵⁵ Per quanto riguarda la proiezione del rapporto debito/PIL, il livello previsto per fine 2019 dalla NADEF era pari a 135,7 per cento, mentre l'attuale previsione contenuta nel DEF 2022 si attesta a 147,0 per cento, con una lieve riduzione progressiva pari al 145,2 per cento nel 2023, al 143,4 nel 2024 e al 141,4 nel 2025.

⁵⁶ I dubbi relativi all'interpretazione del contesto pandemico quale fonte della decretazione d'urgenza vengono sollevati anche da G. MOBILIO, in *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., p. 375, che analizza le distanze dai singoli requisiti posti dalla Costituzione alla decretazione d'urgenza. Con specifico riferimento all'integrazione del requisito della "urgenza", infatti, l'obiezione mossa dall'Autore prende in considerazione il caso dei decreti-legge annunciati con alcuni mesi di anticipo rispetto alla loro pubblicazione con la finalità di venire incontro alle richieste sociali. Nel merito, viene citato anche S. CASSESE, *Le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della sera*, 14 maggio 2020, che ha analizzato il caso del decreto-legge n. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio"), datato 19 maggio, ma qualificato in fase di incubazione come "decreto Aprile". Si pensi, altresì, al caso di quei decreti-legge recanti specifici contenuti che vengono approvati con cadenza annuale: ad esempio, i c.d. decreti-legge "fiscale" e "milleproroghe", ovvero – volendone ravvisare la peculiarità del fenomeno – la più recente adozione, nel mese di maggio degli ultimi tre anni, di provvedimenti urgenti notevolmente onerosi (decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "Decreto Rilancio"; decreto-legge n. 25 maggio 2021, n. 73, c.d. "Decreto Sostegni-bis"; decreto-legge n. 17 maggio 2022 n. 50, c.d. "Decreto Aiuti").

irreversibilmente le dinamiche legislative ordinarie. L'eccessiva proliferazione dei decreti-legge, infatti, ha creato un contesto di «stress istituzionale»⁵⁷, che ha avallato tendenze patologiche già registrate nella prassi⁵⁸. Sebbene si tratti di un fatto ben conosciuto, il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza ha subito, in tempo di pandemia, un'accelerazione tale da sollevare – con maggior vigore rispetto al passato – ragionevoli incertezze sotto il profilo della coerenza con i parametri costituzionali.

In particolare, si pensi al sopradescritto fenomeno del 'monocameralismo sostanziale imperfetto', che porta con sé il rischio di consolidare alcune tendenze ben radicate. In stretta relazione al periodo del Coronavirus, si segnalano la modifica espressa ovvero l'abrogazione da parte di successivi decreti-legge di disposizioni inserite in altri decreti-legge in corso di conversione, nonché la confluenza tra diversi decreti-legge sempre in corso di conversione⁵⁹. In linea più generale, invece, si ravvisa il già menzionato fenomeno dei c.d. decreti *omnibus*, individuabile nell'aumento – in fase emendativa – della portata dei decreti-legge e nell'eccessiva eterogeneità dei medesimi, talvolta anche *ab origine*⁶⁰.

La frequente tendenza a esaminare e modificare, soltanto nella Camera assegnataria in prima lettura, i decreti-legge in fase di conversione ha così avallato la prassi di allargare oltremodo la portata tematica dei medesimi, sfociando anche

⁵⁷ Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021*, in collaborazione con il Servizio studi del Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, 2021, p. 15.

⁵⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso» dei decreti-legge*, cit., pp. 466 ss.

⁵⁹ In tema di modifiche adottate in sede di conversione dei provvedimenti d'urgenza, cfr. R. IBRIDO, *Questioni vecchie e nuove in materia di emendabilità del decreto-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Sul c.d. fenomeno della "confluenza" dei disegni di legge di conversione, cfr. E. LONGO, *La legge precaria: le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 232 ss., il quale ne rintraccia le origini nella XIV legislatura (pur essendo divenuto più frequente a partire dalla legislatura successiva). Nella XVII legislatura tale tecnica è stata utilizzata per quasi tutti i decreti-legge decaduti. Più in generale, sulle scelte compiute del Governo in ordine all'utilizzo delle fonti di produzione normativa, cfr. F. PASTORE, *Emergenza Covid-19 e dinamiche dei rapporti tra governo, maggioranza e minoranze parlamentari*, in *Dirittifondamentali.it*, 3 giugno 2020, pp. 7 ss.

⁶⁰ Si veda la lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio sulla conversione del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 73 (c.d. "Decreto Sostegni-bis"), nella quale il Capo dello Stato ha sottolineato come tra le modifiche introdotte in sede di conversione ve ne fossero «alcune che – alla luce del disposto costituzionale [...] – sollevano perplessità in quanto perseguono finalità di sostegno non riconducibili all'esigenza di contrastare l'epidemia e fronteggiare l'emergenza, pur intesa in senso ampio, ovvero appaiono del tutto estranee, per finalità e materia, all'oggetto del provvedimento».

in episodi di palese disomogeneità delle norme in essi contenute. Peraltro, in tale *modus operandi* parlamentare è ravvisabile anche la ragione della marcata consuetudine di assegnare quasi in maniera alternata alle due Camere l'esame dei decreti-legge⁶¹.

Per tali motivi, il sopramenzionato concetto di monocameralismo assume un carattere sostanziale, non potendosi ritenere perfezionato in virtù dell'assenza di una relativa previsione costituzionale. E, dal momento che formalmente l'esame parlamentare dei provvedimenti d'urgenza continua ancora a interessare entrambi i rami del Parlamento, tale fenomeno di monocameralismo può definirsi 'imperfetto'.

L'attività del Parlamento – nella fase di conversione dei provvedimenti d'urgenza – ne risulta sempre più compromessa sotto diversi profili. Anzitutto, manca un vero e proprio controllo dei presupposti di necessità e urgenza che qualificano i decreti-legge e ne costituiscono il rilievo politico⁶². Come è già stato autorevolmente osservato, il Parlamento esercita una funzione di valutazione più che di controllo e «tende a vigilare affinché decisioni, politiche e linee di azione di altri soggetti siano di “buona qualità”. Questo controllo-valutazione parlamentare viene a distinguersi nettamente tanto dalla funzione ispettiva (che diventa marginale, anche se non dal punto di vista numerico-quantitativo) quanto dall'attività parlamentare di indirizzo politico, che viene ridimensionata dalla centralità che il Governo ha assunto nella nuova configurazione dei poteri pubblici nel mondo globalizzato». ⁶³ Per quanto concerne l'attività emendativa, invece, si registra un cospicuo intervento parlamentare – peraltro, solo della Camera

⁶¹ A titolo esemplificativo, con riferimento all'assegnazione dei provvedimenti d'urgenza citati nel presente contributo, si rileva la seguente alternanza: il decreto-legge n.18/2020 (c.d. “Decreto Cura Italia”) è stato assegnato il prima lettura al Senato (A.S. 1766); il decreto-legge n. 23/2020 (c.d. “Decreto Liquidità”) e il decreto-legge n. 34/2020 (c.d. “Decreto Rilancio”) sono stati assegnati in prima lettura alla Camera (A.C. 2461 e A.C. 2500); il decreto-legge n. 104/2020 (c.d. “Decreto Agosto”) è stato assegnato in prima lettura al Senato (A.S. 1925); il decreto-legge n. 137/2020, la cui legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, ha fatto salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge n. 149/2020, n. 154/2020 e n. 157/2020, poi abrogati (c.d. “Decreti Ristori”), è stato assegnato in prima lettura al Senato (A.S. 1994); il decreto-legge n. 41/2021 (c.d. “Decreto Sostegni”) è stato assegnato in prima lettura al Senato (A.S. 2144); il decreto-legge n. 73/2021 (c.d. “Decreto Sostegni-bis”) è stato assegnato in prima lettura alla Camera (A.C. 3132); il decreto-legge n. 4/2022 (c.d. “Decreto Sostegni-ter”) è stato assegnato in prima lettura al Senato (A.S. 2505).

⁶² C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, pp. 12-13.

⁶³ G. FILIPPETTA, *Il controllo parlamentare e le trasformazioni della rappresentanza politica*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, giugno 2014, p. 5.

assegnataria in prima lettura di un decreto-legge – nella fase di conversione. Come sopra rilevato, la presentazione e approvazione di un numero progressivamente più elevato di emendamenti determinano un ampliamento di contenuti normativi raramente omogenei con il provvedimento in esame e che serve a non rendere il Parlamento sostanzialmente mero spettatore del sempre più ordinario procedimento legislativo della decretazione d'urgenza.⁶⁴

Tali considerazioni inducono a riflettere, in relazione alle situazioni di vera emergenza come pure in condizioni ordinarie, sull'esigenza di rimodulare il procedimento della decretazione d'urgenza, rendendo più omogenea possibile l'attività emendativa e maggiormente effettivo il controllo di integrazione dei presupposti costituzionali. Occorre, quindi, restituire a entrambe le Camere una maggiore «capacità di (ri)elaborazione legislativa»⁶⁵ nella fase di conversione dei decreti-legge, considerando anche il nuovo assetto istituzionale conseguente alla riduzione dei parlamentari⁶⁶ e alla riforma dei regolamenti, al momento approvata solo dal Senato⁶⁷.

Quanto al livello di opportunità legislativa, nella dialettica tra Governo e Parlamento, l'exasperato ricorso alla decretazione d'urgenza deve cedere il passo a un più frequente utilizzo del procedimento di delega legislativa, che si configura quale strumento idoneo a rendere più razionale il processo di decisione normativa, nonché a creare adeguati presupposti di maggiore sistematicità e certezza del diritto.

In secondo luogo, nel presente contributo è stato analizzato anche il tema del reiterato ricorso al deficit quale modalità di finanziamento delle misure economiche per il contrasto dell'emergenza da Covid-19. In particolare, sono stati esaminati gli effetti sul quadro nazionale di finanza pubblica di una politica macroeconomica senza precedenti.

⁶⁴ L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII Legislatura*, cit., p. 31. Si veda anche L. SPADACINI, in *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., p. 57, che fa riferimento all'elevato grado di emendabilità delle leggi di conversione quale sintomo soltanto apparente di vitalità parlamentare.

⁶⁵ L'espressione è di N. LUPO, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, cit., p. 7.

⁶⁶ La legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1, recante "Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 21 ottobre 2020, ha ridotto il numero dei parlamentari da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi. La legge è stata confermata dagli elettori nel referendum popolare tenutosi il 20 e 21 settembre 2020.

⁶⁷ Il 27 luglio 2022, l'Assemblea ha approvato la Riforma del Regolamento del Senato a seguito della revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari (Documento II, n. 12, XVIII Legislatura).

A questo punto della trattazione, quindi, è opportuno svolgere una breve riflessione sulla sostenibilità del debito pubblico. Si tratta di un principio costituzionale inserito negli articoli 81 e 97 della Costituzione ad opera della legge che ha introdotto il pareggio di bilancio (legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1)⁶⁸.

Come è stato osservato, il debito pubblico può dirsi sostenibile quando è compatibile «con le capacità di rimborso dello Stato che lo ha emesso»⁶⁹. Ne consegue che la sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche non deve avere soltanto un carattere di attualità, bensì fondarsi anche su una valutazione positiva degli effetti di lungo periodo. Il riferimento è al c.d. “debito buono”, ossia al finanziamento in deficit di misure che in futuro risultano idonee a produrre una crescita del sistema economico.

Se, dunque, è la modalità di impiego delle risorse pubbliche a qualificare una politica macroeconomica come sostenibile, emergono tuttavia perplessità sul mancato vincolo del nuovo indebitamento statale a spese di investimenti⁷⁰. L'attuale possibilità di finanziare – in egual modo – spese correnti rischia, infatti, di provocare un'eccessiva dilatazione interpretativa della clausola sugli “eventi eccezionali”⁷¹, mostrando, peraltro, similitudini con il sopradescritto ampliamento concettuale dei presupposti propri della decretazione d'urgenza.

⁶⁸ Le disposizioni relative al principio della sostenibilità del debito pubblico sono situate nella Parte II della Costituzione: al Titolo I (“Il Parlamento”), nella Sezione II su “La formazione delle leggi”, l'articolo 81, comma 6, prevede che: «Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.»; mentre, al Titolo III (“Il Governo”), nella Sezione II su “La Pubblica Amministrazione”, l'articolo 97, comma 1, stabilisce che: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.».

⁶⁹ L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico: un percorso euro-nazionale*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2022, p. 277.

⁷⁰ Il riferimento è alla legge 24 dicembre 2012, n. 243, recante “*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*”. Cfr. anche R. IBRIDO, N. LUPO, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra Fiscal Compact e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2, 2017, p. 244.

⁷¹ L'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, individua le tipologie di eventi eccezionali che legittimano scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico. Si veda anche L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1, 2021, p. 165.

In questa prospettiva, risulta verosimile che, in futuro, l'adozione di rilevanti misure economiche urgenti possa diventare la causa e, al contempo, l'effetto di politiche macroeconomiche basate sull'eccessivo indebitamento. In particolare, sussiste la possibilità, o meglio il rischio, che si crei un rapporto di connessione concettuale tra i criteri di necessità e urgenza che legittimano il ricorso ai decreti-legge e il presupposto della eccezionalità che giustifica gli scostamenti di bilancio.

Pertanto, il prossimo manifestarsi di situazioni contingenti idonee a determinare, anche solo nel breve e medio periodo, un deciso peggioramento degli indicatori economici potrebbe implicare un abuso del ricorso al deficit abbinato a un già eccessivo impiego della decretazione d'urgenza.

È certamente pacifico come la straordinarietà degli eventi legati agli ultimi due anni, che alla pandemia da Covid-19 ha visto associarsi più di recente anche la crisi energetica, abbia determinato un'inedita congiuntura economica. Tale scenario ha portato l'Unione europea a dare maggiore flessibilità di bilancio agli Stati membri e, in particolare, all'Italia, che ha messo in atto – per tutta la durata dello stato di emergenza – un piano di spesa pubblica basato sul frequente ricorso all'indebitamento.

Eppure, terminato lo stato di emergenza dovuto alla pandemia, resta da chiedersi se – nelle more del grave aumento dei costi energetici – questo prolungato ricorso al deficit possa rappresentare un precedente in vista di nuove decisioni di politica economica, finendo per oltrepassare la coerenza con il principio costituzionale di sostenibilità del debito pubblico.

Solo un'efficace rete di investimenti idonea a creare i giusti anticorpi in un sistema economico, potenzialmente anche in presenza di situazioni eccezionali, è in grado di assicurare l'obiettivo della sostenibilità finanziaria. Per tali motivi, l'unica e più adatta infrastruttura in grado di raggiungere tale scopo appare, oggi, il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). La giusta attuazione di tale piano di investimenti rappresenta per l'Italia non soltanto un'opportunità di recuperare stabilità e benessere economici, bensì di riacquistare anche un ruolo costruttivo all'interno della comunità internazionale⁷².

⁷² C. BASTASIN, L. BINI SMAGHI, M. BORDIGNON, S. DE NARDIS, C. DE VINCENTI, V. MELICIANI, S. MESSORI, S. MICOSSI, P. C. PADOAN, G. TONIOLO, *Una visione del paese per una grande opportunità: le necessarie scelte del governo italiano in vista di Next Generation-EU*, in *LUISS School of Government Policy Brief*, 42, 2020, p. 3; si veda anche L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, cit., p. 219.

Recensione di impronta penalistica a G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 1-192

ROBERTO D'ANDREA*

Maggiori informazioni disponibili all'indirizzo:

<https://www.mondadoristore.it/Populismo-Costituzione-Fabio-Pacini-Giacomo-Delledonne-Giuseppe-Martinico-Matteo-Monti/eai979122060075/>.

Data della pubblicazione sul sito: 29 novembre 2022

Suggerimento di citazione

R. D'ANDREA, *Recensione di impronta penalistica a G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 1-192, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allievo del corso di PhD in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: roberto.dandrea@santannapisa.it.

Il testo in commento affronta il fenomeno populista sotto varie dimensioni: da quella dogmatico-descrittiva (ma non senza proiettarsi anche sul piano del dover essere costituzionale), a quella diacronica, dalle vicende di più scottante attualità del nostro Paese alla sua estrinsecazione relazionale e dunque mediatico-comunicativa. Naturalmente, trattasi di vasi intercomunicanti e reciprocamente integrantisi, e non di una analisi a compartimenti stagni. Cionondimeno, per facilitare l'esposizione, ci si soffermerà su ciascuno di questi distintamente, salvo, laddove opportuno, richiamare aspetti di un piano diverso da quello di volta in volta trattato.

Sotto il profilo dogmatico-descrittivo (e deontico, nel senso che si è detto), il populismo presenta, secondo quanto esplicitato nel saggio di Martinico, talune costanti: in sintesi, identità, immediatezza, manicheismo, assolutismo democratico riduzionistico, mimetismo e parassitismo. Tali caratteri costituiscono il filo rosso che percorre l'intero volume e si estrinsecano al massimo grado, come si vedrà, nel populismo *penale*; essi si pongono, secondo unanime visione degli autori, irrimediabilmente in contrasto con il costituzionalismo liberaldemocratico: l'artificiosa identità costruita da tutti i movimenti populistici oblitera infatti una cifra essenziale delle Costituzioni post-secondo dopoguerra, ovvero il pluralismo ed il riconoscimento della pari dignità delle *distinte* posizioni di ciascuno, in una logica inclusiva e non dicotomica-esclusiva del contingente avversario (identificato come nemico da debellare). Pluralismo che, si badi bene, non dissolve le identità (operazione che vorrebbe condurre, per offrire un esempio richiamato da Martinico, chi intenda caducare la tutela delle identità nazionali prevista dall'art. 4.2 TUE, violando la regola per cui *abusus non tollit usum*), ma le esalta. Come affermava Ciampi, si può essere benissimo, al contempo e senza contraddizioni, membri di un Comune, di una Provincia, di una Regione, di uno Stato, di una comunità più ampia (Unione europea, Grande Europa etc.) e della Terra. Nessuna opposizione sussiste, infatti, come afferma Martinico¹, fra costituzionalismo e cosmopolitismo (tanto che addirittura Ferrajoli giunge ad asserire la contrarietà allo spirito costituzionalistico della stessa cittadinanza²), purché le identità convivano con leale cooperazione (come prescrive anche l'art. 4.3 TUE) e non mirino reciprocamente a distruggersi o a prevaricare o comunque a chiudersi l'una all'altra. Si comprende allora perché i populismi in seno all'Unione europea racchiudano in sé ampie componenti perlomeno euroscettiche (se non apertamente anti-europee): rifiutano la leale cooperazione e invocano unicamente un'identità di tipo monadico, avulsa dalle altre identità. Se l'Europa, secondo una famosa espressione, è *unitas multiplex*, essa non può essere

¹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI e F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, cit., p. 27.

² Il riferimento è a L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2021, p. 178 ss. Il binomio costituzionalismo-cosmopolitismo connota anche l'opera, del medesimo autore, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022.

accettata dai populistici, che ricsano per statuto ontologico la molteplicità, salvo poi accusare l'Europa di impotenza quando ciò faccia loro comodo, come avviene rispetto ai temi dell'immigrazione (ove il relativo diritto penale tende a colorarsi delle sinistre fattezze del diritto penale *del nemico* preconizzato da Jakobs³) o a tutti i compiti, in generale, che l'Unione europea attuale non è in grado di assolvere proprio in virtù della stessa vischiosità sovranista dei populistici che pur la accusano di impotenza.

Il popolo, nelle ricostruzioni populistiche, è un *unicum* indistinto, una perfetta sfera parmenidea, del tutto omogenea, senza contrasti e senza differenze: esso ha una unica voce, che è quella della maggioranza, intesa come fosse un fenomeno naturale e onnipotente; l'interprete di questa voce, a sua volta, è unico, ed è, tendenzialmente, l'esecutivo: l'iter, peraltro, nel nostro Paese, come dimostrano i saggi del volume in commento, va nel senso del relativo rafforzamento. Chi dissente o si distingue, è il nemico, sia esso formato da minoranze deboli o da una élite forte (non si può, al riguardo, non evocare la folgorante immagine schmittiana del rapporto amico-nemico). Non a caso, i principali destinatari, diretti o indiretti, delle norme penali del Governo più populista della storia repubblicana (cioè il Governo Conte I) sono stati tanto i soggetti più deboli della società (gli immigrati, nei decreti cc.dd. "Sicurezza" salviniani⁴), quanto i soggetti socialmente più inseriti (l'esempio emblematico è offerto dalla legge c.d. "Spazzacorrotti"⁵). Dal carattere, poi, drasticamente identitario discendono anche l'impostazione volta a perseguire l'immediata attuazione della volontà popolare (e cioè dell'esecutivo) e la vocazione manichea. L'immediatezza deriva dalla visione artificiosamente semplificata della identità ed il manicheismo da una visione artificiosamente semplificata della diversità. L'immediatezza è il rifiuto di tutte le mediazioni che si frappongono alla attuazione della volontà popolare (anch'essa peraltro,

³ La letteratura penalistica in materia è assai vasta. Senza pretesa di completezza, v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 19 ss.; M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 32 ss.; G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2020, p. 1049 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 2 ss.

⁴ In materia, cfr. R. RAZZANTE (a cura di), *Decreti sicurezza: profili penali processuali: commento al d.l. n. 53/2019, conv. con modif. l. n. 77 e al d.l. n. 130/2020 conv. con modif. l. n. 173/2020*, Giuffrè, Milano, 2021.

⁵ L. n. 3/2019, su cui si veda, per tutti, G. FLORA, A. MARANDOLA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione: profili penali e processuali*, Pacini, Pisa, 2019. Sul più ampio tema, tuttavia, del rapporto fra probabilità di incorrere in responsabilità penali e grado di inserimento del reo nel tessuto sociale, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 2 ss., ove l'Autore teorizza la c.d. prima legge del rischio (penale), secondo cui maggiore è il prestigio sociale di cui gode un soggetto, maggiori sono le possibilità che a questi si trovi a rispondere penalmente di qualche reato.

nelle forme della volontà della maggioranza, tutt'altro che naturale ma anche essa artificiale e normativa⁶), di tutti i limiti e le forme che debbono canalizzare la sovranità spettante al popolo, non a caso pretermessi nel discorso di Conte in cui egli rivendica il proprio populismo⁷: se quest'ultimo è il fenomeno dal centro sottile, nelle democrazie costituzionali il centro è amplissimo, ed anzi forse il centro è tutto (se si considera che gli estremi appartengono solo alla sfera del non decidibile, per eccellenza sottratta alla politica contingente⁸). In questo rifiuto delle mediazioni si iscrive anche l'enfaticizzazione del ruolo dei referendum e della loro componente plebiscitaria (nel testo si dà poi ampio conto del perché non si possa mutuare il modello elvetico), nonché, come emerge nell'ultimo saggio⁹, la strumentalizzazione della apparente disintermediazione delle piattaforme o "piattaformizzazione" del dibattito pubblico.

Se, come si è detto, l'identità populistica è la semplificazione del sé e l'immediatezza è la semplificazione della relativa manifestazione ed estrinsecazione, il manicheismo è la semplificazione in chiave oppositiva dell'altro da sé, non solo nell'impostazione dicotomica amico-nemico ma anche attraverso l'eliminazione di componenti essenziali della stessa democrazia cui tanto ferventemente si appellano i populistici: l'odio verso le élite oblitera il merito e la competenza, che pur non dovendo dar luogo a soverchie disuguaglianze e a punizioni dei "non meritevoli", non possono essere ignorati in quanto si fondano sull'utilità comune¹⁰ (avere gente capace di svolgere gli incarichi cui è chiamata, e remunerata in ragione della sua capacità); la demonizzazione di minoranze, che invece devono essere, come si è detto, protette proprio in un sistema democratico. Il diritto penale costituisce, del resto, il braccio di cui si servono le forze populiste per punire il nemico di turno: ne è emblematica la vicenda legata al c.d. decreto "anti-rave"¹¹, oltre a tutti i riferimenti di populismo penale che campeggiano nel volume in parola, dalla "legge Spazzacorrotti" ai "decreti sicurezza"¹². E anche qui non si può fare a meno

⁶ L'argomento trova la sua massima espressione in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, *passim* ma specialmente p. 60 ss. e 116 ss.

⁷ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 18.

⁸ La terminologia è tratta dall'opera di Luigi Ferrajoli. Si possono ricordare, in particolare, L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 3 ss. e ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 329 ss.

⁹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 101 ss.

¹⁰ Come recita il celebre art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 ("Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune").

¹¹ D. l. n. 162/2022, conv. in l. n. 199/2022. Per una succinta analisi delle disposizioni ivi recate, A.R. CASTALDO, *In G. U. la legge di conversione anti-rave: (breve) riflessioni (poco) critiche*, in *Altalex*, 5/01/2023.

¹² Cfr. note 5 e 6.

di rimarcare però come sia le forze che si oppongono a tali orientamenti (che si sono manifestati soprattutto sul versante destro dello schieramento politico), sia la maggior parte degli studiosi di diritto penale, non abbiano compiutamente fatto da argine a simili derive manicheistico-autoritarie, le prime ricorrendo anch'esse secondo convenienza all'inasprimento del diritto penale, i secondi non sviluppando appieno i principi che possono fungere da limite all'intervento penale, come il principio di offensività, materialità, sussidiarietà e meritevolezza di pena, e accogliendo una nozione fumosamente manichea come quella di bene giuridico o, peggio, superandola con concetti ancora più vaghi, come la tutela di funzioni¹³. L'istanza di immediatezza fa

¹³ Si formulino in questa sede due soli esempi della svalutazione di questi principi da parte della dottrina più autorevole: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 482, sostiene che “la discussione sull'*extrema ratio* lascia il tempo che trova, e rischia di diventare anzi, alla fine – paradossalmente –, lo strumento che giustifica il mancato ritrarsi del diritto penale da ambiti che gli sono estranei”; secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2013, VIII ed., p. XLIII, il principio di *frammentarietà* non costituirebbe “un rigoroso limite per il legislatore: per la difficoltà di una netta *distinzione tra beni meritevoli e immeritevoli di tutela penale*” e per “la difficoltà di distinguere tra i *diversi gradi di offesa* e di individuare le offese di gravità intollerabile (le ‘macroffese’). Per l'impossibilità di una misurazione precisa di *gradi di efficacia delle sanzioni penali ed extrapenali*, date le insuperabili carenze o il dubbio valore di rilevazioni empirico-statistiche di comparazione”; “per la non fattibilità di *previe sperimentazioni*. Per l'incertezza circa la *spettanza dell'onere probatorio* sull'esistenza di sanzioni extrapenali efficaci al legislatore o al ricorrente innanzi alla Corte cost. Per la *non azionabilità* innanzi a tale corte. E perché, se realisticamente intesa, la “*sussidiarietà*” deve tenere conto del duplice dato che i più sono allarmati non tanto dai fatti offensivi di entità spersonalizzate (fisco, economia, ecc.), quanto e innanzitutto dalla piaga della “criminalità diffusa”, incidente sulla qualità della vita quotidiana. E che ad essi deve essere assicurata un'adeguata tutela, senza la quale sono inevitabili i crescenti fenomeni degenerativi dell'autodifesa e autogiustizia e dei *delitti di reazione*”. L'Autore subito dopo lamenta il crescente divario tra aspirazioni ideali e diritto positivo, correlato all'aumentare della quantità e al diminuire della qualità del diritto penale. Siamo convinti che di quest'ultimo duplice fenomeno siano corresponsabili tanto la dottrina, che, come abbiamo appena visto, non ha in alcun modo valorizzato i principi di *extrema ratio* e frammentarietà nella loro vincolatività costituzionale, quanto la Corte costituzionale, con il suo sindacato sulle norme poste in essere dal legislatore tanto blando, quanto è (spesso immotivatamente) severo il suo vaglio di ammissibilità dei quesiti referendari, anche se garantistici. Al miglioramento della qualità delle norme giuridiche (sia sotto il profilo della tecnica di redazione che sotto quello della compatibilità costituzionale) tutti devono dare il loro contributo, senza trincerarsi dietro ragionamenti come quelli testé richiamati. Gli abusi legislativi vanno denunciati come tali, ed il diritto penale costituisce spesso il modo più semplice per liberarsi dal compito di risolvere i problemi sociali in maniera *sistemica*. Per fare un solo esempio, si potrebbe avanzare l'ipotesi che per evitare l'“autogiustizia” basti spesso un risarcimento *tempestivo*, e dunque servirebbe velocizzare i processi civili, anziché fare la corsa alla norma più repressiva.

tutt'uno con l'assolutismo democratico riduzionistico, cioè la tendenza a imporre sempre e comunque l'omogenea volontà dell'omogenea e naturale maggioranza, identificando in questa imposizione, e solo in questa, l'autentica democrazia. Il meccanismo riduzionistico si articola in più colli di bottiglia: gli esseri umani si riducono ai cittadini e ai membri omogenei della comunità (non è un caso l'interpretazione di Lorenzo Fontana dell'insegnamento del Vangelo "ama il prossimo tuo come te stesso" secondo cui il prossimo sarebbe colui che "ti sta vicino", chi quindi appartenga alla tua stessa comunità), i cittadini si riducono ad un indistinto popolo, il popolo si riduce alla sua (artificiale e spesso in realtà neppure tale) maggioranza, la maggioranza si riduce all'esecutivo, spesso a sua volta ridotto alla figura carismatica e alla volontà di un capo, incarnazione ultima della volontà popolare.

Si deve inoltre ritenere che la formula, anche al di là del riduzionismo, "assolutismo democratico", si configura come una *contradictio in adiecto*, giacché la democrazia, lungi dal poter essere assoluta, contiene in sé stessa, nella sua stessa definizione, i limiti all'assolutismo: oltre al principio di maggioranza, che è indubbiamente un aspetto della democrazia, è parimenti democratico il principio contro-maggioritario, volto a tutelare tanto le minoranze intese come categorie economicamente e/o socialmente deboli (immigrati, vagabondi, nullatenenti, disabili, carcerati, emarginati di ogni genere) quanto, più in generale, i diritti e le libertà fondamentali, spettanti senza eccezione a tutti gli esseri umani, a prescindere dalla relativa categoria di appartenenza (cittadini, stranieri, apolidi etc.) e a prescindere dal fatto che essi formino parte della maggioranza o della minoranza; il principio contro-maggioritario non è un principio antidemocratico, ma è la forma più alta di democrazia, perché germina dall'istanza, modernissima e rivoluzionaria, di natura personalistica (non meramente individualistica): il personalismo rovescia, dopo millenni, la medaglia, consentendoci di guardarla dal lato della persona prima ancora che dal lato della società o dei gruppi di cui la medesima faccia parte¹⁴

Sul rarefarsi, invece, del bene giuridico, a sua volta peraltro perfettamente funzionale (nella sua vaghezza e sostanziale indefinibilità) per giustificare le scelte di incriminazione più disparate, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 17 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 17 ss. e G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim* ma soprattutto p. 65 ss.

¹⁴ Su tale rivoluzione copernicana, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 54 ss.: sul piano storico "la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto" (10 comandamenti, codice di Hammurabi etc.); e se diritti e doveri costituiscono, secondo una nota immagine, il dritto e il rovescio della medesima medaglia, e se l'Autore si domanda quale delle due figure sia il dritto e quale il rovescio, ad avviso di chi scrive non pare peregrino affermare che storicamente si è sempre vista la medaglia dal rovescio, dal lato cioè dei doveri, in quanto il dritto, assiologicamente e teleologicamente, sono i diritti. In ogni caso, afferma Bobbio, si è guardato (al diritto e) alla morale dal lato della società, del gruppo e della sua difesa (tanto che, ricorda l'Autore, 'non uccidere' valeva solo *dentro il gruppo* e non fuori). Oggi la prospettiva si è rovesciata e (tanto il diritto quanto) la morale viene guardata dal punto di vista dell'individuo. Questa prospettiva peraltro si salda con una visione

(dato invece assodato per millenni, atteso che il diritto nasce prima di tutto per proteggere il gruppo di appartenenza dagli altri gruppi, secondo una logica tanto organicistica quanto irriducibilmente dicotomica, all'insegna della polarità amico-nemico): non importa che il gruppo o la comunità di appartenenza deliberi di violare i diritti dell'individuo che ne faccia parte, perché i diritti fondamentali di quest'ultimo prevalgono sulla volontà di lederli di tutti gli altri. Per dirla con B. Constant, quando “una qualunque autorità attenta alla parte di esistenza individuale che non è di sua competenza, poco importa da quale fonte questa autorità dica di derivare, poco importa che essa si definisca individuo o nazione: essa potrebbe essere la nazione intera, meno il cittadino che opprime, e non sarebbe meno illegittima”¹⁵. Questo è il senso delle clausole di eternità e questo è il senso della sfera del non decidibile ferrajoliano: non sono strumenti dittatoriali ma solo “punti di non regressione”¹⁶, punti da cui non si può tornare indietro: sono infatti suscettibili di modifica migliorativa, ma non di compressione. Non sono cristallizzazioni della storia ma forze propulsive. E del resto, come sostiene Bobbio nell'*Età dei diritti*, persino la regola della maggioranza tanto cara ai populistici trova la sua ragion d'essere ed il suo significato ultimo nella valorizzazione della singola persona umana, del singolo individuo: la maggioranza, quale che sia la sua artificiale ricostruzione, è la somma aritmetica di volontà individuali rilevanti come tali, e senza queste ultime la regola della maggioranza non può essere compresa né spiegata¹⁷.

kantianamente cosmopolita, secondo la quale il fine è ciascun singolo essere umano in carne ed ossa, che non può essere mai strumentalizzato per alcun fine sovraindividuale e che non vale di più o di meno per il fatto di appartenere ad una determinata categoria sociale.

¹⁵ B. CONSTANT, *Le reazioni politiche*, trad. it. a cura di S. DE LUCA, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 114 ss. Queste parole, se così si può dire, sono l'antidoto autenticamente liberale contro ogni veleno populistico.

¹⁶ L'espressione è tratta da M. PRIEUR, G. SOZZO (a cura di), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2012, per come citato da M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, p. 293.

¹⁷ Ancora una volta, vale la pena ricordare N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 116 ss.: “Oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo. Eliminate una concezione individualistica della società. Non riuscirete più a giustificare la democrazia come forma di governo. Quale migliore definizione della democrazia se non quella secondo cui in essa gli individui, tutti gli individui, hanno una parte della sovranità?”. L'Autore poi propone, personalisticamente, di attribuire la sovranità ai cittadini più che al popolo, che è una espressione di cui, secondo l'Autore, si sono avvalsi tutti i regimi dispotici. E prosegue: “piaccia o non piaccia, la società democratica non è un corpo organico ma una somma di individui. Se non fosse così, non avrebbe alcuna giustificazione il principio di maggioranza, che pure è la regola fondamentale di decisione democratica [...]. Concezione individualistica e concezione organica della società sono irrimediabilmente in contrasto. Assurdo domandarsi quale sia più vera in senso assoluto. Non assurdo ma assolutamente ragionevole, affermare che l'unica vera per capire e far capire che cosa sia la democrazia, è la seconda, non la prima [...]. Attraverso l'antividualismo sono passate

Per questa ragione lo stesso termine “popolo”, se non è inteso come insieme di singoli cittadini, rischia di diventare fuorviante, e la relativa “sovranità”, se non letta alla luce delle aperture costituzionali a realtà politiche sovra-nazionali e alla luce dei limiti alla sovranità dettati dall’esigenza di tutelare i diritti fondamentali, si rivela ormai o priva di ogni valenza o contraria al costituzionalismo¹⁸.

Alla luce di tutto ciò può dirsi che, nell’alveo del costituzionalismo, anche l’orbaniana democrazia illiberale è una contraddizione in termini: senza le acquisizioni liberali, non esiste democrazia. Al riguardo, non si può non osservare come il concetto di sovranità, di ascendenza westfaliana, possa ormai, dopo i buoni (ma non sempre buoni) servigi che ha reso, essere serenamente accantonato con tutti gli onori, in favore di nozioni più moderne e aderenti ai valori costituzionali (provocatoriamente: si può parlare di servitù?). Perché, per venire agli ultimi caratteri del populismo, ovverosia mimetismo e parassitismo (che sembra sostanzialmente una endiadi), se è vero che i populisti strumentalizzano e pervertono taluni concetti chiave del costituzionalismo (libertà di manifestazione di pensiero, su cui *infra*, popolo, sovranità), è anche vero che questi concetti spesso si prestano, quasi fisiologicamente, ad essere strumentalizzati. Tutti questi caratteri si proiettano, sul piano del dover essere, nei tre approcci costituzionalistici al fenomeno populista¹⁹: quello legato ad una visione di radicale incompatibilità fra il fenomeno populista ed il costituzionalismo post-totalitario; quello secondo cui il populismo conterrebbe una teoria costituzionale e quello che parla apertamente di costituzionalismo populista nel segno della democrazia illiberale, dimentico tuttavia della natura normativa del costituzionalismo (posto che trasforma la democrazia costituzionale in un puro strumento di governo di maggioranza ed esecutivo, laddove invece la democrazia costituzionale nasce proprio per limitare il governo di maggioranza ed esecutivo).

La vera questione teorica sollevata dal populismo, infine, secondo Martinico²⁰, è se il diritto costituzionale abbia ancora bisogno o meno della nozione di potere costituente. Al di là di come esso sia stato configurato, secondo Dogliani il concetto di potere costituente può essere ormai pacificamente dismesso, posto che la sua unica funzione sarebbe quella di attentare e negare i diritti fondamentali. E in ogni caso neppure il principale teorico del potere costituente, l’abate Sieyès, ha concepito il potere costituente

più o meno tutte le dottrine reazionarie [...]. [N]on c’è nessuna costituzione democratica, a cominciare da quella repubblicana italiana, che non presupponga l’esistenza d’individui singoli che hanno diritti in quanto tali. E come si potrebbe affermare che sono ‘inviolabili’, se non si presupponesse che, assiologicamente, l’individuo è superiore alla società di cui viene a fare parte?”

¹⁸ Cfr. sul punto la nota precedente.

¹⁹ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione*, cit., p. 16 ss.

²⁰ *Ivi*, p. 36.

come un potere illimitato, attesa la cogenza del diritto naturale. Solo C. Schmitt arrivò a tanto²¹. Si vedrà tuttavia alla fine come esso possa essere recuperato in chiave sovranazionale, anche se solo in parte. Il profilo diacronico (ricostruito nel testo in esame, dal Fronte dell'Uomo Qualunque a Tangentopoli a FI, Lega Nord, in parte il Partito democratico di Renzi, Lega e M5S), nonché le considerazioni di attualità, non fanno che confermare il perdurare dei caratteri delineati. Storicamente, inoltre, il populismo ha portato seco, nel nostro Paese, tendenze indebitamente unificanti (identità-popolo-maggioranza-sovranià) e tendenze indebitamente disgregatrici (manicheismo-élite-terrori-immigrati-Europa-etc. come nemici da debellare). Il primo aspetto si desume in particolare dalla costante e inesorabile tendenza, in progresso di tempo, ad un rafforzamento del potere esecutivo e ad uno svilimento del potere per eccellenza più carico di mediazioni, ovvero sia il Parlamento; tendenza ulteriormente corroborata dalla tensione maggioritaria espressa anche dai cittadini italiani, i quali, nel 1993, si espressero con referendum abrogativo a favore di un sistema elettorale a vocazione maggioritaria. Il risultato di questo tendenziale rifiuto delle mediazioni istituzionali fu, paradossalmente, il rafforzamento del potere giudiziario, del potere cioè meno legato al circuito democratico-elettivo di tutti gli altri²².

Dal punto di vista, da ultimo, mediatico, vengono evidenziati nel testo i fenomeni di disintermediazione (apparente, perché in realtà seguita sempre da una reintermediazione) e piattafornizzazione del dibattito pubblico, di cui si servono i movimenti populistici, unitamente alla strumentalizzazione di libertà costituzionali come la libertà di espressione, per veicolare disinformazione e *fake news* (non sempre vittoriosamente, anche perché, in virtù del suaccennato fenomeno di reintermediazione, i privati che controllano le piattaforme si sono già attrezzati per escludere determinate *fake news* o pagine o utenti dai social network, suscitando anche rilevanti perplessità di ordine costituzionale) e, in generale, tirare acqua al proprio mulino indebitamente

²¹ *Ivi*, p. 37.

²² Sul rafforzamento del ruolo della giurisprudenza, la quale è assurta, secondo alcuni studiosi, addirittura a fonte del diritto, la letteratura è ormai corposa. Con precipuo riferimento alla sola materia penale, *ex multis*, si veda, sulla generale crisi della legalità, A. BERNARDI ET AL., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008; P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, ESI, Napoli, 2012, *passim* ma specialmente p. 15 ss.; E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2004, p. 50 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro italiano*, 2000, p. 137, ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Padova, 2002, p. 3 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998, p. 204; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *L'Indice Penale*, 1999, p. 527 ss.; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 230 ss.

unificante e indebitamente disgregatore²³. Si porrà comunque il problema di recuperare le piattaforme ed i social network al diritto pubblico (es. responsabilizzazione degli Internet Service Providers), per tutelare, come prescrive la nostra Costituzione anche attraverso la valorizzazione dei vincoli derivanti dalla CEDU, tanto il diritto di informare quanto quello di essere informati, e quindi, rispettivamente, tanto il pluralismo esterno (proprietari) e interno (voci politiche) quanto l'accuratezza, precisione e attendibilità delle informazioni.

Il testo si conclude, non topograficamente ma concettualmente, con l'esortazione a "superare un approccio puramente difensivo alle pretese populiste". Ebbene, uno spunto in tal senso può essere subito suggerito. Ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno, ricuperando la legittima istanza di partecipazione politica al contenuto delle decisioni pubbliche²⁴, valorizzare lo strumento del referendum non già per bypassare le vie istituzionali della democrazia rappresentativa, bensì in funzione garantistica e per correggere un esercizio abusivo o distorto del potere governativo o parlamentare²⁵, nonché, più in generale, le forme di democrazia partecipativa (o di democrazia rappresentativa non elettiva) in corso di sperimentazione in alcuni ordinamenti (come in Francia): trattasi, in sostanza²⁶, di assemblee di cittadini estratte a sorte e rappresentative, inclusivamente, dell'intero corpo elettorale, ivi comprese le minoranze di ogni genere; tali assemblee decidono sulla base delle informazioni ricevute da esperti sui temi sottoposti alla loro attenzione, senza doversi preoccupare di ottenere un consenso contingente o di vincere le elezioni successive²⁷. Solo conciliando il garantismo delle istituzioni con la passione politica popolare si potrà rispondere non populisticamente alle istanze populiste.

²³ Sul delicato e generale rapporto fra diritto penale e informazione, e dunque fra libertà di pensiero, di cronaca e di critica e diritto di essere informati accuratamente nonché diritto all'onore, v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela penale dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; C. DE MAGLIE, G. INSOLERA, L. PISTORELLI, *Diritto penale e informazione*, in *discrimen.it*, 2009, p. 3 ss., e AA. *ivi cit.*

²⁴ Partecipazione, del resto, più volte incoraggiata dalla nostra Carta costituzionale (dal riconoscimento della sovranità popolare all'uguaglianza sostanziale, dal diritto di voto al diritto di associarsi in partiti politici, dall'iniziativa legislativa popolare al referendum abrogativo, e via discorrendo).

²⁵ Ne costituiscono un esempio emblematico, ad avviso di chi scrive, i referendum sull'omicidio del consenziente e sulle sostanze stupefacenti, dichiarati tuttavia inammissibili dalla Corte costituzionale, con discutibili pronunce (per un commento alla decisione sull'omicidio del consenziente, sia consentito rinviare a R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 2022).

²⁶ Con molte incertezze e correzioni di rotta, tuttavia: per osservazioni più particolareggiate, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1671015808447.pdf.

²⁷ Per una analisi di questo strumento, v. D. VAN REYBROUCK, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, trad. it. a cura di M. PINACONI, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 9 ss.

Libertà di satira, una sfida per i *social media**

JACOPO MENGHINI**

Keywords: Satira, Libertà di espressione, *Social media*, *Regulation platform*.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La Satira e il diritto. – 3. I limiti della satira. – 4. Il ruolo dei *social media*. – 5. Il Futuro dello Stato.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

J. MENGHINI, *Libertà di satira, una sfida per i social media*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il contributo è stato presentato durante la conferenza ICON-S a Bologna il 17 settembre 2022 all'interno del panel «Libertà di espressione e bilanciamento dei diritti fondamentali nel contesto delle piattaforme digitali».

** Dottorando in Law, Science and Technology nell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: jacopo.menghini2@unibo.it.

1. Introduzione

La satira può essere definita «fondamentalmente, l'utilizzo deliberato dell'umorismo per finalità aggressive»¹. Questa definizione, così essenziale, cattura però bene gli attributi del messaggio satirico, che si estrinseca in una sorta di aggressione umoristica, spesso diretta al potente politico di turno, inserendosi arditamente in un contesto di attualità.

La regolamentazione di questa tecnica espressiva ha trovato negli anni un suo posto nell'agone del diritto. Oggi, mentre trasmigra online, solleva nuove questioni giuridiche e rappresenta una vera e propria sfida per i *social media* che devono governarla. Al fine di introdurre l'argomento, è bene muovere da alcune considerazioni sulla satira nella prospettiva della sfida per i *social media*, sottolineando alcune differenze che ricorrono tra la satira offline e quella online.

In primo luogo, la satira online non è solo una forma artistica capace di mettere a tema attraverso l'ironia alcuni aspetti del potere, ma diviene anche e forse sempre di più una forma espressiva di comunicazione tra gli utenti di una data piattaforma².

In secondo luogo, lo studioso del diritto deve prendere in considerazione il nuovo ruolo dei *social media* quali intermediari (che sono talora investiti di compiti di garanzia e/o controllo) di quei nuovi contenuti satirici che si sviluppano e diffondono online.

Infine, bisogna chiedersi quale sia il ruolo dello Stato nell'esercizio del diritto di satira. Se storicamente lo Stato è stato il tradizionale bersaglio e allo stesso tempo il controllore del messaggio satirico, oggi, mentre viene a perdersi l'una e l'altra connotazione, deve porsi quale soggetto capace di tutelare lo stesso diritto all'interno delle piattaforme digitali.

L'attualità della tematica satirica all'interno dei *social media* è confermata ad esempio dalle notizie riguardanti l'acquisizione da parte di Elon Musk della piattaforma *Twitter*, con il fine dichiarato di voler "proteggere la libertà di espressione". Questo monito fa luce su una problematica di sicuro interesse per il giurista che si confronta con i media e si interroga dunque sulla loro regolamentazione (la cosiddetta *Regulation Platform*). Il tradizionale rapporto tra satira e Stato, il pagliaccio che sbeffeggia il re e in questo modo afferma la propria libertà e quella della propria comunità, diviene in larga misura un rapporto di

¹ P.L. BERGER, *Homo Ridens, la dimensione comica dell'esperienza umana* (1997), il Mulino, Bologna, 1999, p. 231.

² Quotidianamente, in rete, ci si imbatte in realizzazioni creative dal marcato carattere umoristico. Queste produzioni amatoriali, una volta disseminate online, sfuggono al controllo dell'autore, per divenire forma di comunicazione tra utenti. L'esempio più lampante sono i cosiddetti *meme*.

interconnessione tra pari, tra utenti online, o *users*, che rivendicano una comunicazione libera e senza filtri. Il bene da tutelare pertanto non è soltanto il diritto alla libera manifestazione del pensiero, ma il diritto di partecipazione e comunicazione all'interno del web.

Date queste premesse, è chiaro come la satira abbia in parte mutato paradigma nella società dell'informazione; non più l'arma spuntata del popolo, di cui il comico artista si fa portavoce, ma coro capillare di protesta, capace di penetrare globalmente grazie al mezzo informatico. Si potrebbero elencare diversi casi in cui gli utenti del web hanno diffuso contenuti satirici nei confronti del mal governo di un paese: il caso dell'Iran è sicuramente l'esempio più attuale.

2. La Satira e il diritto

La qualificazione giuridica della satira è stata oggetto di un articolato dibattito dottrinale: la sua protezione dev'essere infatti garantita in uno stato liberale, dal momento che essa funge da contrappeso al rapporto tra apparato repressivo dei poteri pubblici e il singolo titolare del diritto. In questo senso, la satira si inserisce nel rapporto tra autorità-individuo e la sua gestione, regolamentazione e tutela sono da sempre la cartina di tornasole per il livello di democrazia in una data collettività.

La parte maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la satira sia un diritto soggettivo a rilevanza costituzionale, «un'espressione sintetica mediante la quale si designano forme assai varie di manifestazione del pensiero, la cui caratteristica comune deve essere individuata nella finalità di suscitare ilarità nei percettori»³, e altresì costituisca uno dei modi più efficaci attraverso i quali è possibile esprimere le proprie opinioni, una delle tante sfaccettature della libertà di manifestazione del pensiero⁴.

³ L. BALESTRA, *La satira come forma di manifestazione del pensiero, fondamento e limiti*, Giuffrè, Milano, 1998, cit. p. 3.

⁴ La nostra Corte Costituzionale ebbe modo di definire la libera manifestazione del pensiero la «Pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte Cost. 2 aprile 1969, n. 84, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 1175). Per assiologia, la satira può essere inclusa in tale definizione. Similmente, alcune sentenze della Suprema Corte si sono espresse in senso conforme: Cass. civ., 8 novembre 2007, n. 23314, con nota di E. BACCIARDI, *Note sui confini della libertà di far sorridere: quando la satira... è più che "satira"*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 2008, p. 1094 e L. D'ALESSANDRO, *I limiti all'esercizio della satira secondo la giurisprudenza [Nota a Cass. sez. III civ. 8 novembre 2007, n. 23314]*, in *Responsabilità civile*, 7, 2009, p. 624; Cass. civ., sez. III, sent. n. 28411/08, con nota di G. MAZZOTTA, *Sentenza 28411/08 Corte di Cassazione III sez. civ.: bilanciamento (costituzionalmente necessario) tra diritto di critica (e in particolare diritto di satira) e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in *Associazione dei Costituzionalisti*, 25 marzo 2009, disponibile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it. In una sentenza di merito

Secondo la giurisprudenza, la satira rientra nell'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero, protetto dalla nostra Costituzione all'art. 21 Cost., il quale tutela la libertà di parola in una concezione sia individualistica, ossia come diritto riconosciuto all'uomo *ex art. 51 c.p.*⁵, sia funzionale, e perciò collegata in via diretta all'affermazione dello Stato democratico ed in via indiretta alla capacità di suscitare una riflessione nel pubblico. A fondamento del suddetto diritto costituzionale, scaturente dall'innato bisogno di irridere i noti e i potenti, la dottrina più autorevole aggancia il combinato disposto degli art. 9 Cost. (promozione della cultura) e art. 33 Cost. (tutela prevista per le creazioni artistiche), a presidio della libertà di manifestazione del pensiero in ogni sua forma. Un doppio riferimento normativo dettato perciò dall'esigenza di attribuire alla satira natura di diritto della personalità e, al contempo, di rafforzare il dettato dell'art. 21 Cost. con una tutela aggiuntiva prevista per le creazioni artistiche⁶.

ormai datata, il Tribunale di Roma ritenne la satira meritevole di tutela, configurando un diritto soggettivo a rilevanza costituzionale, in quanto «espressione di una vecchia ma vivissima esigenza collettiva di esercitare – con la risata e lo scherzo – un'elementare funzione di moderazione dei potenti, di smitizzazione ed umanizzazione dei famosi, di umiliazione dei protervi, una funzione, in breve, di controllo sociale anche verso il potere politico ed economico, che usa, contro gli aspetti più arroganti del potere e della notorietà, l'arma incruenta del sorriso», (Note a Trib. Roma, 13 febbraio 1992, Carrisi c. Arbore, con nota di M. DOGLIOTTI, *Al Bano, Romina, Arbore, D'Agostino: satira, privacy e mass media*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, 1994, pp. 171-180).

⁵ «L'esercizio di un diritto [...] esclude la punibilità». Sull'applicabilità degli artt. 21 Cost e 51 c.p. alla tematica satirica, si veda M.O. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, pp. 295-333: «È innegabile come ad una valutazione di liceità della satira si possa effettivamente giungere, nel nostro sistema penale, attraverso l'art. 51 cod. pen., costituendo l'esercizio del diritto la clausola idonea a dare ingresso all'efficacia scriminante del diritto alla libera manifestazione del pensiero consacrato nell'art. 21 della Costituzione», cit. p. 298. L'autore elenca anche i requisiti «in presenza dei quali l'esposizione di una persona all'irrisione dei destinatari di una determinata forma di manifestazione del pensiero possa qualificarsi come esercizio del diritto di satira e, come tale, fruire dell'efficacia scriminante dell'art. 51 cod. pen.» (cit. p. 323); secondo l'autore i requisiti sono tre: *a)* la realizzazione dell'effetto comico; *b)* la notorietà della persona oggetto di satira; *c)* la sussistenza dell'*animus iocandi*, ossia un intento scherzoso in capo a chi trasmette un messaggio satirico. La più recente giurisprudenza di legittimità precisa però la portata della scriminante: Cass. pen., sez. V, sent. n. 1095/2022 del 28/04/2022: «la satira non sfugge al limite della correttezza, onde non può essere invocata la scriminante ex art. 51 cod. pen. per le attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, gli accostamenti volgari o ripugnanti, la deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo e dilleggio».

⁶ Tale riferimento normativo non è tuttavia dettato, è bene precisare, dalla volontà di interpretare le suddette norme come essenziali garanzie offerte alla libera esplicazione della

3. I limiti della satira

Affermare il diritto di satira richiede d'altro canto d'interrogarsi sulla salvaguardia dei diritti soggettivi suscettibili di essere lesi da un incontrollato esercizio di questo diritto⁷. Autorevole dottrina non ha mancato di accumunare la disciplina della satira a quella della cronaca e della critica⁸; secondo questa impostazione la satira sarebbe una peculiare forma di espressione, affine alla cronaca e soprattutto alla critica, e potrebbe o dovrebbe soggiacere ai seguenti limiti: verità; continenza; pertinenza⁹.

satira stessa. Qualora infatti si volesse interpretarle in tale modo, ossia quali garanzie direttamente applicabili al diritto di satira, si correrebbe un insidioso rischio: “di attribuire, cioè, rilievo solo alla satira colta ed erudita, svolta professionalmente in un contesto artistico culturale. Con la conseguenza che si finirebbe col prestare adesione ad una concezione «elitaria» della satira, a tal modo favorendo, rispetto ad essa, la creazione di categorie privilegiate, in contrasto con quello che viene indicato come il fondamento sostanziale della satira, ovvero di irridere noti e potenti” (L. BALESTRA, *La satira come forma di manifestazione del pensiero, fondamento e limiti*, cit., pp. 14 e 17). Della stessa opinione anche C. VIGLI, *Il diritto di satira tra licenza e censura*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, pp. 69-70, secondo la quale «connettere, dunque, il riconoscimento del diritto di satira alla qualità artistica del modulo espressivo in cui essa concretamente si realizza conduce, pertanto, a subordinarlo alla formulazione di un giudizio difficile, incerto, per nulla univoco ma, piuttosto, mutevole – formulazione che, peraltro, non sembra rientrare nelle competenze del giudice e nemmeno, d'altronde, nelle sue capacità -; ovvero a negare tale riconoscimento ogni qualvolta si neghi il valore artistico della satira».

⁷ Il riconoscimento del diritto di satira, garantito dall'art. 21 Cost., non può mai spingersi fino ad un esercizio indiscriminato; essa è infatti in grado di entrare in conflitto con alcuni valori fondamentali della persona, quali la reputazione, l'onore, il decoro, l'immagine etc., definiti “patrimonio irretrattabile di ogni essere umano” da una sentenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 13 del 24 gennaio 1994).

⁸ E. LOPEZ, *Sui limiti di liceità del diritto di satira*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, 1994; A.M. BENEDETTI, *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996, pp. 337 ss.; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, Padova, 1998; C.E. MAYR, *Critica, parodia, satira*, in *AIDA. Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2003, pp. 276-300; O. FITTIPALDI, *Ancora in tema di satira*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2010, pp. 98-101; S. PERON, *Allegro, andante, satireggiante... Ma non troppo: la satira nell'agone del diritto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 4, 2012, p. 1287.

⁹ Sull'opportunità di richiamare la disciplina sui limiti afferenti ai diritti di cronaca e di critica, da ultimo, G. BOGGERO, *La satira come libertà ad “autonomia ridotta” nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, 1, 2020, p. 3: «Oggetto di minore attenzione scientifica è, invece, la questione più ampia, inerente agli esatti confini che distinguono la satira dal diritto di cronaca e di critica e ai nodi teorico pratici che

Contraria a tale interpretazione la giurisprudenza italiana, che ha sottolineato a più riprese come una satira efficace difficilmente possa soggiacere a tali limiti¹⁰. Sicuramente non a quello della verità, poiché il comico non vuole informare¹¹. La satira non è neppure assoggettabile al limite della continenza, che rappresenta una equilibrata espressione. In linea teorica non esistono tabù per il comico, il quale si esprime spesso attraverso esagerazione e sproloqui; giuridicamente è sempre necessario rispettare il “buon costume”¹². Il rispetto dell’ultimo limite interno, la

l’evanescenza di tale distinzione comporta e lascia da sciogliere all’interprete. Lungi dall’essere un ozioso esercizio dottrinario, una *actio finium regundorum* per stabilire se e quando una determinata manifestazione del pensiero veicola un’informazione e quando, invece, sia tesa a esercitare dissenso, suscitando ilarità nei confronti di un personaggio pubblico, un’istituzione o una certa vicenda è, in realtà, di straordinaria rilevanza sotto il profilo della concreta operatività dei limiti applicabili alle une e alle altre forme di libera espressione e, in ultima analisi, sotto quello del tipo di risposta sanzionatoria che l’ordinamento giuridico dovrebbe ricollegare alla lesione dei diritti della persona».

¹⁰ La giurisprudenza ritiene infatti che la satira: *a*) non costituisce affatto una risposta ad esigenze informative; *b*) non ha alcun rapporto di necessità con la verità del fatto; *c*) non può, se mira alla efficacia del messaggio, obbedire a criteri di equilibrata espressione (Trib. Roma, 13 febbraio 1992). Per una sintesi sugli indirizzi giurisprudenziali in tema di satira: G. BALLARANI, *Il labile confine della satira tra variabili interpretative soggettive e tentativi di inquadramento oggettivo* (Nota a Cass. 8 novembre 2007 n. 23314), in *Giustizia civile*, I, 2008, pp. 651 ss.

¹¹ Di parere contrario, L. WEISS, *Diritto costituzionale di satira o diritto di pettegolezzo?* nota critica a: Trib. Roma, sent. 13 febbraio 1992, *Carrisi c. Arbore*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, I, 1994, p. 192, il quale ritiene che «l’informazione rimane tale ancorché resa in forma di satira. È perciò niente affatto esentata dalle regole dell’informazione». Anche l’autore satirico, attraverso il suo sagace attacco umoristico di un fatto vero e conosciuto, informerebbe, andando ad elidere quella interpretazione giurisprudenziale secondo la quale la satira non ha alcun rapporto di necessità con la verità del fatto.

¹² L’art. 21 comma 6 prevede un unico limite all’esercizio del libero pensiero: ossia il buon costume, inteso dalla stessa Corte Costituzionale, la quale riferisce il limite in questione ad un “insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione”, cit. Corte Costituzionale, sentenza n. 9 del 1965. Sulla relazione tra buon costume e satira interviene in maniera più netta G. CORASANITI, *Libertà di sorriso*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1989, p. 537, il quale ritiene il “buon costume” l’unico limite esterno ipotizzabile in materia di spettacolo «in ragione di esigenze collettive, le quali, peraltro possono arretrare rispetto a manifestazioni di obiettivo valore artistico». Riportiamo per completezza la più decisa posizione della dottrina secondo la quale il limite del buon costume sarebbe del tutto escluso quando si tratta di manifestazioni artistiche, tutelate ex art. 33. Così E. ONDEI, *I diritti di libertà: l’arte, la cronaca e la storiografia*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 1, il quale riafferma la natura artistica del genere e la discriminante dell’art. 33 Cost. poiché «di regola, non si considerano punibili come

pertinenza, che prescrive di tenere conto delle sole vicende rilevanti attribuibili a personaggi che godano di vasta notorietà, è forse il solo limite spendibile per la regolamentazione satirica, anche online. La giurisprudenza italiana nel risolvere controversie legate al discorso satirico non ha mancato di osservare come il personaggio pubblico debba pagare un prezzo più alto degli altri proprio a causa della stessa notorietà acquisita; pertanto, la pertinenza sembra un limite estendibile alla satira¹³.

A completare il quadro di un esercizio satirico lecito intervengono anche alcuni limiti esterni, che vengono individuati in relazione alle modalità espressive e di diffusione della satira, nonché al contenuto del messaggio trasmesso. L'esigenza è quella di contrastare eventuali aggressioni all'onore e alla reputazione altrui, proponendosi così di creare un equo temperamento tra la satira e i molteplici valori della persona suscettibili di essere lesi¹⁴. La necessità di una tutela

offensive al pudore (quindi come contrarie al "buon costume", secondo la comune definizione restrittiva di questo concetto) le opere d'arte e di scienza»; quest'analisi benevola porta l'autore ad affermare che: «Arte e oscenità, cioè offesa al pudore, "secondo il sentimento comune" sono dunque incompatibili e dove c'è arte *vera* (ecco il punto!) non vi può essere la ripugnanza, il senso del disordine, del disgusto, l'eccitazione di bassi istinti edonistici, perché tutto è trasfigurato dal sentimento del bello e del sublime» cit. p. 52. In senso conforme anche P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹³ La valutazione da parte del giudice dovrà pertanto tenere conto dell'interesse pubblico all'esposizione del fatto in forma satirica. Il già menzionato Tribunale di Roma ha ritenuto che la dimensione pubblica della vicenda o la notorietà del personaggio preso di mira sia rilevante solo ed esclusivamente al fine di suscitare il riso nello spettatore; perciò sarebbe un mero parametro caratteristico del mezzo espressivo satirico: «è indubbio che la satira di una persona sia sottoposta alla condizione fondamentale di coerenza con la ridetta natura: quella della notorietà del personaggio effigiato, posto che solo con lo stabilirsi di un circuito d'intesa tra l'autore ed i percettori sull'oggetto della comicità ha spazio e ragion d'essere la satira stessa» (Trib. Roma, 13 febbraio 1992).

¹⁴ I limiti esterni vengono tradizionalmente individuati dalla giurisprudenza in relazione alle modalità espressive e di diffusione ipotizzabili, nonché al contenuto del messaggio trasmesso, così come già ebbe a dire il Pretore di Roma (ord.) 16 febbraio 1989: «L'alterazione del nome o dell'immagine, sì da realizzare accostamenti sconci, ripugnanti o subdoli; l'attribuzione di fatti offensivi determinati o la raffigurazione di vicende reali della persona presa di mira; la propalazione di notizie destinate, per legge, a restare segrete; la denigrazione del prodotto dell'impresa o l'esaltazione dei prodotti dell'impresa concorrente; lo sbeffeggiamento di un personaggio accostato ad un competitore credibile, e così via enumerando». Sui limiti che incontra la satira e di come questa possa sfociare nel reato di diffamazione, si richiama, più recentemente, Cass. civ., sent. n. 5499/14 del 10/03/2014: «l'utilizzo di espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui deve essere strumentalmente collegato alla manifestazione di un dissenso ragionato

dall'attacco satirico, quando questo trascende in insulti abietti, è stata riaffermata anche a livello comunitario con la sentenza Deckmyn C-201/13. In quella circostanza, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha riaffermato l'inviolabilità del principio di non discriminazione, così come sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in considerazione di una vignetta satirica dal forte carattere politico¹⁵. Similmente, la Corte dei diritti dell'uomo (CEDU) ha dichiarato irricevibile il ricorso del comico Dieudonné, condannato per diffamazione in Francia; in questo caso la protezione offerta dall'art. 10 della Carta, a tutela della libertà di espressione, non poteva prevalere di fronte ad uno spettacolo comico dalla forte connotazione antisemita¹⁶.

4. Il ruolo dei *social media*

Il ruolo dei *social media* nella regolamentazione del messaggio satirico online risulta sempre più significativo, vista l'enorme proliferazione e viralità di contenuti di tal genere. La creazione dei cosiddetti *User Generated Content* (UGC) è oggi il vero mezzo di comunicazione di massa. La dottrina è solita distinguere tra utente passivo (*passive user*), ossia colui che fruisce del mezzo informatico solo come

dall'opinione o comportamento preso di mira e non deve risolversi in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato».

¹⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 3 settembre 2014 Causa C-201/13, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen et al.* (30) «Occorre ricordare l'importanza del principio di non discriminazione a motivo della razza, del colore e dell'origine etnica, così come concretizzato dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e confermato, in particolare, all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

¹⁶ Corte EDU n. 25239/13, del 20/10/2015, *M'bala M'bala c. France*. Riportiamo qui in nota il commento della dottrina al ricorso presentato di fronte la Corte dei diritti dell'uomo: «questa vicenda non può *ontologicamente* farsi rientrare nell'ambito delle espressioni satiriche: Dieudonné, infatti, non rivolge i propri strali verso i potenti, non li umanizza né smitizza, anzi infierisce sui deboli, mira, piuttosto, al mero dileggio e ad avvilire, tramite una scenetta raccapricciante, il popolo ebraico e la sua cultura. Le affermazioni da questi pronunciate non sono di certo finalizzate a suscitare alcuna riflessione: il sorriso amaro che la satira dovrebbe provocare è del tutto assente, perché per la miseria dell'Olocausto si può soltanto essere affranti», G. PUGLISI, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*. Nota a C. edu, sent. 20 ottobre 2015, *Dieudonné M'bala M'bala c. Francia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 febbraio 2016, pp. 9-10.

consumatore, ed utente attivo (*active user*), al contrario, laddove vi sia un impegno, ancorché amatoriale, per la creazione di tali contenuti in rete¹⁷.

Gli UGC divengono sempre più pervasivi nella vita sociale ed economica odierna; se da una parte hanno contribuito alla rilevanza sociale e culturale del web, sono altresì stati al centro della critica per la diffusione di idee e azioni non sempre lodevoli, se non addirittura di odio. In questo senso, si può parlare di vere e proprie comunità di creatori di contenuti, che vengono disseminati online e che possono, talora, trascendere in aggressioni virtuali.

Recentemente è stata emanata, a livello europeo, la nuova Direttiva sul Copyright 2019/790, con l'obiettivo di armonizzare la qualificazione e la regolamentazione di questi nuovi contenuti digitali¹⁸. Nel solco della giurisprudenza comunitaria consolidata, i *social media* vengono incaricati del filtraggio e della moderazione, poiché, in base all'architettura di rete, sarebbero gli unici agenti in grado di tracciare i contenuti illeciti¹⁹. L'intervento di un soggetto

¹⁷ Così G. COGO, *Cittadinanza digitale. Nuove opportunità tra diritti e doveri*, Edizioni della Sera, Roma, 2010, p. 30: «C'è un nuovo web (spesso identificato come web 2.0) che attraverso un uso sempre più virtuoso di strumenti tecnologici ormai a disposizione di tutti, garantisce il palinsesto ideale per ideare, progettare e sviluppare con grande creatività, le nuove opportunità offerte dalla rete, percependo l'immaterialità come una frontiera ancora da conquistare e per questo più suggestiva per i nuovi pionieri». Per una definizione di Web 2.0 riprendiamo quella proposta ivi, p. 61, da T. O'REILLY: «Il Web 2.0 è la rivoluzione commerciale dell'industria informatica indotta dall'evoluzione di Internet come piattaforma, nonché lo sforzo di capire le regole di sfruttarne il successo. La principale di queste regole consiste nel costruire applicazioni che sappiano sfruttare gli effetti della rete e che migliorino grazie al massiccio uso delle stesse da parte delle persone».

¹⁸ In questo senso, possiamo richiamare il Considerando (70) della suddetta Direttiva DSM: «Le misure adottate dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online in cooperazione con i titolari dei diritti non dovrebbero pregiudicare l'applicazione di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore, in particolare quelle intese a garantire la libertà di espressione degli utenti. Gli utenti dovrebbero avere la possibilità di caricare e mettere a disposizione contenuti creati dagli utenti per le specifiche finalità di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o pastiche. Ciò è particolarmente importante al fine di raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti, e il diritto di proprietà, inclusa la proprietà intellettuale. Le suddette eccezioni e limitazioni dovrebbero pertanto essere obbligatorie onde garantire che gli utenti beneficino di una tutela uniforme nell'Unione. È importante assicurare che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online offrano un efficace meccanismo di reclamo e ricorso per sostenere l'utilizzo per tali specifiche finalità».

¹⁹ Sull'intervento dei social media nella gestione del traffico online, richiamiamo alcune sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: *Promusicae* C-275/06, *Scarlet* C-70/10, e *Netlog* C-360/10. È bene precisare come le funzioni di controllo imposte dagli

privato solleva ad ogni modo il problema della scelta etica sulla regolamentazione del comico, incidendo concretamente sull'espressione online della satira, e del riso più in generale²⁰. In questo senso, le piattaforme digitali occupano uno spazio nuovo e a-fisico e la regolamentazione dei contenuti avviene attraverso un potere di fatto; inoltre, le tradizionali tecniche di risoluzione del conflitto comico vengono spesso ignorate nella gestione del fenomeno online.

Rifacendoci ai limiti sopra esposti si notano alcune criticità rilevanti del discorso satirico adattato all'ambiente digitale. La lotta alle *fake news*, altra tematica di grande attualità, rischierebbe di tradursi nella comunicazione della verità ad ogni costo, anche quando ci si trovi davanti ad un contenuto nato con l'esigenza di stravolgere la realtà, come nel caso del messaggio satirico²¹. L'adozione di una *Regulation Platform* sempre più intransigente potrebbe far ritenere, come già in passato era stato addotto, che la satira dovrebbe comunque rispondere a fatti veri: criticare e ridicolizzare i fatti, purché siano veri. La scelta solleverebbe questioni giuridiche attinenti al bilanciamento del legittimo interesse dell'utente al libero utilizzo della rete con la protezione della persona oggetto dell'informazione

Stati Membri e adottate dal *provider* non debbano comunque mai tradursi in «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite», ex art. 15 della Direttiva Europea 2000/31/EC (E-commerce Directive).

²⁰ Un esempio emblematico di ciò è il disvelamento dell'intento umoristico richiesto dalla piattaforma Twitter ai suoi utenti (e confermato recentemente da Elon Musk con un *tweet*: «Going forward, accounts engaged in parody must include "parody" in their name, not just in bio»); una forma di autotutela che non influisce tanto sul contenuto, ma sulla sua forma o manifestazione. La scelta di Twitter sembra abbracciare la cosiddetta legge di Poe: «[...] legge di Poe (2005), in base al quale, in assenza di un chiaro segnale dell'intento umoristico, non è possibile creare contenuti aventi effetti parodistici senza che il destinatario eviti di scambiargli per originali. Analoghe considerazioni valgono, del resto, per l'ipotesi di creazione di falsi profili di personaggi pubblici o anche di falsi video a loro attribuiti attraverso l'impiego della tecnologia *deepfake*, taluni dei quali ideati non per cagionare un danno a qualcuno, attuando dolosamente una sostituzione di persona (art. 494 c.p.), ma per esercitare apertamente satira su di essi, eppure così ingenerando potenzialmente confusione nel pubblico circa l'ascrivibilità di tali account o video al soggetto vittima della parodia», G. BOGGERO, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, cit., p. 39.

²¹ Gli iscritti a *Meta* avranno sicuramente notato inserimenti di pop-up automatici al fine di etichettare i contenuti, anche se umoristici, riguardanti la pandemia da SARS-CoV-2: «Per garantire una corretta informazione sul COVID-19, Facebook sostiene il lavoro della comunità scientifica globale della sanità pubblica, agevolando l'accesso a informazioni accurate e arginando la diffusione di contenuti non corretti e potenzialmente dannosi», AGCOM, *L'informazione sul Covid-19. Le principali misure adottate da Facebook*, 16 aprile 2020, disponibile all'indirizzo www.agcom.it.

trasmessa online, con particolare attenzione alla deindicizzazione di un contenuto asseritamente inesatto e il connesso diritto all'oblio. In questo senso, è recentemente intervenuta una decisione della Corte di Giustizia (C-345/17), la quale ricorda come l'equo bilanciamento dipenda dalle circostanze rilevanti del caso concreto, mostrando particolare attenzione alla notorietà e al ruolo che la persona riveste nella società. Vengono così richiamati i limiti della verità e della pertinenza, adattati alle nuove esigenze che emergono dall'ambiente digitale²².

Discorso più generale, infine, si può fare sull'era dell'*Onlife*, termine coniato dal filosofo Floridi, dove la viralità di alcuni contenuti espongono persone comuni e fragili al commento, alla critica, e purtroppo anche all'offesa e all'insulto. Spesso il confine è molto labile tra chi consapevolmente lavora sulla figura di sé online, sulla propria notorietà, costruendosi un personaggio (ad esempio un *influencer* o un *tiktoker*), ed è quindi alla ricerca di attenzioni dalla comunità, anche e soprattutto se sotto forma di *meme*, e chi, al contrario, diviene inconsapevolmente bersaglio del pubblico ludibrio per essersi ingenuamente esposto online²³. Siamo tutti testimoni di una degenerazione di questo sistema, ricordando la triste vicenda di Tiziana Cantone, una vera e propria vittima dei *meme*.

Il ruolo dei *social media* è pertanto sempre più oggetto di attenzione all'interno della comunità europea, e in particolar modo dalla Commissione Europea, la quale ha recentemente concluso un accordo politico con la proposta di dare vita ad un nuovo regolamento europeo (Digital Service Act), al fine di garantire che l'ambiente digitale rimanga uno spazio sicuro e dove la libertà di espressione venga sempre salvaguardata. In questo senso, i *social media* sono chiamati ad intervenire attraverso decisioni trasparenti sulla moderazione dei contenuti, così da scongiurare che la disinformazione e l'aggressione personale diventino fenomeni virali. Le piattaforme digitali vengono così sempre più responsabilizzate,

²² Per un maggiore approfondimento si rimanda al testo della sentenza della Corte di Giustizia C-345/17 del 14/02/2019, dove viene specificato quanto segue: «A questo proposito, da tale giurisprudenza risulta che, per effettuare una ponderazione tra il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà di espressione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha messo a punto una serie di criteri rilevanti che devono essere presi in considerazione, segnatamente, il contributo a un dibattito di interesse generale, la notorietà dell'interessato, l'oggetto del reportage, la condotta anteriore dell'interessato, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione, le modalità e le circostanze in cui le informazioni sono state ottenute nonché la loro veridicità [...] Allo stesso modo, deve essere presa in considerazione la possibilità per il responsabile del trattamento di adottare misure atte a ridurre l'entità dell'interferenza con il diritto alla vita privata».

²³ Sulla questione dell'*hate speech* nella società dell'informazione, rimandiamo a G. ZICCARDI, *L'odio e la rete: un'introduzione e alcune possibili linee di ricerca*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 16, n. 54, 3, 2015.

stabilendo obblighi chiari, armonizzati e proporzionati alla dimensione del *provider* e alla gravità della condotta.

5. Il Futuro dello Stato

Il rapporto tra satira e Stato è sempre stato conflittuale, storicamente. Oggi più che mai, però, lo Stato deve promuovere l'inclusività online, il dibattito, il diritto di cittadinanza digitale, anche attraverso il libero esercizio dello spirito critico satirico.

All'interno dei *social media*, infatti, la regolamentazione dell'espressione comica è spesso lasciata alla discrezione del singolo agente, senza chiarezza su contenuti e limiti. Il richiamo al diritto di cronaca e di critica, e in particolar modo il limite interno della pertinenza ed i limiti esterni sopra osservati, potrebbero essere spesi utilmente. Saper accompagnare lo spirito critico, educando all'informazione e alla critica, ma lasciando spazio al rispetto del demenziale. Delegare il monitoraggio, il tracciamento e la censura dei contenuti alle piattaforme non sembra una soluzione priva di rischi. Il bilanciamento tra opposti interessi, tra diritti costituzionalmente garantiti e tra pretese di tutela soggettiva, se dev'essere delegato a soggetti privati per esigenze economiche e fattuali, non può però essere lasciato alla loro totale discrezionalità, dal momento che questi rispondono prevalentemente ad esigenze di mercato.

Nel futuro dello Stato vi dev'essere allora la capacità di dare risposte concrete ai cittadini, sempre più *users*, non tanto attraverso una nuova qualificazione giuridica dell'espressione satirica, quanto piuttosto attraverso la tutela di una corretta e libera espressione. Il ruolo dello Stato, in questa prospettiva, non è più quello del controllore del comico, ma diviene quello del garante del comico.

Recensione a P. Pannia, *La diversità rivendicata: giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2021, pp. 1-476

MARIA CHIARA LOCCHI*

Maggiori informazioni disponibili all'indirizzo: <https://shop.wki.it/offerta/la-diversita-rivendicata-giudici-diritti-e-culture-tra-italia-e-regno-unito-s750982/>.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

M.C. LOCCHI, *Recensione a P. Pannia, La diversità rivendicata: giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2021, pp. 1-476, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Perugia. Indirizzo mail: maria.locchi@unipg.it.

1. Il libro di Paola Pannia si inserisce nel ricco filone di studi giuspubblicistici dedicati a esplorare l'impatto della diversità culturale e religiosa sul diritto dei paesi occidentali di immigrazione. Si tratta, come è noto, di un ambito di ricerca che ha conosciuto una straordinaria espansione negli ultimi anni, innanzitutto in ragione della necessità di analizzare e tentare di governare le potenti sollecitazioni a cui si sono ritrovati sottoposti principi, diritti, istituti giuridici per via dell'accresciuto pluralismo, ma anche, e sempre più frequentemente, alla luce della convinzione che il nesso tra dimensione giuridica e diversità culturale rappresenti uno snodo obbligato delle riflessioni sulle trasformazioni del diritto contemporaneo.

Il volume, frutto di una ricerca approfondita e appassionata, mostra fin dalle prime battute di condividere questa visione, nella misura in cui l'oggetto specifico dello studio (la giurisprudenza penale, prodotta in Italia e nel Regno Unito tra il 1998 e il 2018, nella quale viene in rilievo la richiesta di trattamento giuridico differenziato sulla base della diversità culturale) funziona da indicatore di quanto gli Stati costituzionali contemporanei si reggano solidamente sulle proprie fondamenta (in particolare, sui principi personalista, pluralista, di uguaglianza). È innanzitutto da questa prospettiva che si coglie l'ambizione del lavoro, il quale, pur dialogando con quegli studi penalistici che già da tempo si sono occupati di reati culturalmente motivati e *cultural defence*, rende esplicita la scelta del diritto penale, in quanto luogo «in cui maggiormente si manifesta il potere dello stato-nazione *post-westfaliano*» (p. 6), quale caso di studio privilegiato di un'indagine sulle dinamiche dello Stato costituzionale.

Alla multidimensionalità dell'ambito di indagine e alla ricchezza dei materiali (giurisprudenziali, legislativi, dottrinali) analizzati si devono aggiungere due ulteriori profili di complessità del lavoro: si tratta infatti di una ricerca comparativa e interdisciplinare (e i due caratteri sono tra loro interrelati), che contribuisce in modo a tratti sorprendente alla conoscenza del trattamento giuridico della diversità nei due paesi considerati e offre preziosi spunti di riflessione e strumenti di lavoro per chiunque intenda cimentarsi su questi temi. Non ci si riferisce qui esclusivamente agli studiosi, ma anche, e forse soprattutto, a quegli operatori pratici del diritto che, proprio alla luce dell'approccio proposto dall'Autrice rispetto al rilievo giuridico del dato culturale, assumono un ruolo centrale nella corretta valutazione della rilevanza della cultura per la costruzione dell'identità individuale e, quindi, per la risposta del diritto alle richieste di trattamento differenziato. La necessità di una scienza giuridica maggiormente consapevole della dimensione culturale nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto richiede tuttavia di ripensare il momento cruciale della formazione giuridica, la cui centralità è giustamente segnalata in sede di riflessioni conclusive (pp. 390-392): da un lato, infatti, sempre più spesso le professioni legali tradizionali richiedono il possesso di conoscenze e competenze nuove, che consentano a notai, avvocati, giudici, di rispondere adeguatamente a quelle domande di giustizia

formulate alla luce di schemi concettuali e orizzonti di senso collegati a culture (anche giuridiche) minoritarie; dall'altro lato, il confronto serio con le tante questioni relative al nesso tra diritto e cultura andrebbe indubbiamente nella direzione, più che auspicabile, di una formazione giuridica «che coltivi il senso critico ed educi all'autonomia» (p. 392).

Nell'impossibilità, in poche righe, di restituire l'ampiezza del ragionamento sviluppato nel volume, si può però anticipare al lettore che il quadro tracciato è necessariamente più complesso di quello – incentrato sul paradigma del “conflitto insanabile” tra cultura e diritti – avallato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti. Sebbene, infatti, l'Autrice non voglia «negare la dimensione del conflitto, alla ricerca di una dimensione armonica e “mite” che i tempi in cui viviamo si incaricano di smentire» (p. 363), un approccio maggiormente attento a ricostruire il contesto, il significato e il ruolo della “cultura” rispetto all'identità dell'individuo sembra in grado di depotenziare, se non di annullare, la carica conflittuale di molti casi che coinvolgono richieste di trattamento giuridico differenziato, anche in ambito penale.

2. Il volume si articola in quattro parti.

La prima parte è dedicata all'illustrazione delle coordinate normative e teorico-concettuali entro cui collocare le questioni indagate.

Nel Capitolo I, in particolare, vengono ricostruiti forme e contenuti della tutela giuridica della diversità culturale ai diversi livelli normativi – internazionale, sovranazionale europeo, costituzionale, locale. In relazione alla dimensione costituzionale, in aggiunta all'utile analisi dei modelli e delle variabili del riconoscimento dei diritti culturali a livello globale, è affermata con convinzione, come già anticipato, la centralità di questa tematica rispetto alla forma di Stato: «la diversità culturale, intesa in termini ampi, identitari, può trovare riconoscimento all'interno del costituzionalismo democratico, che si fonda sull'unità (anche ideale)? O bisogna pensare piuttosto che i due termini siano inconciliabili, che una loro convivenza sia strutturalmente impossibile, una contraddizione in termini?» (p. 69).

Il Capitolo II offre al lettore una preziosa ricostruzione, condotta in chiave critica, dei modelli («differenzialista», «assimilazionista», «multiculturalista») e delle tecniche giuridiche di governo della diversità culturale (diritto antidiscriminatorio, diritti differenziati, diritti all'autogoverno), soffermandosi sul ruolo cruciale del giudice e dei suoi strumenti (interpretazione giuridica come operazione culturalmente situata, eccezione culturale, giudizio di ragionevolezza) a tutela del diritto alla diversità culturale.

La seconda parte presenta i risultati della ricerca comparativa sulle esperienze di Italia (Capitolo III) e Regno Unito (Capitolo IV) nella gestione della diversità culturale in sede penale.

Entrambi i capitoli sono articolati in due sezioni. Nella Sez. I si offrono elementi di contesto necessari per comprendere lo studio della giurisprudenza, quali: il dato empirico/statistico relativo alle sentenze analizzate (un'apposita Appendice metodologica chiarisce inoltre le modalità di selezione delle decisioni raccolte ai fini dello studio); il quadro normativo in relazione alla diversità culturale; le politiche della diversità; i caratteri suppostamente rilevanti, ai fini dell'indagine, dei due diversi sistemi giuridici di *civil law* e *common law*. Nella Sez. II si dà conto delle principali strategie argomentative dei giudici italiani e inglesi a fronte di domande di trattamento differenziato sulla base dell'identità culturale, che vanno nella direzione, rispettivamente, della «semplificazione» (con il frequente ricorso agli argomenti del “senso comune” e della “contrarietà ai diritti fondamentali”) e della negazione (in nome di un approccio *culture blind* in ambito penale).

La terza e ultima parte propone una sintesi critica delle considerazioni svolte in precedenza, tenendo insieme due prospettive connesse ma concettualmente distinte – che non di rado appaiono intrecciate in modo casuale nelle analisi dei giuscomparatisti pubblicisti, spesso intrappolati nella diversa *forma mentis* del costituzionalista domestico, e che invece qui risultano consapevolmente adottate alla luce di uno approccio complesso ai temi trattati. Si tratta della prospettiva descrittiva – volta a indagare «come si esplica la tutela della diversità negli ordinamenti contemporanei» e «quali sono le implicazioni costituzionali delle norme, delle politiche, dei paradigmi adottati per governare la diversità» – e quella prescrittiva – interessata a chiarire «come dovrebbe rispondere l'ordinamento di fronte alla domanda di trattamento giuridico differenziato su base culturale», «se ed entro quali limiti questa istanza può essere considerata legittima e ricevere riconoscimento» e, infine, «come impostare la questione culturale in termini costituzionalmente orientati» (pp. 315-316).

Il V Capitolo, in particolare, presenta l'approccio preferito dall'Autrice rispetto alla gestione giuridica della diversità culturale, chiarito nelle sue implicazioni teoriche e costituzionali e corroborato dalla rigorosa e articolata analisi del materiale giurisprudenziale trattato, utile a proporre schemi classificatori innovativi sulla base del «diverso fondamento sotteso alla domanda di trattamento differenziato avanzata dall'imputato» (ovvero: principio di uguaglianza; richiesta di preservazione dei riti, delle tradizioni e delle credenze del gruppo minoritario; principio di giustizia individuale sotto forma della personalizzazione della risposta penale).

Tale approccio, che si sostanzia nella proposta di un *test* culturale da effettuarsi in sede istruttoria (p. 366), consente di ricollegare, come già detto, il nesso tra diritto e diversità (culturale e religiosa) ai fondamenti dello Stato costituzionale, nella misura in cui il rilievo giuridico del dato culturale non passa più per la valorizzazione della cultura, o della religione, *in sé* né per l'accentuazione del profilo della libertà, o dell'autonomia, del singolo di praticare liberamente le

proprie credenze e tradizioni: «al centro c'è l'individuo e la sua identità» (p. 333). In questo senso, sulla scorta del principio personalista, la dimensione culturale verrà in rilievo ai fini di un trattamento giuridico differenziato se e nella misura in cui si dimostri funzionale a fondare l'identità individuale, senza la necessità di avvistamenti concettuali volti a definire cosa è "cultura". Il volume di Paola Pannia, oltre a rappresentare un importante contributo alla riflessione dottrinale su un tema di grande rilevanza e attualità, deve dunque essere letto in stretta connessione con l'arduo compito che ricade sui soggetti istituzionali (le corti, ma anche il decisore politico) nello Stato costituzionale, fondato sulla rinuncia ad un'impossibile unità del reale e orientato invece al riconoscimento, alla legittimazione e alla gestione della complessità ed, eventualmente, della conflittualità.

3. Gli strumenti metodologici del giuscomparatista sono qui utilizzati con rigore per affrontare un materiale corposo (la giurisprudenza delle corti italiane e inglesi), ricostruendo il contesto giuridico, sociale, culturale del giudice (quest'ultimo, infatti «non "dice il diritto" da un "non luogo"», p. 376) e offrendo al lettore ampi affreschi del dibattito teorico dentro e fuori gli studi di diritto comparato, all'insegna di quel connubio tra questi ultimi e le altre scienze sociali spesso richiamato quale clausola di stile ma non sempre preso sul serio nell'attività di ricerca.

Gli apporti di altri saperi disciplinari, e dell'antropologia in particolare, sono giustamente considerati e valorizzati quali fondamentali momenti del processo di avvicinamento tra diritto e dimensione culturale: non soltanto gli studi antropologici sul concetto di cultura sono indicati quale tappa obbligata per il giurista che voglia indagare sul piano teorico un tema talmente articolato, ma altresì sul piano, operativo, del processo il coinvolgimento di consulenti antropologi a supporto delle valutazioni del giudice è auspicato quale necessario strumento di conoscenza. Il volume, d'altra parte, è percorso da un'evidente tensione verso il recupero al diritto e alle sue categorie di un ruolo centrale nella gestione della diversità culturale; tale recupero passa per la riformulazione della domanda alla base della riflessione sul nesso tra dimensione giuridica e identità culturale: da "cos'è la cultura?" a «quale valore, quale bene giuridico giustifica l'attribuzione di un rilievo giuridico al dato culturale e, dunque, un trattamento differenziato?» (p. 332).

La sensibilità comparatistica dell'Autrice emerge nella scelta di analizzare il tema attraverso la dinamica dei formanti, identificando similitudini e differenze tra Italia e Regno Unito anche alla luce della convergenza o dissociazione tra i due formanti legislativo e giurisprudenziale. La comprensione profonda del rapporto tra diritto e diversità culturale nei due contesti, tuttavia, non può avvenire tenendo conto soltanto della legislazione e della giurisprudenza: da un lato, infatti, si dovrà

altresì considerare quei meta-formanti in grado di incidere sul funzionamento dei formanti “legali”, sotto forma, ad esempio, di motivazioni ulteriori e ultronee che sorreggono determinate scelte politiche del legislatore (così come sembra emergere, in Inghilterra, in relazione alle esenzioni legislative a favore di determinati gruppi etnico-religiosi o allo stesso contrasto della violenza di genere sulla scorta del principio di uguaglianza, pp. 260, 263); dall’altro lato, non si potrà nascondere il peso decisivo dei crittotipi che condizionano silenziosamente il processo decisionale dei giudici quando si tratta di pronunciarsi su questioni attinenti alla convivenza tra culture e religioni differenti.

L’analisi comparativa delle esperienze di Italia e Regno Unito consente all’Autrice di “sovertire”, o almeno di ridimensionare, tanto il peso della sistemologia classica rispetto a questioni specifiche (quale, appunto, il governo delle diversità nel diritto penale) quanto alcuni *topoi* consolidati negli studi sul trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose.

Rispetto al primo punto, infatti, ci viene mostrato come le differenze di contesto che pure esistono tra i due paesi, largamente riconducibili alla loro appartenenza alle diverse famiglie di *civil law* e *common law*, non sembrano in grado di condizionare l’esito ultimo della risposta giudiziale alla diversità. Pur configurandosi diversamente (come già detto: “semplificazione” in Italia; “negazione” in Inghilterra), infatti, le strategie dei due paesi rispetto alla definizione di cosa sia “cultura” e di se e come trattarla nel processo finiscono per convergere all’insegna dell’insufficienza. L’approccio casistico, concreto, induttivo dei giudici inglesi, indicato tradizionalmente quale elemento qualificante della *common law*, non risulta decisivo a orientare la giurisprudenza penale in una direzione *culturally sensitive*: i giudici inglesi, al pari dei colleghi italiani, «evitano di affrontare la complessità che involge la diversità culturale manifestata all’interno del processo» (p. 27).

Rispetto al secondo punto, è di nuovo il caso inglese a rivelare le sorprese maggiori rispetto all’idea radicata del Regno Unito quale «bandiera della politica multiculturale» (p. 264). Il riconoscimento del primato del Parlamento nella regolazione giuridica della diversità culturale, con particolare riferimento all’ambito penale, si rivela un dato più apparente che reale; un’analisi incrociata del formante legislativo con quello giurisprudenziale e con le “formule politiche” che agiscono come meta-formanti, infatti, restituisce un’immagine del sistema inglese caratterizzato piuttosto da una «complessiva, generale, “ermeticità” [...] dinanzi al fattore culturale» (p. 282).

Di fronte alla straordinaria complessità del compito di governare la diversità culturale attraverso il diritto e, in particolare, di gestirla nel processo (penale), la tentazione delle corti è dunque quella di chiudersi alla considerazione del dato culturale; l’illusione è che un atteggiamento deflattivo, quando non nettamente *culture blind*, rispetto alla richiesta di presa in carico della diversità finisca per

essere non soltanto più rassicurante sul piano pratico-operativo, ma altresì maggiormente rispettoso degli stessi diritti delle minoranze, in quanto depurato dal ricorso a stereotipi e semplificazioni scorrette.

Le riflessioni presentate nel volume, tuttavia, portano a contestare una simile conclusione, che appare fallace e insoddisfacente su più fronti (come argomentato dall'Autrice a p. 378 s.) e che, soprattutto, si dimostra contraria a quella «logica del pluralismo costituzionale, che vuole che le logiche della differenza trovino spazi pubblici di espressione, siano ascoltate, valutate, “prese sul serio”» (p. 381).

Il fenomeno populista analizzato alla luce delle categorie del costituzionalismo contemporaneo. Notazioni sparse a commento di G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 1-280

CARLO ALBERTO CIARALLI*

Indice disponibile all'indirizzo: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5A2F07C48C5C02D02A57BA212CAFB7A5/9781108496131/toc_vii-viii.pdf/contents.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

C.A. CIARALLI, *Il fenomeno populista analizzato alla luce delle categorie del costituzionalismo contemporaneo. Notazioni sparse a commento di G. Martinico, Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 1-280, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore “Maria Zambrano” in Diritto pubblico, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (Spagna). Indirizzo mail: cacia@upo.es.

Le presenti notazioni originano ed ineriscono l'interessante volume di Giuseppe Martinico¹ avente ad oggetto il problematico rapporto tra populismo e costituzionalismo, dal quale si dipanano numerosi interrogativi e, nondimeno, prospettive analitiche di indubbio pregio per gli studiosi del diritto costituzionale e comparato. Il lavoro di Martinico, in prima istanza, deve essere inquadrato nell'ambito del prolifico gruppo di ricerca della STALS (*Sant'Anna Legal Studies*), scuola che ha apportato numerosi contributi e spunti di riflessione in tema di costituzionalismo e populismo nelle dinamiche del contemporaneo². In secondo luogo, sin dalla strutturazione formale del volume, si appalesa l'intento dell'Autore di analizzare il fenomeno populista quale elemento profondamente innervato nella società contemporanea, il quale non può che essere di particolare interesse analitico per lo studioso di area costituzionalista. Il volume, nello specifico, si compone di sei capitoli, in aggiunta ai quali vi è una settima parte costituita dalle conclusioni che l'Autore trae dalla propria dissertazione. Analizzando compiutamente l'indice, si apprezza immediatamente l'interrogativo di fondo, involgente una possibile, potenziale, compatibilità (o, quantomeno, una disamina accurata della stessa) tra populismo e costituzionalismo, seguitando con un inquadramento problematico del caso di studio oggetto del volume (l'ordinamento italiano), proseguendo così in un percorso che si snoda lungo i tratti di particolare interesse e, nondimeno, caratterizzanti la medesima "identità populista" nel suo innesco socio-istituzionale, specie con riguardo al suo complesso relazionarsi con gli strumenti ed i limiti delle democrazie costituzionali. Nondimeno, l'autore dedica un *focus* privilegiato al tema del "mandato imperativo" e delle pulsioni populiste tese a riformare il dettato costituzionale, modificandone morfologia e senso profondo, al fine di addivenire alla strutturazione di una relazione dialettica e rappresentativa imperniata su di una configurazione fortemente gerarchizzata, in contrasto con una "apparente orizzontalizzazione" dei meccanismi partecipativi.

In tal guisa, è bene procedere nell'analisi con un breve inquadramento tematico e, nondimeno, metodologico. Nell'alveo delle democrazie contemporanee, il populismo rappresenta, a ben vedere, un dato consustanziale ai sistemi democratici di carattere costituzionale. In particolare, la medesima organizzazione di tipo statale, nella sua accezione moderna e nella sua evoluzione contemporanea, ha visto progressivamente l'insorgenza, nel proprio alveo, di movimenti e formazioni politiche, culturali e sociali che hanno, in forme e modalità sovente differenti, nonché variamente declinate in relazione al periodo storico ed al contesto

¹ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

² Cfr., in particolare, G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022.

geografico di afferenza, posto in discussione l'organizzazione delle istituzioni componenti la complessa e complessiva struttura dello Stato e, nel contemporaneo, finanche l'architettura istituzionale ed economica dell'occidente politico e democratico.

Dal punto di vista dell'analisi accademica del fenomeno populista, lo studio del populismo contemporaneo è stato, per lungo tempo, un tema di stretta (se non esclusiva) afferenza di settori scientifico disciplinari diversi dalla scienza giuridica³,

³ La letteratura sul fenomeno populista contemporaneo è, a ben vedere, estremamente ampia e variegata. Ad ogni buon conto, si vedano, in particolare, M. CANOVAN, *Populism*, Junction Books, London, 1981; P. TAGGART, *Populism*, 2000, trad. it., *Il Populismo*, Città aperta, Troina, 2002; C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, Vol. 39, Issue 4/2004, pp. 541 ss., nonché *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; E. LACLAU, *On Populist Reason*, 2005, trad. it. *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2008; J. LUKACS, *Democracy and Populism. Fear and Hatred*, 2005, trad. it. *Democrazia e populismo*, Longanesi, Milano, 2006; P. BLOKKER, *Populist Nationalism, Anti-Europeanism, Post-nationalism, and the East-West Distinction*, in *German Law Journal*, Vol. 6, Issue 2/2005, pp. 371 ss.; K. ABTS, S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, in *Political Studies*, Vol. 55, Issue 2/2007, pp. 405 ss.; R.S. JANSEN, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, in *Sociological Theory*, Vol. 29, Issue 2/2011, pp. 75 ss.; C. ROVIRA KALTWASSER, *The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy*, in *Democratization*, Vol. 19, Issue 2/2012, pp. 184 ss.; D. ACEMOGLU, G. EGOROV, K. SONIN, *A Political Theory of Populism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 128, Num. 2/2013, pp. 771 ss.; B. MOFFITT, S. TORMEY, *Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style*, in *Political Studies*, Vol. 62, Issue 2/2014, pp. 381 ss.; M. ROODUIJN, *The Nucleus of Populism: in Search of the Lowest Common Denominator*, in *Government and Opposition*, Vol. 49, Issue 4/2014, pp. 573 ss.; P. ASLANIDIS, *Is Populism an Ideology? Refutation and a New Perspective*, in *Political Studies*, Vol. 64, Issue 1/2016, suppl., pp. 88 ss.; B. DE CLEEN, Y. STAVRAKAKIS, *Distinctions and Articulations: A Discourse Theoretical Framework for the Study of Populism and Nationalism*, in *Journal of the European Institute for Communication and Culture*, Vol. 24, Issue 4/2017, pp. 301 ss.; D. RODRIK, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of International Business Policy*, Vol. 1, Issue 1-2/2018, pp. 12 ss.; F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, UTET, Torino, 2020; K.L. SCHEPPELE, *The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism*, in *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 3/2019, pp. 314 ss.; N. URBINATI, *Me, the People. How Populism Transforms Democracy*, 2019, trad. it. *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, il Mulino, Bologna, 2020, nonché *Political Theory of Populism*, in *Annual Review of Political Science*, Vol. 22/2019; J. HOPKIN, M. BLYTH, *The Global Economics of European Populism: Growth Regimes and Party System Change in Europe*, in *Government and Opposition*, Vol. 54, Issue 2/2019, pp. 193 ss.; P. NORRIS, *Varieties of Populist Parties*, in *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 45, Issue 9-10/2019, pp. 981 ss.; J.L. COHEN, *Hollow*

quali, in particolare, la scienza politica, la sociologia, persino l'economia, relegando l'ambito scientifico del diritto pubblico in una posizione secondaria, rilevando marginalmente e (quasi esclusivamente) nel quadro degli scritti afferenti alla rappresentanza democratica. In tal senso, la prospettiva di analisi giuspubblicistica, affermatasi nel corso dell'ultimo decennio, intende analizzare il populismo in una prospettiva ampia e onnicomprensiva, che sappia legare profili e categorie proprie della scienza giuridica con un fenomeno che attraversa trasversalmente fatti, categorie ed eventi difficilmente inquadrabili nell'alveo di un unico, monolitico, settore scientifico disciplinare. In sostanza, il populismo, congiuntamente od in momenti alterni, è stato affrontato (quantomeno nella fase di riemersione contemporanea del fenomeno in discorso) quale "distorsione" del sistema democratico, "degradazione" del ruolo rappresentativo della politica, "effetto" del malcontento derivante dalle crisi in atto nel campo occidentale, "crisi" delle istituzioni democratiche, "deriva" della rappresentanza conseguente all'utilizzo massiccio dei *social network*, vere o presunte nuove *Agorà* senza regole né filtri⁴.

In particolare, gli studi di diritto costituzionale e di diritto pubblico comparato sul populismo si sono incentrati, *inter alia*, sul "valore negato" del "compromesso democratico", ossia di quel particolare "dato caratteriale" del fenomeno populista teso alla negazione del valore positivo della mediazione democratica tra forze politiche e sociali antitetiche, ai fini del raggiungimento di elevati obiettivi di natura pubblica⁵. In tal guisa, detta negazione incide, consequenzialmente, sugli

Parties and Their Movement-ization: The Populist Conundrum, in *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 45, Issue 9-10/2019, pp. 1084 ss.

⁴ Cfr., sul punto, P. ROSANVALLON, *Penser le populisme*, 2011, trad. it. *Pensare il populismo*, Castelvechi, Roma, 2017.

⁵ Si vedano, in tal guisa, L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 12, Issue 1/2016, pp. 6 ss.; J.W. MÜLLER, *Populism and Constitutionalism*, in AA.VV., *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017; C. PINELLI, *The Rise of Populism and the Malaise of Democracy*, in S. GARBEN, I. GOVAERE, P. NEMITZ (a cura di), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Hart, Oxford, 2019, pp. 27 ss.; A.M. ALTERIO, *Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 8, Issue 2/2019, pp. 270 ss.; B. BUGARIC, *The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic Populism*, in *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 3/2019, pp. 390 ss., nonché *Could Populism Be Good for Constitutional Democracy?*, in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 15, Issue 1/2019, pp. 41 ss.; O. DOYLE, *Populist Constitutionalism and Constituent Power*, in *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 2/2019, pp. 161 ss.; G. HALMAI, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *German Law Journal*, Vol. 20, Special

equilibri costituzionali della rappresentanza democratica, sul mutuo riconoscimento di soggettività sociali, culturali e politiche che, seppur su sponde opposte, “compartecipano” all’elaborazione di politiche tese alla rappresentanza ed alla rappresentazione, le più ampie possibili, del dato sociale di livello nazionale. Una compartecipazione essenziale e fisiologica, necessitata in particolar modo in un’era caratterizzata da un sentimento di profonda sfiducia nei riguardi delle istituzioni democratiche e dei rappresentanti del popolo⁶.

Prendendo le mosse da tale prospettiva ermeneutica, il volume su cui si incentrano le presenti note assume una prospettiva di analisi fortemente imperniata sulle categorie del Diritto Pubblico, specie nella valutazione, originale e dinamica, dell’impatto delle forme populiste quale spinta riformatrice (distruttrice?) promanante da sostanziali porzioni della società, nonché del populismo inteso quale forma di comunicazione ed azione politica (di cui l’Autore traccia una netta distinzione) nel quadro dell’ordinamento costituzionale e della rappresentanza democratica.

In tal senso, il pregevole volume di Giuseppe Martinico, che ha suscitato un interessante e variegato dibattito in seno all’Accademia⁷, pone al centro dell’attenzione e della discussione giuspubblicistica il tema della conflittività populista nei riguardi delle istituzioni rappresentative e della politica, intesa in senso ampio, ossia dal punto di vista della capacità di quest’ultime di “elaborare”,

Issue 3/2019, pp. 296 ss.; T. FOURNIER, *From Rhetoric to Action, a Constitutional Analysis of Populism*, in *German Law Journal*, Vol. 20, Special Issue 3/2019, pp. 362 ss.; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020. Sia consentito, infine, C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

⁶ In tal senso, si vedano, quantomeno, C. LASCH, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, 1994, trad. it., *La rivolta delle élite. Il tradimento della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2001, e successive edizioni aggiornate, nonché P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie: la politique à l’âge de la défiance*, 2006, trad. it., *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Castelvecchi, Roma, 2012.

⁷ Cfr., sul punto, L. PIERDOMINICI, G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism – The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, *Recensione*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2, 2022, pp. 1 ss.; M. MONTI, *Filtering Populist Claims to Fight Populism – The Italian Case in a Comparative Perspective*, in *EU Law Live*; J. SCHOLTES, *Book Review: Giuseppe Martinico, Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in Comparative Perspective (CUP 2021)*, in *Review of Democracy*, 12 aprile 2022; T. PAGOTTO, *Giuseppe Martinico, Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, in *Diritto Pubblico*, 2, 2022, pp. 647 ss.

“comprendere” e, nondimeno, “istituzionalizzare” le pulsioni esistenti nelle società globalizzate contemporanee⁸. Il titolo stesso dell’opera, “*Filtering Populist Claims to Fight Populism*” ci richiama al nucleo duro alla base dello studio di Martinico. Ciò che l’Autore, in sostanza, vuol tentare di dimostrare può essere enucleato in una duplice prospettiva d’indagine: in prima istanza, “filtrare”, attraverso gli strumenti del costituzionalismo, le “pretese” populiste, tentando così di renderle “compatibili” con «the untouchable core of post-WWII constitutionalism»⁹; in seconda istanza, comprovare la circostanza per la quale, sebbene le forze populiste siano poco inclini alla mediazione politica ed istituzionale, ciò non escluda l’esistenza di “pretese” plausibili, che possano così essere «‘filtered’ and channelled through the institutions and instruments of constitutional democracy in order to improve the system without affecting its core values and principles»¹⁰.

Parimenti, l’approccio comparato alle più rilevanti linee tematiche del nostro tempo, principiando dal caso italiano ed investigando ad ampio spettro sulle principali questioni afferenti la dinamica populista, configura il volume oggetto delle presenti note quale punto di riferimento imprescindibile per lo studioso del diritto costituzionale che abbia in animo di affrontare temi di indubbio spessore e pregnanza, quali rappresentanza democratica, mandato imperativo, ruolo e funzione dei partiti politici, nonché, appunto, populismo (in)costituzionale, in una prospettiva ampia, di lungo respiro, che non si limiti all’indagine su un singolo *case study* di livello nazionale e che sappia intessere un legame tra le forme populiste contemporanee. È lo stesso Autore, in effetti, che si richiama ad un metodo che involga l’ampio utilizzo degli strumenti del diritto costituzionale comparato, al fine di una corretta comprensione del fenomeno populista, in quanto «comparative constitutional law is a laboratory for those who want to find powerful arguments to challenge the constitutional counter-narrative advanced by populist»¹¹.

In particolare, il libro di Martinico adotta un approccio metodologico chiaro e lineare, pienamente incuneato nel solco delle categorie giuridiche, senza tuttavia rinunciare ad incursioni “altre”, specie nel momento in cui, com’è stato correttamente posto in evidenza, si interroga sul fenomeno populista quale «questione di diritto e teoria costituzionale, e si concentra sull’uso che i populist, soprattutto se partecipi delle funzioni di governo, fanno delle categorie e degli

⁸ Su tali profili, resta di grande spessore ed attualità l’analisi di M. CANOVAN, ‘*People, Politicians and Populism*’, in *Government and Opposition*, Vol. 19, Issue 3/1984, pp. 312 ss.

⁹ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, cit., p. 7.

¹⁰ *Ivi*, p. 15.

¹¹ *Ivi*, p. 120.

strumenti del diritto costituzionale»¹². Nondimeno, l'Autore, rifuggendo dal tentativo (metodologicamente insidioso) di individuare una definizione univoca ed onnicomprensiva di populismo, indica i caratteri essenziali del fenomeno populista attorno a tre figure sintomatiche di notevole pregnanza, quali: a) *identity politics*, intesa quale pulsione divisiva tra “noi” e “loro”, popolo ed *élites*, idonea alla strutturazione della difesa del popolo avverso un “nemico”¹³ di natura istituzionale, economica, politica o tecnocratica; b) *politics of immediacy*, ossia quell'approccio teso alla valorizzazione della continua consultazione popolare, sovente in forme disancorate dalle tradizionali regole ordinamentali e dai classici canali di intermediazione tra potere e popolo; c) *extreme majoritarianism*, da intendersi quale momento di potenziale rottura degli equilibri costituzionali tesi alla garanzia del corretto svolgimento della dialettica istituzionale e politica.

L'antiparlamentarismo è, come noto, un tratto che caratterizza varie esperienze populiste, specie quelle di natura maggiormente conflittiva nei confronti dello *status quo*¹⁴. In particolare, il Parlamento viene sovente interpretato, in ottica populista, non quale luogo di giusta mediazione degli interessi sociali, bensì quale ambito nel quale si convogliano e prevalgono le istanze delle *élites* politico-finanziarie, a discapito degli “interessi del popolo”. Sul punto, lo stesso Martinico evidenzia come «in their emphasis on the idea of politics of immediacy, populists inevitably target parliaments as the venue of the elite and the arena where bad compromises are reached»¹⁵. Tuttavia, come noto, la contrapposizione interna alla dinamica socioculturale, elettorale e, nondimeno, parlamentare tra elitismo e popolo conduce a ritenere come, in numerose circostanze, le spinte populiste alla deformalizzazione del discorso politico e delle istituzioni, in funzione di avvicinamento del potere al popolo, siano compatibili con una sorta di “nobile

¹² Così L. PIERDOMINICI, *G. Martinico*, cit., p. 1.

¹³ Sulla contrapposizione “amico-nemico” intesa quale elemento centrale e dirimente della lotta politica, si rinvia, in particolare, alla celebre elaborazione di C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, 1932, trad. it. *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 101 ss., p. 112, a parere del quale «la contrapposizione politica è la più intensa ed estrema di tutte e ogni altra contrapposizione concreta è tanto più politica quanto più si avvicina al punto estremo, quello del raggruppamento in base ai concetti di amico-nemico».

¹⁴ Cfr., in particolare, R. HOGGART, *Between Two World. Politics, Anti-Politics, and the Unpolitical*, Routledge, London-New York, 2002; M. ZULIANELLO, *Anti-System Parties: From Parliamentary Breakthrough to Government*, Routledge, London-New York, 2019; L. CORSO, *When Anti-Politics Becomes Political: What can the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, Issue 3/2019, pp. 462 ss.

¹⁵ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, cit., p. 124.

intento” primigenio. Detto altrimenti: la rivendicazione populista circa la “chiusura” delle istituzioni nei confronti degli elettori potrebbe condurre all’affermazione di una postura culturale tesa all’avvicinamento delle istituzioni ai cittadini e, dunque, all’apertura di maggiori spazi democratici nelle società complesse. In tal guisa, l’Autore evidenzia come una determinata tipologia culturale di natura antiparlamentarista potrebbe essere analizzata e, a maggior ragione, “metabolizzata” «in light of the necessity to give a voice to the excluded, the underdogs»¹⁶.

Il campo visuale dell’opera, a ben vedere, si staglia attraverso un percorso che intende porre l’attenzione sull’impatto del populismo sulle istituzioni democratiche, in un quadro di analisi ancorato ad una doppia prospettiva, quella nazionale e, nondimeno, quella sovranazionale, specie con riferimento al tema dell’identità populista ed al conflitto ingenerato dai valori promananti da quest’ultima nei confronti dell’architettura istituzionale comune, di cui le istituzioni europee intendono essere custodi, avverso la potenziale “metamorfosi” provocata dall’ascesa populista sul proscenio continentale. Parimenti, l’Autore attraversa l’esperienza italiana dell’ultimo quindicennio¹⁷, laddove la potenziale forza dirompente delle formazioni e delle idee di matrice populista (progressivamente, quantomeno nel caso più vistoso, smorzatasi ed

¹⁶ *Ivi*, p. 128.

¹⁷ L’esperienza italiana che ha maggiormente destato l’interesse degli studiosi, a ben vedere, è quella relativa al Movimento 5 Stelle. In tal senso, si vedano, in particolare, S. CECCANTI-S. CURRERI, *I partiti antisistema nell’esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2015, pp. 799 ss.; G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 2017, pp. 1 ss., nonché *Le «Mouvement 5 Étoiles» et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d’une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi Costituzionali*, 1, 2017, pp. 205 ss.; F. SCUTO, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell’art. 67 Cost. unito ad un “irrigidimento” dell’art. 49 Cost. Alcune considerazioni a partire dalla vicenda dello Statuto del Gruppo parlamentare “Movimento 5 Stelle”*, in *Federalismi.it*, 13, 2018, pp. 1 ss.; A. PIRRO, *The Polyvalent Populism of the 5 Star Movement*, in *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 26, Issue 4/2018, pp. 443 ss.; D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. pp. 173 ss.; M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement Model: an Italian Case Study*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 11, Issue 1/2019, pp. 302 ss.; L. CORSO, *When Anti-Politics Becomes Political: What can the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, Issue 3/2019, pp. 462 ss.; F. ZAPPETTINI, M. MACCAFERRI, *Euro-scepticism between Populism and Technocracy: The Case of Italian Lega and Movimento 5 Stelle*, in *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 17, Issue 2/2021, pp. 239 ss.

“istituzionalizzatasi” con l’ascesa al Governo del paese) hanno posto in discussione numerosi pilastri valoriali e costituzionali su cui si impernia la democrazia costituzionale italiana¹⁸.

D’altro canto, l’Autore indaga e pone l’accento su due “strategie”, modalità d’azione politica e di proliferazione socioculturale, adottate dalle formazioni politiche populiste: il “mimetismo” ed il “parassitismo”. Tali profili analitici, a ben vedere, si inseriscono pienamente nel campo di indagine dello “studioso accademico”, prima ancora che del “costituzionalista”, in quanto consentono di carpire con maggiore dettaglio in che modo ed attraverso quali strumenti le formazioni populiste potrebbero, in ipotesi, alterare la conformazione dell’ordinamento costituzionale. Tuttavia, prendendo a prestito le parole dell’Autore, occorre prontamente chiarire il significato concettuale di queste due modalità d’azione, le quali si atteggiavano quali elementi dirimenti nella comprensione del processo di ampia diffusione delle idee populiste, conflittive nei confronti dello *status quo*, prima ancora che delle formazioni politiche in senso stretto. Orbene, a giudizio di Martinico, per mimetismo deve intendersi «the way in which populists try to conceal their majoritarian claims behind the words of the constitution»¹⁹, mentre con l’espressione “parassitismo” si dovrebbe fare riferimento a «the actual plan to alter the equilibrium between the majoritarian and counter-majoritarian parts of the constitution, to change the axiological hierarchies on which the constitution is based»²⁰.

In sostanza, Martinico sostiene, con una certa fondatezza, come la strategia di proliferazione populista sia fondata su due momenti distinti e, parimenti, coesenziali nella logica dell’azione politica ed istituzionale del populismo: da un lato, l’asserita difesa dei valori “primigeni” delle Costituzioni democratiche, sovente disattesi dalla “politica tradizionale”, influenzata da poteri esterni allo Stato, che malcela una percezione delle regole di segno profondamente maggioritario e, in definitiva, plebiscitario; dall’altro lato, il profilo di lungo respiro relativo al tentativo di alterazione degli equilibri fondanti gli ordinamenti

¹⁸ Per una ricostruzione sui profili storici del populismo italiano, si vedano, quantomeno, S. SETTA, *L’Uomo qualunque 1944-1948*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, il Mulino, Bologna, 2015, spec. pp. 171 ss.; L. MENCACCI, *Il qualunquismo, autonomia scientifica di un populismo eterodosso*, in R. CHIARELLI (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, pp. 297 ss.; A. GUASCO, *Le due Italie. Azionismo e qualunquismo (1943-1948)*, Franco Angeli, Milano, 2018.

¹⁹ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, cit., p. 171.

²⁰ *Ibidem*.

democratici, a tutto vantaggio di una prospettiva istituzionale nella quale la predominanza elettorale involga l'annullamento del "potere decisionale" delle minoranze, inteso quale partecipazione (*rectius*: compartecipazione) alla vita dello Stato, seppur nel rispetto dei ruoli reciproci.

Con riferimento alle dinamiche insite nelle moderne democrazie occidentali, è opportuno dar conto anche di opinioni di segno (parzialmente) distonico, sostenute da una parte della dottrina tutt'altro che residuale, a giudizio della quale il populismo non dovrebbe essere declinato esclusivamente (ed in ogni caso) in termini puramente ed intrinsecamente negativi o deleteri nei confronti delle democrazie costituzionali contemporanee. In detta prospettiva, infatti, è possibile, in tesi generale, immaginare l'azione istituzionale e politica di una forma di "populismo democratico", nel quadro di una "democrazia matura" ed affidabile, il quale potrebbe rappresentare un «tonico efficace per lo Stato costituzionale», intendendo, in tal veste, il populismo come «quell'attenzione, talvolta estrema, al coinvolgimento del popolo nelle decisioni di natura politica. In questo modo la strategia populista può essere vista come una strada per recuperare, in maniera radicale, la democrazia»²¹.

Nella parte conclusiva del volume, l'Autore riprende ed approfondisce l'annoso dibattito circa il vigente divieto di mandato imperativo, contenuto nell'art. 67 della Costituzione italiana²². Tale statuizione costituzionale è stata, a ben vedere, sovente posta in discussione dalle forze politiche di matrice populista, a giudizio delle quali la piaga del "trasformismo" parlamentare²³, storicamente risalente, nonché della

²¹ Così G. CERRINA FERONI, *Ripensare la democrazia rappresentativa. Aldilà del "mito" populista*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2019, pp. 1 ss., pp. 10-11. Nel medesimo senso, si veda F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, pp. 517 ss., p. 524, a parere della quale «non è possibile, quindi, per una mera posizione di principio, contrapporre il populismo alla democrazia, dovendo, invece, calarci nelle molteplici realtà storiche, politiche e teoriche che hanno utilizzato tali concetti e verificare se la loro evoluzione ne abbia caratterizzato o meno un approdo conflittuale e alternativo».

²² A commento della disposizione costituzionale, si vedano, quantomeno, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, spec. pp. 211 ss.; L. CIAURRO, *Art. 67*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006; C. MARTINELLI, *Articolo 67*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Vol. II, il Mulino, Bologna, 2018; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. pp. 82 ss.

²³ In tema di rapporto elettori-eletti e di pratiche trasformiste, si vedano, quantomeno, S. CURRERI, *Rappresentanza politica e mobilità parlamentare*, in N. ZANON, F. BIONDI (a

conseguente perdita di connessione tra programma elettorale, voto dei cittadini e applicazione dei “dettami” derivanti dall’elezione del parlamentare richiederebbe misure di carattere strutturale al fine di arginare i “movimenti” tra gruppi parlamentari. In tal senso, infatti, i movimenti populistici, volendo introdurre un vincolo stringente tra “partito” o “coalizione” d’elezione ed eletto, punterebbero essenzialmente a “vincolare” gli eletti al volere del partito, ossia, in tempi contemporanei, della *leadership* o, addirittura, del solo *leader*. In tal senso, lo stesso Costantino Mortati ebbe ad evidenziare come l’eventuale stipula di accordi od intese tra il partito politico ed il parlamentare, atte a “vincolare” la volontà dell’eletto, integrerebbero esclusivamente «il contenuto di una obbligazione naturale, valida cioè quando sia spontaneamente adempiuta e garantita da sanzione indiretta, come potrebbe essere la mancata riproposizione del dissenziente nella lista dei candidati per le successive elezioni»²⁴. La pulsione di segno contrario al mantenimento della libertà del parlamentare nell’espletamento del mandato si ricollega, beninteso, alla logica sottesa alla strutturazione “piramidale” populista, nell’ambito della quale la *leadership* convoglia ed interpreta il “sentimento popolare”, suffragata anche da un positivo dato elettorale, il quale non potrà essere disatteso da uno o più parlamentari riottosi ad allinearsi alle indicazioni del gruppo di appartenenza.

La tesi di fondo sostenuta da Martinico nel suo volume si impernia sulla sostanziale inconciliabilità tra il costituzionalismo sviluppatosi a far data dalla fine del secondo conflitto mondiale ed il populismo, specie inteso quale pulsione

cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 189 ss.; G. AZZARITI, *Il rapporto partito-eletto: per un’interpretazione evolutiva dell’art. 67 della Costituzione*, in *Politica del Diritto*, 3, 2013, pp. 275 ss.; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017; C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, in *Federalismi.it*, 13, 2018; P. MARSOCCI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell’art. 67*, in *Federalismi.it*, 13, 2018; V. TONTI, *Vincolo di mandato e democrazia diretta: verso un superamento del Parlamento?*, in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 93 ss.; A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, pp. 12 ss.

²⁴ Cfr. C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949, in ID., *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2, 2015, pp. 1 ss., p. 18. *Contra*, si vedano, per tutti, D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, i quali escludono decisamente la stessa ipotizzabilità di accordi di tale natura.

sociopolitica che si ponga in antitesi con principi e valori asseverati nelle società democratiche contemporanee. Tale inconciliabilità, a ben vedere, non si fonderebbe su un'opposizione monolitica e manichea, bensì inquadrebbe la natura reale dei rapporti istituzionali e sociali. La natura "maggioritaria" del populismo, tesa alla svalutazione o alla criminalizzazione del "nemico" politico, rifuggendo da una concezione della politica quale dibattito, incontro, inclusione, non potrebbe che collidere con i principi su cui si impernia il costituzionalismo contemporaneo. Un "costituzionalismo populista" (o, a maggior ragione, un "populismo costituzionale") non potrebbe che essere destinato al fallimento, a cagione di spinte contrapposte che ne impedirebbero persino una teorizzazione compiuta che possa farsi "esperimento istituzionale"²⁵.

Tuttavia, la tesi in parola è tutt'affatto perentoria, piuttosto si connota per la sua natura problematica, tesa alla ricerca di una "coesistenza possibile" tra populismo e costituzionalismo. È ben chiara nella elaborazione di parte rilevante della dottrina la necessità di individuare una possibile forma di "coabitazione" tra pulsioni disintermedianti e oppositive con la complessa architettura costituzionale²⁶, specie fin quando le formazioni populiste si vedranno riconosciuto, come avviene tuttora, un rilevante *favor* elettorale e, nondimeno, socioculturale. In tal guisa, non può darsi l'assoluta sovrapponibilità tra la nozione di "populismo" e quella di "movimento anti-sistema", specie con riferimento al "caso italiano", il quale ha visto nel suo grembo svariate "mutazioni genetiche" delle formazioni populiste, che ne hanno reso e rendono, tuttora, difficile la lettura del fenomeno.

In sostanza, il lavoro di Martinico si atteggia quale strumento essenziale per la corretta comprensione del fenomeno populista nella democrazia contemporanea,

²⁵ In particolare, l'A. pone in discussione la nota tesi elaborata da Paul Blokker, rinvenibile in P. BLOKKER, *Populism as a Constitutional Project*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, Issue 2/2019, pp. 536 ss.

²⁶ Cfr., sul punto, G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, 3, 2018, pp. 457 ss. Si vedano, del pari, B. CRICK, *Populism, Politics and Democracy*, in *Democratization*, Vol. 12, Issue 5/2005, pp. 625 ss.; L.M. FASANO, *La democrazia fra disintermediazione politica e rappresentanza organizzata degli interessi*, in A. DI GREGORIO, L. MUSSELLI (a cura di), *Democrazia, Lobbying e processo decisionale*, Franco Angeli, Milano, 2015, pp. 11 ss.; M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2015, pp. 861 ss.; B. MOFFITT, *Populism 2.0. Social Media and the False Allure of 'Unmediated' Representation*, in G. FITZI, J. MACKERT, B.S. TURNER (a cura di), *Populism and the Crisis of Democracy*, Vol. II, Routledge, London-New York, 2018, pp. 30 ss.

in specie con riferimento al “caso italiano”, nell’ambito del quale le forze populiste, seppur di matrice e connotazione identitaria differente, hanno saputo costruire un profilo di indubbia riconoscibilità sociale, pervasività istituzionale e culturale. Tale processo, a ben vedere, ha condotto i populistici, nel corso della XVIII legislatura e di quella corrente (XIX), ad assurgere al rango di “forze-guida” delle coalizioni di governo, benché, con riferimento alla scorsa legislatura, vi sia stata una evoluzione in senso “istituzionale” della principale forza di governo populista. Studiare il testo dell’Autore, conclusivamente, consente di interpretare, con una prospettiva giuspubblicistica ed uno sguardo di ampio respiro sui cambiamenti in atto nel contemporaneo, la nascita e l’evoluzione dei vari “populismi” italiani, nonché le potenziali derive istituzionali che la diffusione maggioritaria delle formazioni politiche populiste in discorso potrebbe comportare.

GIOVANNI DI COSIMO (a cura di)*, *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova, 2022, pp. 1-324

Maggiori informazioni disponibili all'indirizzo: <https://shop.wki.it/libri/curare-la-democrazia-una-riflessione-multidisciplinare-s760743/#pdp-details>.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

Autorecensione a G. DI COSIMO, *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova, 2022, pp. 1-324, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata.
Indirizzo mail: giovanni.dicosimo@unimc.it.

La collettanea è frutto del progetto di ricerca *Reinvigorate Democracy in Time of Crisis: how to Face New Challenges through Social, Economic and Political Innovation* (RADAR), finanziato nell'ambito del programma "Dipartimento di Eccellenza" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Il volume si sofferma su alcune delle principali sfide che le democrazie liberali si trovano ad affrontare nel contesto socio-economico e politico attuale. La crisi finanziaria ed economica, l'emergenza sanitaria e, da ultimo, lo scenario drammatico apertosi con il ritorno della guerra sul continente europeo si innestano su segnali di crisi preesistenti nei processi e nelle forme organizzative della democrazia: si pensi al ritorno dei nazionalismi e dei populismi, all'egemonia dell'esecutivo nei regimi parlamentari, al controverso impatto della globalizzazione e dei processi di internazionalizzazione, al crescente indebolimento della tutela dei diritti fondamentali, all'ambiguo effetto delle tecnologie digitali sulla formazione dell'opinione pubblica.

L'idea di fondo che ha guidato il lavoro è la necessità di rafforzare il dialogo tra diverse prospettive scientifiche per indagare i segnali e le varie forme che assume la crisi attuale della democrazia e prospettare soluzioni innovative per rinvigorire il modello democratico.

L'opera è strutturata attorno ad alcune aree tematiche, ciascuna esaminata da diverse angolature scientifiche, temporali e spaziali e corrispondente ad altrettante sezioni: *Istituzioni, Diritti, Sfera pubblica, Economia*.

INDICE DEL VOLUME

Introduzione

Sezione I - ISTITUZIONI

1. *Giovanni Di Cosimo*
Ci salverà la democrazia diretta?
2. *Angela Cossiri*
Nuove tecnologie e vulnerabilità degli Stati liberali in tempo di “guerra”: il contrasto alla disinformazione nei *new media* come strumento di resilienza democratica
3. *Edoardo Caterina*
Bancarotta del costituzionalismo multilivello? La Corte EDU di fronte ai regimi autoritari
4. *Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão*
Costituzione e democrazia in emergenza: il problema delle categorie analitiche
5. *Gianluca Contaldi*
Il programma NextGenEU e (l’antico) problema del deficit democratico dell’UE
6. *Pierangelo Buongiorno*
Il senato ‘ai tempi del colera’. Crisi politica e istituzionale sul finire della repubblica romana

Sezione II - DIRITTI

7. *Giacomo Menegus*
Libertà di riunione e pandemia, tra tutela della salute e logiche reazionarie
8. *Alessandro De Nicola*
Nuove modalità di esercizio del voto come antidoto all’astensionismo elettorale?
9. *Tatiana de Souza Castro, Gabriel Faustino Santos*

Crisi democratica e tutela dei diritti: la riforma costituzionale brasiliana del 1926 e la ridefinizione dell'*habeas corpus*

Sezione III - SFERA PUBBLICA

10. *Francisco Javier Ansuátegui Roig*
La reformulacion de la esfera publica
11. *Alessio Lo Giudice*
Il consumo delle idee. La contrazione del pensiero politico in epoca pandemica
12. *Arianna Maceratini*
La solidarietà è l'unica cura? Tensioni e prospettive della democrazia deliberativa habermasiana nell'emergenza da Covid-19
13. *Carlo Sabbatini*
Lo stress test pandemico della democrazia nello specchio della letteratura. Considerazioni a margine di due opere di J. Saramago

Sezione IV – ECONOMIA

14. *Elena Codoni*
Le nuove s.r.l. come risposta alla crisi economica
15. *Francesco D'Amario*
Amicus curiae e deep trade agreement nell'Era della deglobalizzazione
16. *Lorenzo Compagnucci, Dominique Lepore, Francesca Spigarelli,*
PNRR e Università: una prospettiva locale
17. *Matteo Pignocchi*
Il blocco dei licenziamenti e la tenuta dell'ordine economico in Italia

Notizie sugli autori

Recensione a T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192

ANTONIO TAURELLI*

Indice disponibile all'indirizzo:

https://www.laterza.it/indici/9788858145333_indice.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

A. TAURELLI, *Recensione a T. Greco, La legge della fiducia. Alle radici del diritto, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allievo del Corso di PhD in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: antonio.taurelli@santannapisa.it.

È il sottotitolo *Alle radici del diritto* a fornirci la prospettiva più idonea per leggere il saggio di Tommaso Greco [Editori Laterza, 2021] incentrato sulla complessa e sfuggente vicenda che lega la fiducia al diritto. L'Autore scava sapientemente tra le pieghe del pensiero giuridico con l'obiettivo di comprendere se la fiducia sia l'*humus* del diritto, la terra in cui affonda le sue radici ovvero, all'opposto, se la norma giuridica non trovi proprio la sua giustificazione ontologica nell'assenza di fiducia tra le persone.

Fin dal titolo sono chiare le inclinazioni critiche dell'opera verso il paradigma "s-fiduciario" o machiavellismo giuridico con cui si intende quella "concezione in base alla quale, data la presunta tendenza naturale ed irrefrenabile di ogni soggetto ad agire mettendo in campo *la malignità dell'animo suo*, non abbiamo a disposizione altro rimedio che quello di costringerlo e punirlo". Tale cultura poggia sulla convinzione che l'ordinamento giuridico sia l'alternativa forte, e dunque il rimedio, alla evanescente fiducia tra i consociati. Si tratta di una concezione che postula l'idea di una società dei diffidenti da cui discende che le norme sono rispettate solo per la comminatoria che si portano dietro. Tali premesse, invero, conducono a esaurire la giuridicità nella mera dimensione sanzionatoria assecondando un approccio, per lo meno, riduzionistico. In senso contrario al cosiddetto paradigma sfiduciario, l'Autore ritiene che una tale riduzione della giuridicità alla sanzione sconti il difetto capitale di non descrivere fedelmente la complessità del fenomeno giuridico. Proprio un approccio descrittivo-empirico ci impone, infatti, di riconoscere oltre alla dimensione verticale-sanzionatoria del diritto, una dimensione orizzontale-relazionale in cui inevitabilmente la fiducia ricopre un ruolo costitutivo e ineludibile.

La trattazione si sofferma sulla relazione legge-fiducia passando in rassegna un catalogo di posizioni assunte da diversi studiosi con il pregio di offrire un mosaico ricco di tasselli e suggestioni. Ad esempio, il filosofo politico Chiodi ha sostenuto che il diritto pianta le sue radici nel "la sfiducia e il sospetto" e più precisamente che "la sfiducia è il suo fondamento metodologico e il sospetto è il suo fondamento psicologico". Sulla stessa scia di pensiero, è stato argomentato che il contratto, baricentro del diritto privato, si configuri essenzialmente come contromisura necessaria alla sfiducia tra più persone che necessitano di una garanzia che non attecchisce nella mera fiducia reciproca. Passando sul crinale "pubblicistico", non mancano declinazioni di questo pensiero altrettanto convincenti. La stessa opera di Thomas Hobbes "basava la costruzione della macchina statale esattamente su un trasferimento di poteri che da una massa di individui incapaci di esprimere fiducia muove verso un soggetto collettivo che produce la possibilità dell'affidamento nel momento in cui lo garantisce". Da ciò quindi, si intende che perfino il Leviatano sarebbe geneticamente concepito come contrappeso, se non addirittura come contrappasso, alla sfiducia dilagante nello stato di natura. Lo Stato pertanto, nella concezione hobbesiana, non è che un Terzo necessario per

imporre l'adempimento di obblighi che non potrebbero esigersi in nome di altri vettori sociali. In altre parole, il Leviatano sarebbe dunque il presupposto coercitivo del rispetto dei patti e la fiducia tra cittadini non sarebbe altro che un affidamento artificialmente costruito dai meccanismi coattivi che incombono sull'inadempiente potenziale, sia pure sotto forma di mera minaccia.

Alla parabola intellettuale della concezione sfiduciaria l'opera dedica un *excursus* in cui affiorano le prospettive di illustri pensatori del passato. La matrice originaria del modello sfiduciario è rinvenuta nel positivismo giuridico secondo il quale il *discrimen* del fenomeno giuridico rispetto ad altri fenomeni normativi come la morale, risiederebbe nella sanzione istituzionalizzata. La persuasività di questo approccio ha colonizzato profondamente un certo modo di pensare al diritto, al punto che nella cultura corrente appare un poco ossimorico parlare di un diritto senza forza. L'Autore chiarisce che questo approccio, a differenza di quanto potrebbe pensarsi, caratterizza più la modernità che il passato più risalente. Infatti, quantunque la dimensione sanzionatoria del diritto fosse presente fin dalle origini, già Aristotele nell'Etica Nicomachea riconduceva la giustizia a una disposizione d'animo degli uomini che, per natura, sono inclini a compiere cose giuste e non tanto perché coartati dalla prospettiva di una pena. La *polis* per il filosofo greco si fondava, infatti, su un saldo presupposto di benevolenza reciproca, prima ancora che sulla giustizia e sulla forza correttiva della paura. Un rovesciamento di questa visione è il portato di una modernità politico-ideologica che vede in Machiavelli il suo più potente iniziatore. La novità sta nel fatto che la teoria politica dell'autore de Il Principe vara una nuova antropologia negativa che ha il fulcro nell'idea di un uomo cattivo, radicalmente avvinto alle sue passioni egoistiche. Su queste fondamenta si è poi edificata una narrativa politica incentrata sul timore come prassi di indirizzo della società, falciando così i margini di operatività della fiducia.

La questione capitale che si fa strada tra le pagine del saggio si può riassumere con l'interrogativo: "perché si ubbidisce al diritto?". Il modello sfiduciario che, come visto, dà una risposta chiara a questa domanda, si espone a una critica tutta sorretta sul filo della logica e difficilmente arginabile. Infatti, se la sanzione è la conseguenza della violazione di un obbligo, essa non può essere elemento costitutivo dell'obbligo medesimo. Se si vuole superare questa contraddizione logica, l'obbligo necessariamente deve trovare le ragioni del suo *status* in elementi diversi ed esterni alla pena. Al riguardo, l'Autore individua la fonte dell'obbligazione nella mera (pre-)esistenza della norma. Il nucleo duro di questo ragionamento consiste nel rilevare l'esistenza di un momento nel quale non si dà (ancora) luogo alla sanzione, ma in cui il fenomeno giuridico ha già una sua consistenza, un suo dispiegamento concreto nel mondo reale che è mirabilmente fotografato da Herbert Hart quando afferma che "solo mantenendo la distinzione [...] tra l'obiettivo primario del diritto di incoraggiare o scoraggiare certi tipi di

comportamento, e le sue tecniche meramente ausiliarie o riparatrici, possiamo dare senso alla nozione di reato o di trasgressione”. Così, ripristinando un diverso e alternativo concetto di giuridicità, si ribalta anche il già menzionato inquadramento del contratto che, invece, rappresenta proprio il *locus* della fiducia come sottolinea Vincenti sostenendo che “ogni contratto, in quanto esito del *cum-venire*, postula, se non l’*amicitia* dei contraenti, certamente una condivisione di intenti, un *idem sentire*, accompagnato inevitabilmente da un rapporto fiduciario, dalla *fides reciproca*”.

Sempre tentando di ragionare sul perché si ubbidisce al diritto, Greco introduce altri due concetti che arricchiscono la prospettiva e depongono per una soluzione più incline a riconoscere il ruolo giuridico della fiducia. Un primo concetto è quello della solidarietà la cui cancellazione dai principi che informano l’agire pubblico e privato rappresenta una “amputazione indebita dell’ordine giuridico” secondo Rodotà. Sulla stessa strada si dipana il discorso sulla “fraternità”, che sarebbe alla base della nostra Costituzione e che avrebbe il ruolo di conferire un senso all’uguaglianza, perché non sia un mero livellamento, e alla libertà perché non sia solipsistica. Ribaltando completamente i termini iniziali del problema, l’opera si interroga sul senso dell’ubbidienza e si chiede se sia davvero tale quel contegno determinato dalla necessità. Una risposta, *inter alia*, la si ritrova nel Contratto Sociale di Rousseau per il quale: “cedere alla forza è un atto di necessità, non di volontà” e quindi, come sostenuto anche da Hart, è il caso di misurare la distanza che esiste tra “avere un obbligo” ed “essere costretti”.

Nel saggio si avverte una costante tensione ad isolare come una molecola la fiducia dentro il diritto per metterne in luce la vitale rilevanza all’interno del congegno normativo. Per condurre questa analisi il lavoro non tralascia di considerare che ogni modello giuridico non può prescindere da una precisa idea di uomo e che il diritto non è mai neutrale nei suoi assunti antropologici, né potrebbe esserlo. Pertanto, la prospettiva caldeggiata nel saggio è costretta a sostituire al *bad man* di machiavellica memoria, un uomo capace di assumersi delle responsabilità che non originano dall’applicazione potenziale delle sanzioni. Se esiste, come ritenuto dall’Autore, una dimensione prettamente giuridica che prescinde, o comunque precede, la sanzione, è proprio quella il campo di esistenza in cui la fiducia si espande e diventa un architrave giuridico a sostegno delle relazioni tra consociati. Scomponendo gli elementi essenziali del fenomeno normativo, l’Autore scorge nell’attesa che gli altri si comportino nel modo fissato dalle leggi, il cuore pulsante della giuridicità, la fonte del suo solenne magnetismo. A questo punto c’è da fare un’avvertenza che non pare di scarso rilievo. Quando si postula che esiste un rispetto delle leggi per ragioni diverse dalla paura, non si intende annoverare quell’ubbidienza nell’alveo della morale. D’altronde, il piano della giuridicità ha una sua specificità e rappresenta quel livello intermedio in cui la fiducia gioca un ruolo decisivo e peculiare, costituendo l’ossatura morbida, ma

comunque l'ossatura, del *pacta servanda sunt*. L'intuizione per cui l'ubbidienza, *rectius* l'adempimento del dovere giuridico, nasce dal riconoscimento delle aspettative altrui, porta l'Autore a sostenere che nel diritto, che è a immagine e somiglianza dell'uomo, coesistono entrambe le prospettive: quella verticale e quella orizzontale, proprio come nelle società umane esistono sia la cooperazione che il conflitto.

Il lavoro si incentra anche sul *come* il diritto si modella quando effettivamente vuole lasciare spazio alla fiducia e come, invece, si atteggia quando, di fatto, la esclude. La distinzione che viene riproposta è quella tra regole e principi. Al di là delle differenze tradizionalmente vagliate, i due concetti si diversificherebbero anche per il grado di fiducia di cui sono portatori. La differenza attiene al loro funzionamento: le regole prevedono un'opera estremamente circoscritta dell'interprete, se non del tutto espunta. Difatti, non lasciando alcuno spazio alla discrezione interpretativa, immettono un grado minimo di fiducia nel sistema giuridico. Ragionamento diverso vale per i principi, che invece richiedono una costante opera interpretativa e che meglio si prestano a modularsi secondo la specificità del caso concreto, con tutti i rischi che conosciamo. Su questo versante, Greco registra una tendenza del sistema verso la prevalenza quasi tirannica delle regole sui principi, prevalenza che va letta anche come "una vera e propria digitalizzazione del funzionamento dell'ordinamento" tale da rendere "quanto più possibile automatiche e automatizzate le conseguenze giuridiche di determinate azioni".

Va da sé che le due tecniche normative non sono alternative tra di loro, ma rappresentano due poli che dovrebbero integrarsi nell'ordinamento, tanto che il buon legislatore non dovrebbe assecondare l'una o l'altra corrente quanto piuttosto contemperarle. Se è vero che entrambe le concezioni sul funzionamento del diritto portano con sé dei valori inoppugnabili e dei pericoli insidiosi, non devono sfuggire le considerazioni riportate da Elias Canetti sui rischi insiti nei comandi: "gli uomini che agiscono in seguito a comandi sono capaci delle azioni più orribili. Quando l'autorità che li comandava viene abbattuta e li si costringe a guardare da vicino ciò che hanno fatto, essi non si riconoscono". D'altronde su questo frangente non può essere neanche dimenticata l'ampia riflessione di Zygmunt Bauman in *Modernità e Olocausto* (1989) o quella di Alberto Moravia in *L'uomo come fine* (1954) ove viene dimostrato come ridurre tutta la moralità al rispetto di una regola rigida senza una connessione responsabilizzante con un fine, rischia di trasformare gli uomini in un apparato tecnico spaventoso soggetto ad essere im-piegato per le più assurde atrocità.

È ormai pacifico che le regole precise se da un lato assicurano una maggiore certezza del diritto, dall'altro, hanno un inquietante potere deresponsabilizzante e antipedagogico. Sul punto, è dotata di straordinaria pregnanza la fulminante sintesi di Gustavo Zagrebelsky quando osserva che alle regole si ubbidisce mentre ai

principi si aderisce. D'altro lato, il volume non manca di segnalare che una giurisdizione fatta di sole regole, che rifugge i principi e con essi la fiducia, sconta un altro grave deficit: l'ottusità delle decisioni algoritmiche in cui è del tutto spiantato il ruolo umano del giudice. Pertanto, pur rilevando le criticità degli spazi discrezionali, il saggio giunge a sostenere, sovvertendo il proverbiale adagio, che "fidarsi è bene, non fidarsi è peggio". Da questo punto di vista l'opera ha il pregio di rappresentare un utile controcanto a una tendenza invalsa in questo momento storico di confidare molto negli algoritmi e molto meno negli uomini.

Nel trarre le conclusioni non si può tacere che il paradigma fiduciario trovi delle icastiche conferme nella recente produzione normativa della fase pandemica. Come notato da Carlo Sotis ed Emanuela Fronza, il tema del diritto senza sanzioni, già tematizzato da Mireille Delmas Marty, si è manifestato concretamente in seno a quel sistema di norme anti-contagio che era orientato "all'osservanza, ma non alla possibilità di sanzionare la violazione". A questo riguardo, si può portare l'esempio della Circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020 che menzionava la possibilità di passeggiare "in prossimità della propria abitazione". Chiaramente una tale disposizione per la sua indeterminatezza non si presta a configurare una fattispecie nell'ottica di sanzionare. Considerazioni analoghe possono svolgersi per la locuzione "congiunti" dell'art. 1 lett. a) del DPCM del 26 aprile 2020. Si tratta di disposizioni evidentemente imprecise e indeterminate se assunte nell'ottica di un accertamento con finalità meramente punitiva. Ma se cambiamo la prospettiva e usciamo dall'orizzonte rigorosamente sanzionatorio per approdare nella prospettiva della legge della fiducia suggerita dall'Autore, comprendiamo come tali disposizioni fossero perfettamente idonee alla loro finalità regolatoria. Non si tratta quindi di episodi di "analfabetismo legislativo" o di discutibile composizione del precetto, ma piuttosto di un modo diverso di intendere la normazione in un momento in cui il ricorso massivo all'applicazione della sanzione non solo sarebbe stato difficile ma, forse, perfino dannoso. Lo scopo di queste norme, di fatto senza sanzioni, sembra essere quello di veicolare un modello di comportamento da rispettare secondo lo spirito dell'*adesione* e non dell'*ubbidienza*, per dirlo con una chiave di lettura offerta dal volume.

In ultima analisi, condensando le tante suggestioni del testo si potrebbe dire che esiste una forza *nelle* regole che può prescindere dalla forza *delle* regole e che sopravvive fintanto che sia riconosciuta dalla collettività. Del resto, l'intero saggio di Tommaso Greco suona come un appello ad aderire alla complessità e a guarire quella malattia del diritto, quel tarlo della sfiducia, che su presupposti di realismo ne comprime la realtà. I tanti sentieri dell'opera e le tante declinazioni che la fiducia assume nel lavoro, concorrono a convincere il lettore che esiste anche una dimensione orizzontale del diritto, che presuppone le inclinazioni positive delle persone e che, in un certo qual modo, le promuove.

**Recensione a L. Gori, *Terzo Settore e Costituzione*,
Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1-416**

MARIA VITA DE GIORGI*

Indice disponibile all'indirizzo:

<https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/summary/9788892142541.pdf>

Data della pubblicazione sul sito: 4 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

M.V. DE GIORGI, *Recensione a L. Gori, Terzo Settore e Costituzione*, *Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1-416*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore onorario di Diritto privato nell'Università degli studi di Ferrara. Indirizzo mail: maria.degiorgi@unife.it.

Quando, all'inizio degli anni '90, il terzo settore ha cominciato ad espandersi al di là dei precedenti, ristretti, confini ci siamo in un primo tempo impegnati a inquadrare i nuovi fenomeni negli schemi tradizionali.

Così per un po' abbiamo congetturato che le poche e brevi norme del libro primo del codice del '42 fossero ancora la disciplina più idonea e che il dominio delle leggi speciali sarebbe stato variabile e transitorio, perché alla fine il codice (non si trattava degli "enti del primo libro"?) sarebbe rimasto imperituro. *Zivilrecht besteht*, insomma.

Intanto sempre più evanescenti si facevano le partizioni tra dono e lucro, impresa e beneficenza, associazioni e società e financo tra associazioni e fondazioni. Smarrita anche la grande dicotomia tra «tempo di lavoro» e «tempo del non lavoro» su cui si fondava l'ordine della società industriale.

Con il passare degli anni abbiamo dunque acquisito che il vecchio paesaggio giuridico si stava popolando di cose e soggetti un tempo trascurati o sconosciuti, o del tutto nuovi.

Le nuove "formazioni sociali" non domandavano solo libertà e immunità, ma aiuti e benefici, così che i testi normativi loro destinati si indirizzavano non tanto a regolare, ma aiutare, incentivare, promuovere, introducendo di conseguenza registri e forme di controllo sconosciuti al diritto "normale". Poi sono arrivate le statistiche, che classificavano le centinaia di enti in continua crescita in ben ordinate caselle, a seconda delle categorie e dei luoghi. Tale è la potenza dei numeri – per noi che viviamo di parole – da illuderci che finalmente avremmo capito e controllato e potuto ragionare con accresciuta consapevolezza.

Quando la realtà è così diffusa e complicata il diritto ha due scelte: o semplifica al massimo (un solo soggetto di diritto, un unico modello familiare, un'unica disciplina generale del contratto, lasciando in questo modo maggior potere ai giudici) o si impegna a seguirla. Questa seconda scelta aveva caratterizzato le leggi speciali, progressivamente chieste e ottenute dal non profit, che tutti conosciamo: prolisse e particolareggiate.

Il CTS, arrivato nel 2017, ha riordinato e consolidato la normativa precedente, con un testo normativo di complessa struttura, non esibendo un diritto pensabile come "speciale" (nel senso che si nutre di quello ordinario) ma un sistema a sé, provvisto di logiche autonome e organiche.

Un ordinamento modellato sull'attribuzione di benefici e aiuti, non più fondato sull'uguaglianza, ma sulla benemerenzia. Non più destinato a soggetti uguali, ma differenziati a seconda dell'attività, dello scopo, della meritevolezza.

La caratteristica di essere un settore agevolato lo allontana – forse definitivamente – dal codice civile, le cui norme non a caso si applicano "in quanto compatibili".

Il sistema, dunque, è provvisto di un proprio *Allgemeiner Teil* in cui si inquadrano le particolari tipologie di enti, meticolosamente disciplinati sotto ogni

profilo. Di un proprio diritto tributario e del lavoro. Di propri strumenti di vigilanza, registrazione e controllo, con relativi ricorsi presso il giudice amministrativo

E forse perché che la disciplina codicistica è ora la più irrilevante non è stata data attuazione all'art. 3 della legge delega, che prevedeva la revisione del libro primo, titolo II, del Codice civile.

A distanza di cinque anni è ancora difficile orientarci nella nuova normativa, ben venga allora questo libro dell'allievo della scuola costituzionalistica del Sant'Anna di Pisa, in cui l'A. si assume lo spinoso compito di dipanare la matassa e sul piano più "alto", quello costituzionale.

Intanto, già in seconda pagina, ad attirare il lettore è la composizione forse più famosa del grande Fosco Maraini "il Lonfo". Non sto qui a dilungarmi sull'avvincente "Gnosi delle fanfole", anche perché sul Lonfo "che non vaterca, né gluisce" si trovano in rete molte interpretazioni e anche traduzioni. Interrogandomi sulla ragione per cui Gori ha inserito in esergo questi versi mi sono risposta, sorridendo, che il misterioso Lonfo null'altro evoca che l'ETS e il suo codice, i cui complessi e multisetoriali enunciati normativi trovano faticoso riscontro nella realtà.

C'è sempre un che di imbarazzante nelle lodi incondizionate, ma non posso tacere che Gori si avvale di una competenza e preparazione non comuni, che lo fanno eccellere nel panorama scientifico attuale. In questa monografia, che ha per oggetto un tema a lui particolarmente affine, la lunga pratica e l'approfondita conoscenza gli consentono di gestire il patrimonio concettuale e lessicale proprio del terzo settore, sempre mantenendo semplicità e seducente chiarezza. Conducendo quasi per mano i lettori, non esclusivamente professionisti, ma un pubblico interessato al sempre attuale tema dei valori solidaristici che caratterizzano la nostra storia.

Qui di seguito un breve itinerario all'interno del volume, rinviando poi alla lettura.

Nel primo capitolo, si ripercorre l'evoluzione della disciplina del Terzo settore, il dibattito sulla progressiva definizione nelle scienze sociali, la sua complessa e progressiva "giuridificazione", fino al definitivo riconoscimento nella legge delega n. 106 del 2016, nel d.lgs. n. 117 del 2017 e nel d.lgs. n. 112 del 2017, oramai diventati famosi.

Nel secondo si indaga la rilevanza costituzionale delle formazioni sociali che svolgono attività di interesse generale in rapporto con la definizione di Terzo settore. In particolare, si evidenziano i criteri giuridici distintivi degli enti del Terzo settore, per come interpretati e attuati dal legislatore ordinario (un profilo definito "statico") sottolineando come la definizione *civilistica* (per così dire) presenti inevitabili "tensioni" nella prospettiva del diritto costituzionale.

Sappiamo che, fino ad ora, l'attenzione degli studiosi si è prevalentemente dedicata alle problematiche interpretative e applicative delle singole disposizioni e del procedimento. Il lavoro di Gori, invece, inserisce le disposizioni ed i procedimenti del CTS nella cornice della libertà di associazione e di impresa, dei coinvolgimenti dei lavoratori, dell'imparzialità della P.A. Così proseguendo l'insegnamento di celebri scritti, dapprima, fin dagli anni '60, di Pietro Rescigno e poi di Emanuele Rossi e Francesco Rigano che negli anni '90 si interrogarono sul rilievo costituzionale delle formazioni sociali.

Nel terzo capitolo si affronta la disciplina promozionale, indagandone i fondamenti costituzionali, i contenuti possibili e i limiti (il c.d. profilo dinamico), anche nella prospettiva della compatibilità con il diritto dell'Unione europea. Interessante lo sforzo dell'A. di individuare le diverse "tecniche" di promozione utilizzate dal potere pubblico per promuovere il Terzo settore, nella prospettiva dell'art. 118, u. c., Cost. Le tante le modalità sono state seguite senza una strategia complessiva, così che singole misure di promozione – in sé positive – finiscono per sommarsi disordinatamente.

Del CTS Gori riesce a regalarci una lettura unitaria, fino ad ora ostacolata dal fatto che ogni studioso si è concentrato sulla propria disciplina: i tributaristi sugli aspetti fiscali, i privatisti sulle nuove modalità di riconoscimento della personalità giuridica e i profili organizzativi; gli amministrativisti sui rapporti fra P.A. e Terzo settore; i lavoristi sui temi loro propri. Per finire i notai che, per ovvie ragioni, fanno la parte del leone.

Nel quarto capitolo si passano in rassegna i molteplici effetti collegati all'acquisito *status* di ETS. Il tema dei controlli, in particolare, è stato al centro del dibattito politico nella fase di approvazione della legge, costellata dalla preoccupazione per i grandi scandali nazionali come Mafia Capitale. Oggi si pone il problema di come attuarli, senza ferire l'autonomia degli enti, ma assicurando finalmente la conformità della loro organizzazione e della loro attività alla legge. L'A. declina questo aspetto come un tema di diritto costituzionale, ancora prima che di diritto amministrativo: non si tratta cioè (solo) di capire se vengono in gioco diritto soggettivo o interesse legittimo nella fase di iscrizione al RUNTS, ma a quali elementi è destinato il "controllo" pubblico, e con quali modalità.

Nel quinto capitolo, nel quadro del pluralismo territoriale, si passano in rassegna gli spazi di disciplina a disposizione delle Regioni nella disciplina del Terzo settore, i limiti già stabiliti dalla Corte in numerose pronunce relative al contenzioso fra Stato e Regioni, delineando gli spazi di intervento reciproci. Il tema sfugge generalmente alle considerazioni dei privatisti per nulla, purtroppo, avvezzi a confrontarsi con la legislazione regionale.

La ricerca si conclude con considerazioni sui caratteri propri di un diritto costituzionale del Terzo settore e il suo auspicabile contributo alla rivitalizzazione della democrazia. Tenendo anche conto che è in atto una non apprezzabile

tendenza di tipo neo-corporativo, perché da quando il CTS ha enunciato una definizione unitaria, tutti gli attori anche potenziali del settore hanno iniziato a reclamare un proprio *status* specifico. E la politica ne asseconda le richieste.

Si è sempre affermato che caratteristica essenziale della legislazione di sostegno è l'assenza di carattere autoritativo, nel senso che la condotta non è imposta, ma suggerita: della funzione promozionale è la libertà di rinunciare all'utilizzazione della norma senza subire conseguenze né civili, né penali o amministrative.

Ho scritto più volte che, qualora gli incentivi accordati non verranno ritenuti abbastanza allettanti, parte del non profit continuerà a operare come se la normativa non ci fosse, scegliendo di rimanere nelle scarse ma clementi braccia del primo libro c.c., anche perché per diventare ETS e muoversi nel complesso scenario tratteggiato dal codice del terzo settore l'ente dovrà rivolgersi a professionisti ed esperti, con costi spesso elevati.

Chi è insofferente di un regime recepito come troppo restrittivo se ne guarderà e comunque tutti pondereranno con cautela vantaggi, oneri e vincoli.

Leggiamo infatti nel report 2022 di *Terzjus* (che promuove assiduamente una campagna di ingresso nel terzo settore), come la nuova disciplina sia ancora troppo spesso avvertita dai suoi principali destinatari come “maggior onere” piuttosto che come “nuova opportunità”. Comunque “i dati sulle iscrizioni al RUNTS sembrano confermare l'interesse che il terzo settore post-riforma suscita: il 28 luglio 2022, più di 4.900 “nuovi” enti (cioè enti che hanno fatto domanda di iscrizione al RUNTS a partire dal 24 novembre 2021, il primo giorno in cui – ai sensi del DD 561/2021 – è stato possibile farlo) risultano iscritti nel Registro, per una media pari a circa 600 enti al mese”.

Ma molto, a cominciare dalla richiesta di autorizzazione all'UE per i profili tributari, è ancora *in itinere*.

Post scriptum

Per finire: spesso ci dimentichiamo di vivere in un tempo privilegiato.

Fosco Maraini, avendo rifiutato, dopo l'8 settembre 1943, di aderire alla Repubblica sociale italiana, fu internato con la famiglia in un campo di concentramento in Giappone – dove si trovava – fino alla resa dell'Impero del Sol Levante (15 agosto. 1945). Lì, con lo scopo, raggiunto, di conquistare stima e miglior trattamento, evocando un'antica tradizione samurai si tagliò il mignolo con un'accetta, gettandolo addosso ai carcerieri. Forse nella nostra *Anspruchsgesellschaft* (come già la chiamava Guido Carli) caratterizzata da un continuo e fastidioso lamento, sarebbe opportuno ricordare periodi storici ben più drammatici, almeno per quanto riguarda il nostro paese.

Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile

LIO SAMBUCCI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 22 luglio 2022.

Disponibile all'indirizzo: <https://www.giurcost.org/decisioni/2022/0184s-22.html#:~:text=Sentenza%20n.,184%20del%202022&text=nei%20giudizi%20per%20conflitto%20di,e%20della%20citata%20sentenza%20n.>

Sommario: 1. Una (piccola) premessa. – 2. I termini della questione. – 3. Le statuizioni della Corte: il giudizio dinanzi alla Corte dei conti in speciale composizione e la sopravvenienza della legge regionale di approvazione del rendiconto. – 4. Giudizio *ex art.* 11, comma sesto, lett. e), c.g.c. e deliberazione di parificazione: profili di criticità. - 4.1. La problematica impugnabilità della deliberazione di parificazione. - 4.2. Le posizioni della giurisprudenza costituzionale. - 4.3. Criticità della ricostruzione giurisprudenziale. - 4.4. Un ulteriore elemento di criticità. – 5. Parificazione e approvazione legislativa del rendiconto. – 5.1. Il prevalente carattere ausiliario del procedimento di parificazione. - 5.2. Gli effetti della parificazione del rendiconto. E una prima conclusione. – 6. Alcune osservazioni conclusive. – 6.1. Sul conflitto di attribuzione. – 6.2. La Corte e la Costituzione finanziaria: tra centralismo finanziario e contabile e asimmetrie giustiziali. E un'esigenza ineludibile.

Data della pubblicazione sul sito: 5 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatore in Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma – La Sapienza. Indirizzo mail: lio.sambucci@uniroma1.it.

1. Una (piccola) premessa

Centralismo finanziario e contabile e giurisdizionalizzazione dei controlli costituiscono (alcuni dei) precipitati dell'ordinamento materiale all'esito dei "nuovi" principi della Costituzione finanziaria¹: i quali precipitati (che si rivelano e trovano alimento, tra l'altro, nelle asimmetrie giustiziali dei richiamati principi) sono suscettibili di esporre a recessività, da un lato, il principio autonomistico (peraltro, in una congiuntura caratterizzata dalla estensione della domanda di autonomia differenziata), non solo nel suo intrinseco portato valoriale (che pure, come noto, trova una attenta considerazione costituzionale: art. 5 Cost.), ma anche nella sua funzionalità rispetto al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma secondo, Cost.); e, da altro lato, la funzione ausiliaria dei controlli (art. 100, comma secondo, Cost.). Da altro lato ancora, le rilevate inclinazioni ordinamentali rischiano di trasformare il principio di equilibrio di bilancio, e, più in generale, il principio di stabilità finanziaria, da (in massima sintesi) strumento di garanzia, preventiva e astratta (ovvero generale), di equilibrio inter valoriale, a valore prevalente ovvero anche dominante.

Si tratta, come ben evidente, di temi di particolare rilevanza per il loro impatto sul sistema costituzionale, in relazione ai quali la sentenza 22 luglio 2022, n. 184 della Corte costituzionale presenta diversi profili di sicuro interesse e diversi spunti di riflessione scientifica.

2. I termini della questione

Con la citata sentenza 22 luglio 2022, n. 184, la Corte costituzionale ha respinto i ricorsi per conflitto di attribuzione proposti dalla Regione Siciliana (nei confronti dello Stato) in relazione alla sentenza (e, prima, in relazione, al dispositivo della sentenza) della Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione, 17 dicembre 2021, n. 20/2021/DELC (pronunciata a definizione del ricorso proposto, *ex art.* 11, comma 6, lett. e, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, dalla Procura generale presso la sezione giurisdizionale d'appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana avverso la decisione di parificazione del rendiconto della Regione Siciliana resa dalle sezioni riunite della Corte dei conti per la Regione Siciliana).

In sostanza, la Regione Siciliana aveva rilevato impugnativamente che non spettava allo Stato – e per esso alla Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione – a seguito dell'approvazione della legge

¹ Il sistema della Costituzione finanziaria trova definizione (in massima sintesi) nelle disposizioni di cui agli artt. 81, 97, comma primo, e 119 Cost. (come modificati dalla legge cost. 20 aprile 2012, n. 1).

della Regione Siciliana 30 settembre 2021, n. 26 (di approvazione del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2019 e del rendiconto consolidato dell'esercizio 2019), l'esercizio della funzione giurisdizionale e, conseguentemente, il potere di adottare la decisione di cui al dispositivo reso all'udienza del 7 ottobre 2021 (in relazione al ricorso n. 740/SR/DELIC) e di cui alla (sopra) richiamata sentenza². La Regione rilevava la lesione di attribuzioni costituzionali e statutarie nella circostanza che, a seguito della promulgazione della citata legge reg. Siciliana n. 26 del 2021, di approvazione del rendiconto relativo all'esercizio finanziario 2019 - adottata ai sensi dell'art. 19, terzo comma, dello statuto speciale regionale - la Corte dei conti non aveva dichiarato improcedibile (come, invece, secondo la regione, avrebbe dovuto) il giudizio promosso dalla Procura generale presso la sezione giurisdizionale d'appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana, dinanzi alla Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione, avverso la deliberazione di parificazione del rendiconto regionale pronunciata dalle sezioni riunite della Corte dei conti per la Regione siciliana.

L'interesse (problematico) della sentenza che si esamina si rinviene, non tanto (ovvero non solo) nella declinazione massimamente estensiva della natura giurisdizionale del procedimento e della deliberazione di parificazione sul rendiconto generale delle regioni³ (che può essere considerato un dato consolidato

² Nell'ambito del suddetto giudizio, la Procura della Corte dei conti aveva contestato la corretta quantificazione dell'accantonamento relativo al fondo dei crediti di dubbia esigibilità (FCDE), che, pur non parificato dalle Sezioni riunite regionali, sarebbe stato da queste ultime erroneamente computato in difetto, in violazione della normativa contabile di riferimento (paragrafo 3.3 dell'allegato 4/2 al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118).

³ In termini riassuntivi, è sufficiente ricordare che il procedimento di parificazione del (ovvero di controllo sul) rendiconto è stato introdotto per il rendiconto generale dello Stato fin da tempi molto (ma molto) lontani: nello specifico, dagli artt. 10 e 28 ss. legge 14 agosto 1862, n. 800 (recante, come noto, l'istituzione della Corte dei conti nel Regno d'Italia), le cui disposizioni sono state in seguito recepite negli artt. 39 ss. r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (di approvazione del testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti) e richiamate dalla legislazione successiva riguardante il sistema contabile dello Stato. Successivamente, il suddetto procedimento di parificazione è stato esteso al rendiconto generale delle regioni dotate di speciale autonomia (vedi: art 6, comma terzo, d.lgs. 6 maggio 1948, n. 655, con riferimento alla Regione siciliana; art. 4, comma secondo, legge 8 ottobre 1984, n. 658, con riferimento alla Regione Sardegna; art. 10 d.p.r. 15 luglio 1988, n. 305, con riferimento alla Regione Trentino Alto Adige). Solo di recente è stato introdotto anche per le regioni ordinarie dalle disposizioni di cui all'art. 1, comma quinto, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 (recante «disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012», convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213).

È necessario evidenziare che con il citato d.l. n. 174/2012 si dà avvio (non si sa quanto consapevolmente) ad una vera e propria controriforma del sistema dei controlli

amministrativi - portata a compimento, nell'ordinamento materiale, dalla giurisprudenza costituzionale (e della Corte dei conti) – con rinnovata centralità dei controlli di tipo legalistico ad effetto impeditivo-conformativo (sui bilanci e sui rendiconti delle regioni, degli enti locali e degli enti del servizio sanitario nazionale), dopo una lunga fase di recessione che aveva caratterizzato le riforme amministrative degli scorsi anni Novanta, fino alla riforma costituzionale introdotta da legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (che, sul punto specifico, aveva determinato, con l'abrogazione degli artt. 125, comma primo, e 130 Cost., l'espunzione dall'ordinamento dei controlli preventivi di legittimità sugli atti delle regioni e degli enti locali: vedi anche *infra sub* nota 35). La circostanza che disposizioni (di sistema) suscettibili di produrre una siffatta modificazione dell'ordinamento siano state introdotte con lo strumento della decretazione d'urgenza, con inevitabile lacunosità e disorganicità della disciplina (che può condurre a sviluppi materiali non sufficientemente considerati), è indicativa dell'approccio congiunturale del legislatore alle riforme amministrative, che costituisce una delle cause delle difficoltà attuative. Sulla rilevata evoluzione del sistema dei controlli, vedi A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 841, il quale rileva come «già a metà del primo decennio del secolo (legge n. 266 del 2005) il legislatore abbia iniziato una graduale ricollocazione della Corte dei conti sul versante del controllo di legittimità-regolarità, soprattutto sul critico versante del controllo della finanza pubblica allargata afferente al settore degli enti territoriali»; osservando che «tale processo evolutivo ha avuto il suo culmine con il d.l. n. 174 del 2012, emanato proprio nel periodo di maggiore virulenza della crisi dei conti pubblici». In relazione alle «nuove forme e modalità di controllo della Corte dei conti» previste dalle citate disposizioni del d.l. n. 174/2012, G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti: a un quarto di secondo da una storica riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 729, parla di «finanziarizzazione dei controlli», rilevando criticamente che la «Corte dei conti, con l'avallo della Corte costituzionale, abbia spostato sul versante dei controlli finanziari il “cuore” e l'essenza delle sue funzioni, abbandonando ogni nesso di tali controlli con quelli che dovrebbero misurare la corrispondenza dell'attività amministrativa alla “sana gestione” delle risorse, naturalmente coniugando i canoni della economicità-efficienza-efficacia con quelli della regolarità legittimità».

In verità, le disposizioni legislative di cui agli artt. 1 e 3 d.l. n. 174/2012 costituiscono la prima reazione dell'ordinamento alle lacune determinate dalla espunzione dei controlli legalistici di tipo tradizionale: lacune che riguardavano, in particolare (per la rilevanza che venivano a ricoprire nel nuovo sistema di pubblica amministrazione), proprio il bilancio (e, in generale, gli atti di decisione finanziaria) degli enti territoriali. Lacune che erano state segnalate in dottrina: sul punto specifico, sia permesso rinviare a L. SAMBUCCI, *Riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e controlli di legittimità sugli atti*, in *Riv. Corte conti*, 2/2004, 346, ove si rilevava, tra l'altro, la necessità di un controllo esterno di tipo legalistico proprio sul bilancio (e, in generale, sugli atti di decisione finanziaria) degli enti territoriali, per la rilevanza di tali atti nel nuovo sistema pubblica amministrazione (concepito in virtù di una interpretazione evolutiva del principio costituzionale di buon andamento), e si individuava nella Corte dei conti - la quale «vi provvederebbe a mezzo delle proprie sezioni regionali» - «l'organo più indicato a svolgere» siffatto controllo, che, in coerenza con la funzione ausiliaria dei controlli della Corte dei conti, si sarebbe concluso

nell'ordinamento (se, poi, sia anche l'opzione preferibile è tema diverso), alla luce dei punti di approdo della elaborazione della giurisprudenza costituzionale⁴), e neppure nella rinnovata centralità della Corte dei conti nell'ordinamento del primato (ovvero della supremazia) della finanza pubblica ovvero del massimalismo finanziario e contabile (che, come tutti i radicalismi, rischia di produrre implicazioni negative anche in relazione alla giusta garanzia di osservanza, di effettività, dei principi della Costituzione finanziaria, i quali, come accennato, trovano definizione ovvero risultano dalla combinazione delle disposizioni di cui agli artt. 81, 97, comma primo, e 119 Cost., come modificati da legge cost. 20 aprile

con un «provvedimenti sollecitatorio (perciò, con valenza essenzialmente collaborativa)». Si tratta, nella sostanza, del controllo che sarebbe stato introdotto solo con le richiamate disposizioni del d.l. n. 174/2012, il quale, tuttavia, come accennato, è stato concepito con effetti conformativi-impeditivi, solo successivamente limitati – in seguito a Corte cost. 6 marzo 2014, n. 39, dichiarativa, tra l'altro, della illegittimità costituzionale proprio delle disposizioni conformative di cui al settimo comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012 – unicamente agli enti locali. Disposizioni che hanno estremizzato quelle di cui all'art. 7, comma settimo, legge 5 giugno 2003, n. 131 (recante «disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3»), alle quali - che pure iniziavano a valorizzare la funzione di controllo della Corte dei conti sul bilancio delle regioni e degli enti locali e che, molto prima della riforma costituzionale introdotta da legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, iniziavano a richiamare concretamente l'attenzione sugli equilibri di bilancio - erano estranee finalità conformative ovvero impeditive. Finalità conformativo-impeditive che erano estranee anche ai controlli di cui all'art. 1, commi 166 ss., legge 23 dicembre 2005, n. 266 (richiamati – e profondamente modificati nelle conseguenze - all'art. 1, comma terzo, d.l. n. 172/2012: vedi *infra sub* 4.4).

⁴ Per una ricostruzione della evoluzione del ruolo e delle funzioni della Corte dei conti e per la prospettiva di ulteriore evoluzione all'esito delle disposizioni di cui al d.l. n. 174/2012, vedi U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 16, il quale, peraltro, osserva come le nuove funzioni della Corte dei conti si inquadrino «come controlli referenti o per avviso», che «non ledono di per sé l'autonomia delle regioni ma ne coordinano l'esercizio» («seppur con un peso che può in concreto risultare eccessivamente squilibrato rispetto a quanto imposto all'amministrazione centrale»), e «tendono a esercitare prima di tutto un'attività ausiliaria dei consigli (e naturalmente delle giunte) regionali, lasciando a essi la decisione politica ma coadiuvandoli nell'osservanza dei vincoli loro imposti, e sono diretti a produrre, con l'autorità propria della corte, un impulso diretto alla loro osservanza nell'ambito del contesto istituzionale e di fronte all'opinione pubblica».

Per una ricostruzione della evoluzione della elaborazione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale in ordine alla definizione della natura del procedimento di parificazione e della legittimazione della Corte dei conti a sollevare, in sede di controllo, questioni di legittimità costituzionale, vedi G. RIVOCCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 357.

2012, n. 1⁵); quanto nelle conseguenze che una siffatta ricostruzione del sistema complessivo (è suscettibile di) determina(re) sull'autonomia delle regioni (nello specifico; ma, in termini generali, sul sistema delle autonomie), le quali vedono esposte ad incisione finanche le prerogative dell'organo legislativo in sede di approvazione del rendiconto, con (rischio di) scadimento della relativa legge regionale approvativa⁶. Ciò che viene in rilievo, pertanto, non è neppure la natura della legge (regionale) di approvazione del rendiconto generale (regionale), quanto il rischio di compromissione delle prerogative dell'organo rappresentativo della regione e dei profili teleologici che hanno indotto l'ordinamento a prescrivere l'approvazione legislativa del rendiconto parificato.

⁵ Come ampiamente noto, il citato legislatore costituzionale ha introdotto in Costituzione il «principio del pareggio di bilancio», modificando, tra gli altri, proprio gli artt. 81, 97 e 119 Cost. (ma una modifica molto rilevante per il sistema contabile degli enti territoriali ha riguardato anche l'art. 117, con lo «spostamento» della «armonizzazione dei bilanci pubblica» dalle materie a legislazione concorrente in quelle a legislazione esclusiva dello Stato: la qual cosa ha indotto, nel legislatore statale e nella giurisprudenza costituzionale, l'erronea convinzione che la potestà legislativa dello Stato si estendesse alla disciplina di ogni aspetto della contabilità delle regioni, oltre che della contabilità delle regioni: sul punto, vedi *infra sub* nota 46), costituzionalizzando il principio di equilibrio di bilancio, ma, più in generale, il principio di equilibrio finanziario e di sostenibilità del debito pubblico, e, quindi, di stabilità della finanza pubblica. Si è trattato di una riforma che, in disparte ogni considerazione sulla (indiscutibile) rilevanza delle nuove disposizioni e sul loro impatto sugli assetti costituzionali (profili in ordine alle quali non è possibile qui soffermarsi), ha segnato l'inizio di un nuovo corso del sistema finanziario e contabile pubblico, riconoscendo (rendendo inevitabile il riconoscimento di) una posizione di assoluta centralità alla legge di bilancio e della decisione di bilancio, quali strumenti di garanzia dei suddetti principi. Proprio nella profonda evoluzione determinata dalla citata riforma costituzionale del 2012 (e dalla legislazione successiva) trova ragionevole fondamento la estensione della ammissibilità dell'incidente di costituzionalità nell'ambito dei procedimenti di controllo della Corte dei conti, non solo nella elaborazione della giurisprudenza costituzionale, ma anche nella ricostruzione della dottrina.

⁶ Ma si tratta di un dato che è suscettibile di impattare problematicamente anche sul (la piena osservanza del) principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost., in quanto i criteri di efficienza, di efficacia, di economicità (che ne costituiscono alcuni dei profili essenziali) trovano un presupposto necessario nelle disposizioni di cui all'art. 118 Cost., le quali elevano a valore costituzionale la prossimità del livello istituzionale quale elemento fondamentale in funzione dell'appropriatezza delle scelte (la qual cosa presuppone l'effettività del sistema autonomistico definito in Costituzione).

3. Le statuizioni della Corte: il giudizio dinanzi alla Corte dei conti in speciale composizione e la sopravvenienza della legge regionale di approvazione del rendiconto

Posto che (come accennato) la natura giurisdizionale della parificazione del rendiconto regionale costituisce un dato acquisito all'ordinamento (e con essa, l'inevitabile estensione della legittimazione della Corte dei conti alla sollevazione dell'incidente di costituzionalità⁷); (nel caso in esame) la questione controversa ha riguardato essenzialmente due profili: l'ammissibilità del ricorso *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c. avverso la suddetta deliberazione di parificazione pronunciata dalla Corte dei conti⁸; e l'impatto (sul ricorso proposto) della sopravvenienza – alla proposizione del suddetto ricorso (e prima della decisione del ricorso stesso) – dell'approvazione legislativa del rendiconto regionale parificato⁹.

⁷ Resta da chiedersi se siffatto precipitato possa esporre a compromissione la funzione ausiliaria della Corte dei conti, pure espressamente sancita in Costituzione. E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *le Regioni*, 1, 2019, 47, pur rilevando il rischio che una diffusa apertura della via d'accesso incidentale al Giudice contabile in sede di controllo possa «pregiudicare la posizione di ausiliarità della Corte dei conti che ci consegna l'art. 100 Cost.» (e pur chiedendosi quale potrà essere «livello di pressione che il controllo contabile potrà esercitare sul controllo di costituzionalità»), ritiene di poter rinvenire nella giurisprudenza costituzionale una risposta rassicurante (all'interrogazione rilevata). A. CARDONE, *Quando portare la luce nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale comprime l'autonomia regionale e incrina la tenuta dei modelli di controllo (di costituzionalità delle leggi e di sana gestione finanziaria degli enti territoriali)*, in *le Regioni*, 1, 2019, 27, rileva, nella giurisprudenza costituzionale stabilmente ammissiva dell'incidente di costituzionale nell'ambito del procedimento di parificazione, un rinforzo della «lettura “legalitaria” del giudizio di parificazione. Essa, infatti, costituisce lo sviluppo coerente della controtendenza innescata dalla giurisprudenza della Corte rispetto a quella tanto enfatizzata storia dei controlli che ha visto l'immedesimazione della nozione di regolarità con i criteri metagiuridici, propri delle scienze economico-aziendalistiche, dell'efficienza, efficacia ed economicità».

⁸ Nel caso specifico, trattandosi di regione (la Sicilia) dotata di speciale autonomia, la deliberazione di parificazione del rendiconto generale della regione è delle sezioni riunite per la regione siciliana della Corte dei conti (nelle regioni ordinarie, la deliberazione di parificazione è della sezione regionale di controllo della Corte dei conti).

⁹ È necessario rilevare che sulla specifica questione aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte dei conti, la quale aveva ritenuto – in seguito alla sopravvenuta approvazione legislativa del rendiconto regionale - l'inammissibilità del ricorso *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c. proposto avverso la deliberazione di parificazione del rendiconto: vedi Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 15 dicembre 2017, n. 44; ma, sulla questione, presentano sicura rilevanza anche: Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 28 luglio 2014, n. 27; e, in particolare, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 11 novembre 2014, n. 38, la quale ha

La suddetta sopravvenienza è stata ritenuta dalla Corte irrilevante ovvero insuscettibile di determinare pregiudizio alle attribuzioni dell'assemblea legislativa regionale (e, quindi, all'autonomia della regione). In proposito, Corte cost. 22 luglio 2022, n. 184 rileva che la decisione delle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione (*ex art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c.*) non interferisce con la competenza dell'organo legislativo regionale ad approvare con legge il rendiconto della regione, non determina alcuna lesione delle sue attribuzioni (né vulnera il principio di leale collaborazione), in quanto «la decisione non spiega [infatti, il lamentato] effetto conformativo sulla legge regionale di approvazione del rendiconto, poiché essa non incide sul suo contenuto, né sulla sua efficacia»¹⁰. La Corte ribadisce: che «oggetto specifico della decisione delle Sezioni riunite in speciale composizione non è la legge regionale di approvazione del rendiconto, ma il risultato di amministrazione e cioè i saldi contabili che lo rappresentano in un determinato momento»; che, «pertanto, non si determina alcuna sovrapposizione tra l'esito del giudizio delle Sezioni riunite in speciale composizione, inerente alla legittimità/correttezza degli specifici dati contabili, e la legge regionale di approvazione del rendiconto generale, da intendersi quale adempimento essenziale in relazione alla responsabilità nei confronti degli elettori e degli altri portatori di interessi (sentenze n. 246 del 2021 e n. 49 del 2018)»; che la rendicontazione

dichiarato l'inammissibilità del ricorso rilevando che le sezioni riunite in sede giurisdizionale non possono compiere le attività proprie, in sede di parificazione del rendiconto, della sezione regionale di controllo). La stessa Corte dei conti, invece, in seguito, ha rivisto radicalmente la precedente posizione, ed ha ritenuto che la sopravvenuta approvazione legislativa del rendiconto regionale è insuscettibile di compromettere l'ammissibilità del ricorso: vedi Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 17 dicembre 2021, n. 20 (la quale, come visto, è stata impugnata dalla Regione Siciliana con il ricorso per conflitto di attribuzione definito con la sentenza n. 184/2022 che si esamina).

¹⁰ A sostegno della statuizione, la Corte richiama i principi stabiliti dalla stessa giurisprudenza costituzionale, e, in particolare, da Corte cost. 19 dicembre 1966, n. 121, la quale (nel valutare la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parificazione del rendiconto generale dello Stato) ha rilevato che, pronunciata la deliberazione di parificazione da parte della Corte dei conti, «il Parlamento viene successivamente chiamato ad approvare a sua volta - nell'esercizio della sua autonoma funzione politica - il rendiconto governativo (art. 81, primo comma, della Costituzione), senza che ciò possa significare ingerenza nell'opera di riscontro giuridico espletata dalla Corte dei conti». Si tratta di principi che, (molto) successivamente, hanno indotto Corte cost. 28 marzo 2012, n. 72 ad osservare che le sfere di competenza della Regione e della Corte dei conti si presentano distinte e non confliggenti: il consiglio regionale svolge un controllo politico; mentre la (sezione regionale della) Corte dei conti svolge un controllo giuridico ovvero un «controllo di legittimità/regolarità (la "validazione") del risultato di amministrazione» (secondo le più recenti elaborazioni giurisprudenziali: vedi anche la sentenza in esame).

«costituisce “presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo”, in quanto assicura “ai membri della collettività la cognizione delle modalità [di impiego delle risorse e [de]i risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale] (sentenza n. 184 del 2016)” (sentenza n. 18 del 2019)».

4. Giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c. e deliberazione di parificazione: profili di criticità

La Corte costituzionale, con la sentenza esaminata, risolve la questione che riguarda il giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c. in relazione alla deliberazione di parificazione (ovvero, in sostanza, l'impugnabilità, dinanzi alle sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione della deliberazione di parificazione del rendiconto regionale) richiamando due precedenti specifici della giurisprudenza costituzionale; e risolve in via meramente assertiva la (collegata¹¹) questione relativa al “rapporto” tra parificazione e legge regionale di approvazione del rendiconto. La soluzione delle due questioni ha indotto la Corte nel senso di escludere la sussistenza del denunciato (dalla Regione siciliana) conflitto di attribuzione¹².

4.1 La problematica impugnabilità della deliberazione di parificazione

In relazione alla prima questione - e, quindi, in sostanza, alla impugnabilità della deliberazione di parificazione del rendiconto generale della regione dinanzi alle sezioni giurisdizionali (in speciale composizione) della Corte dei conti (ai sensi del citato art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c) – la Corte, riconducendo la procedura e la deliberazione di parificazione del rendiconto regionale nell'ambito «della giurisdizione contenziosa», ha ribadito la «possibilità di impugnare la decisione resa dalle Sezioni regionali di controllo davanti alle Sezioni riunite in speciale composizione, ai sensi dell'art. 11, comma 6, lettera e), cod. giust. contabile»: e «ciò in considerazione della potenziale lesività delle decisioni di parificazione delle Sezioni regionali di controllo nei confronti degli stessi enti controllati e dell'eventualità che l'interesse alla legalità finanziaria, perseguito dall'ente

¹¹ Il “collegamento” tra le due questioni è ben evidente se si considera che la soluzione che si applica alla seconda questione influisce sulla soluzione della prima.

¹² Ovvero nel senso di dichiarare che spettava allo Stato – e per esso alla Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione – esercitare la funzione giurisdizionale e conseguentemente adottare la decisione» in relazione al ricorso proposto *ex art. 11*, comma 6, lettera e), c.g.c., avverso «la decisione di parifica del rendiconto della Regione Siciliana resa dalle Sezioni riunite della Corte dei conti per la Regione Siciliana, a seguito dell'entrata in vigore della legge della Regione Siciliana 30 settembre 2021, n. 26 (approvazione del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2019 e del rendiconto consolidato dell'esercizio 2019)».

controllante, connesso a quello dei contribuenti, ove distinto e divergente dall'interesse degli enti controllati, possa essere illegittimamente sacrificato (sentenze n. 196 del 2018 e n. 89 del 2017)»¹³.

In verità, la Corte in esame riesce anche a dare per scontata l'impugnabilità in sede giurisdizionale della deliberazione di parificazione, e a capovolgere i termini della questione, la quale non riguarda (più) la verifica dell'eventuale (prospettata dalla parte ricorrente per conflitto di attribuzione) lesione delle autonome prerogative del legislatore regionale (il quale le ha esercitate adottando la legge di approvazione del rendiconto generale), ma la (verifica della) possibilità che «l'adozione della legge regionale di approvazione del rendiconto da parte dell'assemblea regionale possa costituire ostacolo all'emanazione della decisione con cui si accerta, a seguito dell'impugnativa, la legittimità/regolarità di quei fatti». Eventualità che viene (retoricamente prospettata per essere) esclusa, con ciò, tuttavia, ammettendosi – con la statuizione sopra riportata - una (possibilità di) interferenza del potere giurisdizionale rispetto al potere legislativo, esponendo a vulnerazione il principio generale di separazione dei poteri¹⁴.

¹³ Si tratta, peraltro, di una impostazione che (sul punto specifico) fa registrare una cesura rispetto alla posizione tradizionale della giurisprudenza costituzionale, la quale aveva rilevato che «la pronuncia della Corte dei conti è definitiva e insindacabile» (Corte cost. n. 121/1966, cit.).

¹⁴ Quello della separazione dei (ovvero dell'equilibrio tra i) poteri è un tema di massima attualità, trattandosi di principio esposto a continue sollecitazioni problematiche. Basti pensare al continuo ricorso alla decretazione di urgenza, che sembra essere divenuto strumento (quasi) ordinario di legiferazione, con esuberanza del potere esecutivo rispetto alle proprie prerogative ed interferenza rispetto alle prerogative del potere legislativo (in proposito, è sufficiente rilevare che, negli ultimi cinque anni, circa la metà degli atti aventi forza di legge sono costituiti da decreti legge, i quali, oltre ad essere provvedimenti di fonte governativa, devono essere esaminati dalle Camere in tempi molto ristretti, in considerazione della ristrettezza del termine di conversione), con esuberanza del potere esecutivo rispetto alle proprie prerogative ed interferenza rispetto alle prerogative del potere legislativo. Basti pensare alla comune (anche in sede scientifica) rilevazione (critica) degli eccessi del potere giurisdizionale, suscettibili di determinare interferenze sia rispetto alle prerogative del potere esecutivo che di quelle del potere legislativo: un elemento di problematicità che trova riscontro proprio nel caso in esame, con la estesa giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti. Basti pensare a quella che è stata definita «esondazione legislativa», con l'adozione di leggi che disciplinano aspetti regolamentari e finanche amministrativi della materia, e, quindi, con invasione di spazi riservati alla decisione dell'amministrazione tecnica (la quale, a sua volta, in molte circostanze, sollecita e definisce ovvero concorre a definire la disciplina legislativa di dettaglio, al fine di dare copertura al proprio operato ed evitare di rimanere esposti a profili di responsabilità amministrativa ed erariale). Per quanto qui più direttamente rileva, un esempio tipico di «esondazione legislativa» (rimasto trascurato, non per disattenzione ma

Interferenza che viene esclusa dalla Corte, osservando (come visto) che «oggetto specifico della decisione delle Sezioni riunite in speciale composizione non è la legge regionale di approvazione del rendiconto, ma il risultato di amministrazione e cioè i saldi contabili che lo rappresentano in un determinato momento». Senonché sia il risultato di amministrazione sia i saldi contabili sono giuridicamente cristallizzati proprio nel rendiconto approvato con legge regionale¹⁵. La qual cosa implica che la sentenza delle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) della Corte dei conti è destinata inevitabilmente a produrre una incidenza diretta (non solo sul rendiconto, ma) sulle statuizioni della legge regionale di approvazione del rendiconto. Una implicazione che è già stata considerata ed esclusa (ovvero espulsa dall'ordinamento) da Corte cost. 6 marzo 2014, n. 39, la quale (tra l'altro) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 1, comma settimo, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 (convertito, con modificazione dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213), proprio perché prevedevano effetti conformativi ovvero impeditivi - prodotti dalle decisioni della (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti - a carico delle regioni rispetto ad atti (il bilancio ed il rendiconto) approvati con legge regionale; osservando, tra l'altro, che «le funzioni della Corte dei conti trovano un limite nella potestà legislativa dei Consigli regionali che, in base all'assetto dei poteri stabiliti dalla Costituzione, la esercitano in piena autonomia politica, senza che organi a essi estranei possano né vincolarla né incidere sull'efficacia degli atti che ne sono espressione»¹⁶.

perché ritenuto una scelta preferibile) è costituito dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, il quale, modificando ed integrando il d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, ha introdotto una disciplina minuziosa (ultra regolamentare) della contabilità delle regioni (ed ha disciplinato in modo ancor più minuzioso la contabilità degli enti locali, modificando il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267): sul punto specifico, vedi *infra sub* nota 46. Sulla problematicità dei rapporti tra i poteri e sulla «esondazione legislativa», vedi S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019, 1; vedi anche L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019, 13.

¹⁵ Di solito, il risultato di amministrazione dell'esercizio finanziaio trascorso viene stabilito con un apposito articolo della legge regionale di approvazione del rendiconto generale (e, peraltro, con un apposito articolo si dispone l'approvazione dello stesso rendiconto).

¹⁶ Si tratta di una statuizione che è riportata anche da Corte cost. n. 184/2022. Deve essere aggiunto che Corte Cost. n. 39/2014 rileva, inoltre: che «la disposizione impugnata [settimo comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012] attribuisce, dunque, alle pronunce di accertamento e di verifica delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti l'effetto, da un canto, di vincolare il contenuto della produzione legislativa delle Regioni, obbligate a modificare le proprie leggi di bilancio, dall'altro, di inibire l'efficacia di tali leggi in caso di inosservanza del suddetto obbligo (per la mancata trasmissione dei provvedimenti

La (riportata) valutazione con cui la Corte ritiene di poter escludere ogni interferenza (giurisdizionale rispetto all'avvenuto esercizio del potere legislativo) rimane ancor meno convincente a considerarne le implicazioni, le quali attengono alla constatazione che l'accertamento giurisdizionale (del risultato di amministrazione e dei relativi saldi contabili) prescinderebbe dalle relative statuizioni della (sopravvenuta) legge di approvazione del rendiconto ovvero che nell'ordinamento verrebbero a coesistere il risultato di amministrazione stabilito dalla legge e quello stabilito dall'organo giurisdizionale. Si tratta di elementi che (da soli) inducono a ritenere non condivisibile l'impostazione ricostruttiva di Corte cost. n. 184/2022 e fanno stato della (di un primo profilo di) artificiosità della ricostruzione recepita dalla giurisprudenza costituzionale, tanto più se si considera che il risultato di amministrazione e i relativi saldi contabili sembrano prospettati come dati che possono prescindere dal documento (il rendiconto) che li accerta¹⁷ e dalla legge che quel documento approva, e che, come rilevato, con appositi articoli stabilisce alcuni risultati della gestione di carattere generale: disposizioni legislative (approvative) e risultati che non possono essere trascurati dall'autorità giurisdizionale (sezioni riunite in speciale composizione) che, secondo (anche) la ricostruzione della Corte, è chiamata ad accertare proprio la legittimità di quei risultati¹⁸.

modificativi o per la inadeguatezza degli stessi); che «tali effetti non possono essere fatti discendere da una pronuncia della Corte dei conti, le cui funzioni di controllo non possono essere spinte sino a vincolare il contenuto degli atti legislativi o a privarli dei loro effetti»; che «la previsione che una pronuncia delle sezioni regionali di controllo di detta Corte possa avere l'effetto di inibire l'efficacia di una legge si configura, perciò, come palesemente estranea al nostro ordinamento costituzionale e lesiva della potestà legislativa regionale».

¹⁷ Appare convincente la posizione di chi in dottrina evidenzia la necessità di tenere distinte la funzione di certificazione ovvero di garanzia della certezza finanziaria, la quale si compie con la predisposizione del rendiconto e che è propria dell'organo di governo dell'ente, che vi provvede mediante gli uffici tecnici competenti (gli uffici del servizio finanziario e di ragioneria); dalla funzione di controllo, che è attribuita dalla Corte dei conti ed «ha il fine di verificare che le “garanzie” date dal governo in ordine alla corretta allocazione e gestione delle risorse pubbliche siano effettivamente attendibili e siano rispettate»: nei sensi riportati, vedi E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri: “dove nascono i problemi”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2019, 699.

¹⁸ Sul punto specifico, Corte conti, sez. giur. spec. comp. n. 20/2021, cit., al fine di neutralizzare la sopravvenienza dell'approvazione legislativa del rendiconto regionale, rileva che con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c. «ad essere impugnato non è l'atto sottoposto a controllo, ma l'effetto giuridico “conseguente” al riscontro dello “stato del bilancio”»; e che, nel caso specifico, «l'interesse processuale non è in alcun modo collegato alla legittimità dell'atto o del procedimento di formazione della legge che approva il rendiconto, ma al saldo “strutturale”, che misura lo “stato” del ciclo di bilancio».

Sulla questione, deve, peraltro, rilevarsi, in generale, che la sopravvenienza di una legge (di una diversa disciplina legislativa in relazione ad una certa fattispecie giuridica) rilevante rispetto ad un giudizio pendente è una eventualità frequente nell'ordinamento, e l'esercizio della potestà legislativa non costituisce certo una interferenza rispetto al potere giudiziario (né è comunemente intesa come un «ostacolo alla emanazione della decisione»). A fronte di una siffatta sopravvenienza, l'autorità giudicante è tenuta ad applicare la disciplina sopravvenuta (ovvero ad applicarla secondo la propria interpretazione) ovvero, nel caso in cui ritenga dubbia (e, nello specifico, rilevante ai fini della decisione e non manifestamente infondata) – anche su prospettazione delle parti del giudizio - la legittimità costituzionale delle nuove disposizioni di legge, può sottoporre (con le modalità stabilite dalla legge) la questione alla valutazione della Corte costituzionale.

Ciò rilevato, e fermo restando che si ritiene preferibile considerare non impugnabile in via giurisdizionale la deliberazione di parificazione, nella fattispecie specifica (considerato che la Corte dei conti, nella speciale composizione di cui all'art. 11, comma sesto, c.g.c., ha voluto ritenere non impeditiva della prosecuzione del giudizio la sopravvenienza della legge regionale di approvazione del rendiconto¹⁹), la soluzione più convincente sarebbe stata quella di rilevare (che le sezioni giurisdizionali in speciale composizione rilevassero) un incidente di costituzionalità in relazione alla sopravvenuta (in pendenza del suddetto giudizio) legge regionale di approvazione del rendiconto, e, segnatamente, in relazione alle disposizioni della legge di approvazione del rendiconto ed alle parti del rendiconto stesso interessate dai rilievi impugnativi prospettati dalla Procura generale presso la Corte dei conti per la Regione siciliana (che non siano stati recepiti dalla regione nella legge approvativa ovvero che, pur non rilevati dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti, siano stati prospettati dalla Procura generale nel ricorso ovvero siano stati rilevati dalle stesse sezioni giurisdizionali nell'ambito del

¹⁹ Vedi Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021, cit., la quale, tra l'altro, rileva che, in sede di parificazione: «il controllo sul bilancio non è un controllo su atti o attività, ma su un ciclo»; «oggetto del giudizio non è la funzione legislativa o amministrativa di produzione del bilancio, ma il ciclo di informazioni in cui il bilancio consiste»; «ad essere impugnato non è l'atto sottoposto a controllo, ma l'effetto giuridico "conseguente" al riscontro dello "stato del bilancio", espresso a mezzo di particolari atti sottoposti ad una verifica officiosa»; «gli effetti del giudizio di parificazione, infatti, non si producono sull'atto, ma sull'equilibrio giuridico e concreto del ciclo bilancio». Sono solo alcune delle valutazioni (in molta parte, mere astrazioni) sulla base delle quali la Corte dei conti citata si è determinata nel senso di ritenere irrilevante, ai fini del pendente giudizio di impugnazione della deliberazione di parificazione del rendiconto generale della regione, la sopravvenienza della legge regionale di approvazione del rendiconto generale della regione.

giudizio)²⁰. Una possibilità che, peraltro, assicura sufficiente tutela alla esigenza stessa che è posta a base della giurisdizionalizzazione del procedimento di parificazione (e, in generale, dei controlli della Corte dei conti), quella di assicurare effettività ai principi della Costituzione finanziaria; senza, tuttavia, esporre la Corte dei conti al rischio di ingerire rispetto all'avvenuto esercizio della potestà legislativa: la qual cosa, come visto, è preclusa dall'ordinamento²¹.

²⁰ (Posto che Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp. n. 20/2021, cit., ha ritenuto che quella emessa a definizione del giudizio *ex art. 11, comma sesto, lett. e)*, c.g.c. avverso la deliberazione di parificazione è una sentenza di accertamento) La rilevanza della questione (di legittimità costituzionale) può essere rinvenuta nella circostanza che, per effetto delle disposizioni della sopravvenuta legge regionale di approvazione del rendiconto, vengono a trovarsi cristallizzati giuridicamente dati finanziari (stabiliti nei diversi articoli della suddetta legge) relativi alla gestione compiuta che dovrebbero determinare il rigetto del ricorso (in quanto basato su una ricostruzione della situazione finanziaria che rimane giuridicamente esclusa dalle disposizioni della sopravvenuta legge di approvazione del rendiconto della regione), i quali, tuttavia, potrebbero essere sospettati (dati e disposizioni del rendiconto) di dubbia legittimità costituzionale in quanto determinativi (in massima sintesi) di pregiudizio degli equilibri finanziari (ovvero dei principi della Costituzione finanziaria (e, peraltro, suscettibili di determinare la “neutralizzazione” del giudizio pendente). L'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge di approvazione del rendiconto (ovvero delle disposizioni legislative e della parti del rendiconto interessate) determinerebbe l'obbligo di attivare iniziative legislative correttive degli squilibri finanziari rilevati, tenendo al sicuro gli (ovvero rendendo possibile il ripristino degli) equilibri (del ciclo) di bilancio; e renderebbe possibile portare a conclusione il procedimento di parificazione e di accertare in via definitiva dati e saldi contabili. Per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni dell'intera legge regionale di approvazione del rendiconto (e non solo delle disposizioni interessate dai rilievi impugnativi), vedi Corte cost. 5 marzo 2018, n. 49 (vedi anche Corte cost. 21 dicembre 2021, n. 246).

²¹ Vedi Corte cost. n. 39/2014, cit. (*sub* nota 16), la quale, peraltro, rileva anche «una compromissione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni, atteso che il controllo di legittimità costituzionale che la norma impugnata [comma settimo dell'art. 1 d.l. n. 174/2012] attribuisce alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in violazione di detta disposizione della Costituzione ha a oggetto, specificamente, le leggi con le quali le Regioni approvano i propri bilanci e rendiconti». le funzioni di controllo non possono essere spinte sino a vincolare il contenuto degli atti legislativi o a privarli dei loro effetti». Una situazione che viene a determinarsi (anche) nel momento in cui sopravviene la legge regionale di approvazione del rendiconto; rispetto alla quale (situazione) si rivela un mero artificio l'osservazione che la decisione delle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) avrebbe quale oggetto specifico il risultato di amministrazione (e i relativi saldi contabili: l'uno e gli altri accertati nel rendiconto) e non la legge regionale che (come rilevato) quel rendiconto approva.

4.2 Le posizioni della giurisprudenza costituzionale

In disparte quanto già rilevato, deve essere osservato che, già in precedenza, la giurisprudenza costituzionale aveva ritenuto la «giustiziabilità» della deliberazione di parificazione, osservando che «l'art. 1, comma 12, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174» (convertito, con modificazione dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213), come modificato dall'art. 33, comma 2, lett. a), n. 3, d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116), «dispone che avverso le delibere della sezione regionale di controllo della Corte dei conti – tra le quali, appunto, quella afferente al giudizio di parificazione – “è ammessa l'impugnazione alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione, con le forme e i termini di cui all'articolo 243-*quater*, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, numero 267”»²²: Corte cost. 27 aprile 2017, n. 89 (principio ribadito da Corte cost. 9 novembre 2018, n. 196)²³. In proposito, deve, tuttavia, essere rilevato, che la disposizione di cui al citato (dalla Corte) art. 1, comma 12, d.l. n. 174/2012 non fa riferimento alle (a tutte le) delibere della sezione regionale di controllo della Corte dei conti, ma solo a quelle («di cui al presente comma»: e, quindi a quelle) riguardanti il rendiconto di esercizio dei gruppi consiliari del Consiglio regionale.

A rendere poco convincente la posizione della giurisprudenza costituzionale non è solo il forzato richiamo legislativo (come dimostra il riportato dato testuale), ma la stessa collocazione sia della norma che prevede il rimedio impugnativo sia della norma che (come visto) introduce la procedura di parificazione anche per il rendiconto delle regioni. Infatti, sia l'uno (il rimedio impugnativo) che l'altra (la procedura di parificazione) sono previsti all'art. 1 d.l. n. 174/2012

²² All'art. 243 *quater*, comma quinto, d.lgs. n. 267/2000 prevede espressamente l'esperibilità del rimedio impugnativo (di cui al citato art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c.) con riferimento alla delibera della sezione regionale di controllo della Corte dei conti di approvazione o di diniego del piano di riequilibrio finanziario pluriennale (il suddetto rimedio impugnativo è espressamente previsto anche avverso i provvedimenti di ammissione al fondo di rotazione di cui all'art. 243 *ter* d.lgs. n. 267/2000).

²³ In sostanza, la Corte costituzionale recepisce le posizioni della giurisprudenza della Corte dei conti, la quale, pur prendendo atto della mancata positivizzazione della impugnabilità in sede giurisdizionale della deliberazione di parificazione del (sul) rendiconto regionale (pronunciata dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti), proponendo una ricostruzione costituzionalmente orientata del dato normativo, estende la suddetta possibilità impugnativa (dinanzi alle sezioni riunite giurisdizionali, in speciale composizione, della Corte dei conti, *ex* art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c.) a tutte le pronunce delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, ed, espressamente, anche alla deliberazione di parificazione (vedi, in particolare, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 27/2014, cit.; ma vedi anche: Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., nn. 38/2017, 44/2017 e, da ultimo, 20/2021, cit.: vedi *sub* nota 9).

(rispettivamente, come visto, al dodicesimo ed al quinto comma). Si tratta di un dato che attribuisce specifica rilevanza alla circostanza che il legislatore statale, nel prevedere la possibilità impugnativa (dinanzi alle sezioni giurisdizionale, in speciale composizione, della Corte dei conti), l'abbia limitata unicamente alle deliberazioni della sezione regionale di controllo riguardanti (come visto) il rendiconto di esercizio dei gruppi consiliari del Consiglio regionale, senza fare alcun riferimento al controllo di cui al quinto comma (e, in verità, neppure ai controlli di cui al terzo comma), e sarebbe bastato scrivere «di cui al presente articolo», anziché «di cui al presente comma». Si tratta di un dato normativo che esclude del tutto che il legislatore citato abbia inteso introdurre una modalità impugnativa che riguardasse in modo generalizzato tutte le deliberazioni della sezione regionale di controllo della Corte dei conti²⁴.

Si tratta di un dato che resiste alla sopravvenuta disposizione di cui all'art. 11, comma sesto, c.g.c., ove risulta stabilito che «le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado» (tra gli altri) sui (lett. e) giudizi riguardanti le «materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo»²⁵. Una disposizione - richiamata per la prima volta, nella elaborazione della giurisprudenza costituzionale, da Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18²⁶ (la quale,

²⁴ E, d'altra parte, è la stessa Corte dei conti a rilevare che «[resta fermo che] non tutte le delibere delle Sezioni regionali di controllo sono giustiziabili»: Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 15 dicembre 2017, n. 44.

²⁵ G. COLOMBINI, *La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo nel codice della giustizia contabile: limiti e prospettive*, in *Riv. Corte conti*, 1/2017, 740, rilevata criticamente la «genericità della formulazione normativa circa i presupposti soggettivi e oggettivi necessari per la giustiziabilità degli atti del controllo», nella forma del giudizio di parificazione, non avendo previsto alcuna disciplina in materia, nonostante che tale forma di controllo richieda, proprio per le formalità contenziose con cui il legislatore ha disposto che si debba svolgere (per lo Stato, per le regioni a statuto speciale e per le regioni a statuto ordinario), una disciplina puntuale del procedimento». In verità, proprio la mancata disciplina nel codice di giustizia contabile costituisce un indice molto affidabile del carattere solo formalmente giurisdizionale del procedimento di parificazione, e di come la radicalizzazione della giurisdizionalizzazione del procedimento stesso non trovi riscontri adeguati nel sistema positivo, rimanendo un approdo di formazione giurisprudenziale.

²⁶ Con la sentenza richiamata, la Corte rinviene nella citata disposizione codicistica uno strumento di (ulteriore) garanzia rispetto «alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, *ratione materiae*, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile». Deve essere rilevato che, in precedenza, né Corte cost. 27 aprile 2017, n. 89 né Corte cost. 9 novembre 2018, n. 196 (che, come visto, pure avevano preso posizione sulla questione), pur essendo successive all'approvazione del codice di giustizia contabile (avvenuta con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174), hanno fatto riferimento (ai fini della

peraltro, è stata richiamata da Corte cost. n. 184/2022 non in relazione alla questione specifica, ma solo a proposito dei profili finalistici del rendiconto) - che, pur presentando elementi di ordine testuale di una certa suggestione²⁷, non riesce ad essere risolutiva: intanto, perché non si fa alcun riferimento alla deliberazione di parificazione, la quale, pur essendo adottata (nelle regioni ordinarie) dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti, presenta connotazioni - teleologiche, oltre che formali e strutturali - sue proprie, che la tengono distinta dalle altre tipologie di controllo ovvero alle quali non può essere automaticamente equiparata²⁸: già solo per il fatto che la suddetta deliberazione, per stabile ricostruzione giurisprudenziale, presenta la forma e (ora) anche la sostanza della sentenza, la qual cosa, da sola, vale ad escludere l'applicabilità della riserva di competenza funzionale (nell'ambito della riserva di giurisdizione «nelle materie di contabilità pubblica» riconducibile all'art. 103, comma secondo, Cost.) di cui alla citata disposizione codicistica (competenza, come visto, prevista in unico grado)²⁹.

impugnabilità della deliberazione di parificazione) alla richiamata disposizione di cui all'art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c. (in relazione alla giurisdizione esclusiva delle sezioni riunite giurisdizionali, in speciale composizione, in unico grado).

²⁷ In effetti, nella elencazione di cui al sesto comma del citato art. 11 c.g.c. sono individuate distintamente le diverse ipotesi di impugnazione dinanzi alle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) della Corte dei conti già positivizzate dall'ordinamento; e alle suddette fattispecie viene aggiunta (alla lett. e) quella riguardante le «impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo» (nelle materie di contabilità pubblica). La (mera) suggestività della formula testuale si rinviene nella rilevazione che la disposizione codicistica si riferisce, come visto, alle iniziative impugnative «conseguenti alle deliberazioni» e non alle impugnazioni delle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo. Sul punto G. COLOMBINI, *La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo*, cit., 744, osserva che il tenore della disposizione codicistica esaminata «riconosce, in sostanza, una generale giustiziabilità degli atti di controllo delle sezioni regionali, compresi quelli inerenti il controllo-parifica dei rendiconti generali delle regioni»; rilevando criticamente come, in tal modo, rimarrebbero incluse nella formula codicistica, anche le «deliberazioni che attengono al controllo sulla gestione in senso stretto», e il rischio di «conflittualità (potenziali e reali) nei rapporti tra controllo e giurisdizione».

²⁸ Si tratta di un dato che trova un riscontro nitido nel sistema positivo, se si considera che il procedimento di parificazione sul rendiconto generale dello stato trova disciplina specifica nel testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato, come visto, con r.d. n. 1214/1934, e precisamente nel capo IV (del titolo II del suddetto testo unico), intitolato «parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti annessi»; mentre al capo II trova disciplina «le attribuzioni di controllo» e al capo V le «attribuzioni giurisdizionali».

²⁹ Un ulteriore elemento in senso difforme a quello ritenute dalla Corte si rinviene proprio nel tenore letterale (e sostanziale) della disposizione, la quale, infatti, utilizza il

4.3 Criticità della ricostruzione giurisprudenziale

In verità, la posizione della Corte in ordine alla impugnabilità in sede giurisdizionale - *ex art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c.* - della deliberazione di parificazione presenta diversi elementi di criticità, scontando le forzature e le (inevitabili) contraddizioni determinate da una ricostruzione dei controlli della Corte dei conti (proposta dalla giurisprudenza contabile e, cioè, dalla stessa Corte dei conti) permeata (viziata) dall'ansia di giurisdizionalizzazione dei suddetti controlli. Una impostazione recepita da Corte cost. n. 184/2022, la quale, evolvendo la propria iniziale posizione (ovvero estendendola alla deliberazione di parificazione³⁰), fa esplicito riferimento ad una struttura bifasica del procedimento di parificazione, nel quale si distinguerebbero una fase di controllo e una fase di impugnativa (entrambe, peraltro, a carattere giurisdizionale: la seconda un po' di

termine «deliberazioni»; mentre all'art. 1, comma quinto, d.l. n. 174/2012, il legislatore utilizza il termine «decisione». Si tratta di un elemento di ordine anche sostanziale se si considera la giurisdizionalizzazione del procedimento e della deliberazione di parificazione, che costituisce un dato stabile della elaborazione della giurisprudenza della Corte dei conti. In verità, l'opzione interpretativa più convincente sembra essere quella di riferire la locuzione di cui alla lett. e) del sesto comma del citato art. 11 c.g.c. alle deliberazioni adottate dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti nell'ambito dei controlli eseguiti ai sensi dell'art. 1, comma terzo, d.l. n. 174/2012.

³⁰ In effetti, Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18 (che riguarda una deliberazione della sezione regionale di controllo della Corte dei conti relativa ad un piano di recupero del disavanzo adottato da un Comune nell'ambito della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'art. 243 *bis* d.lgs. n. 267/2000) fa riferimento ad «un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica»: la quale (integrazione) sembra (più) ragionevolmente riferita ad una integrazione funzionale e non strutturale ovvero organizzativa. Significa che le distinte funzioni (di controllo e giurisdizionali) della Corte dei conti possono sicuramente intersecarsi, anche in considerazione della riserva di giurisdizione in materia di contabilità pubblica che può rinvenirsi all'art. 103, comma secondo, Cost.; ma non possono rimanere esposte a sovrapposizioni ovvero interferenze o supplenze.

più)³¹. Si tratta di una soluzione artificiosa³², con la quale si prova a rimuovere le criticità (in verità, difficilmente risolvibili) riferite: da un lato, e in concreto, alla rilevazione della coesistenza (molto problematica), nell'ambito di uno stesso procedimento (di parificazione), di due distinti giudici (ovvero organi giudicanti): la sezione regionale di controllo della Corte dei conti (che, peraltro, non è un giudice ma un organo di controllo, come dice la stessa denominazione: una connotazione funzionale di rilevanza costituzionale, la quale, tuttavia, nell'attuale congiuntura ordinamentale, sembra essere percepita come recessiva ovvero insoddisfacente), che decide (giudica) sulla legittimità (finanziaria e contabile) del rendiconto generale della regione (in funzione dell'approvazione legislativa); e le sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione, che decidono (su istanza di parte) sulla legittimità della prima "sentenza" (la deliberazione di parificazione, secondo la prassi stabile della Corte dei conti, è pronunciata «in nome del popolo italiano»).

Una ricostruzione con la quale, da un lato, si prova a dare soluzione (di qui, il carattere artificioso della soluzione) ad un altro elemento di obiettiva criticità: infatti, ove non si affermasse l'unicità del procedimento (bifasico), ci si troverebbe di fronte (in sostanza) a due gradi di giudizio³³, la qual cosa escluderebbe la

³¹ Sul punto specifico, la Corte richiama, a sostegno della posizione espressa, l'elaborazione della giurisprudenza della Corte dei conti, e, in particolare, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 44/2017, la quale, tuttavia, pur affermando (ribadendo) la riserva di giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla impugnazione delle deliberazioni della sezione regionale di controllo della Corte stessa, ha (anche) stabilito che la successiva approvazione legislativa del rendiconto regionale (e, quindi, l'esercizio del potere legislativo da parte della regione) determina l'inammissibilità del ricorso *ex art. 11, comma sesto, lett. e*, c.g.c. avverso la deliberazione di parificazione. Una posizione che (come visto) è stata diametralmente ribaltata proprio da Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021, cit., la quale, come già rilevato, è stata impugnata con il ricorso per conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Siciliana (e respinto da Corte cost. n. 184/2022).

³² L'artificialità della ricostruzione trova riscontro già nel carattere solo eventuale della seconda fase del procedimento, la quale, peraltro, viene attivata in seguito alla proposizione di un ricorso giurisdizionale a carattere impugnativo.

³³ Il primo dinanzi alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti; il secondo, (come rilevato) a carattere impugnativo, dinanzi alle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) della Corte dei conti. Sul punto, specifico, P. SANTORO, *La parificazione dei rendiconti regionali tra controllo e giurisdizione diventa conflittuale*, in *Riv. Corte conti*, 2/2022, 16, rileva la «contraddizione di fondo, di metodo e di logica» della ricostruzione proposta da Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021, cit., «poiché se la delibera di parifica ha già natura giurisdizionale, quanto meno ai limitati fini dell'accesso al giudice delle leggi (per soggettività magistratuale) e per la presenza necessaria di un soggetto garante imparziale della legalità, in contraddittorio come controparte necessaria dell'amministrazione controllata, non vi sarebbe alcuna necessità di

competenza funzionale (*ratione materiae*) delle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) ai sensi del citato art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c., la quale (competenza), come già rilevato, è stabilita in unico grado³⁴. E, da altro lato, si individua uno strumento volto ad assicurare (secondo la ricostruzione giurisprudenziale) maggiore stabilità (maggiore garanzia di correttezza) al giudicato contabile che si forma (si formerebbe) sul rendiconto regionale in sede di parificazione (anche in difetto di impugnazione dinanzi alle sezioni riunite della Corte dei conti)³⁵, quale conseguenza della radicalizzazione della

sollecitare un giudice superiore strutturalmente terzo, se non come garanzia di un secondo grado di giudizio».

³⁴ Una ricostruzione che, peraltro, rimane insoddisfacente, per un verso, se si rileva che la “prima fase” (per stabile riconoscimento della stessa giurisprudenza contabile) si conclude con una decisione che viene considerata una “sentenza” (di cui presenta i requisiti formali) pronunciata a definizione di procedimento svolto con le formalità della giurisdizione contenziosa; per altro verso, se si considera che nell’ambito dell’esercizio della richiamata giurisdizione esclusiva delle sezioni riunite si realizzerebbe un concorso (di difficile qualificazione, ma obiettivo) della sezione regionale di controllo; e, per altro verso ancora, perché implicherebbe un carattere intermittente della natura giurisdizionale della procedura di parificazione dinanzi alla sezione regionale di controllo: la quale (procedura), in caso di impugnazione, “retrocede” a mero controllo (però, esercitato con le formalità della giurisdizione contenziosa). (La diversa ipotesi – della natura giurisdizionale di entrambe le fasi – esclude la possibilità di ravvisare la competenza delle sezioni giurisdizionali in unico grado ai sensi della richiamata disposizione codicistica). Sotto altro profilo, e in astratto, nell’ambito di uno stesso procedimento, si viene a determinare una commistione (incompatibile con l’ordinamento) tra organi di diversa natura (giurisdizionale e di controllo). Una commistione che Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18 prova a giustificare prospettando (sia pure in relazione «alle delibere di controllo sulla legittimità dei bilanci e delle gestioni finanziarie a rischio di dissesto») «un’integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica»: nella quale (integrazione), la prima oblitera (ovvero si appropria) della seconda, con obliterazione del carattere di ausiliarietà, e, inevitabilmente, del dato costituzionale, il quale, come noto, tiene ben distinte le due funzioni (per cui l’accostamento rischia di rivelarsi piuttosto ardito, in mancanza di specificazioni).

³⁵ In ordine alla formazione di un giudicato contabile in esito alla conclusione del procedimento di controllo sui bilanci (e alla mancata impugnazione dinanzi alle sezioni riunite), vedi Corte cost. n. 18/2019, cit., ove si rileva che «l’accertamento effettuato nell’esercizio di questo sindacato di legittimità sui bilanci “fa stato” nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione». Si tratta di una ricostruzione che, applicata alla deliberazione di parificazione, implicherebbe la produzione di un effetto conformativo a carico della regione in relazione all’approvazione legislativa del rendiconto. Una implicazione che, in quanto incidente sull’esercizio della potestà legislativa, risulta

giurisdizionalizzazione del procedimento e della deliberazione parificazione³⁶: nell'ambito del quale non si rileva più un'attività (di controllo) esercitata dalla

difficilmente compatibile con il sistema costituzionale delle autonomie. Un precipitato che non riesce ad essere neutralizzato dalla successiva rilevazione della stessa Corte (proprio con la sentenza n. 184/2022) che «se l'ente territoriale dovesse ritenere di non adottare interventi correttivi, potranno, in ipotesi, determinarsi i presupposti per un'eventuale impugnativa della legge regionale davanti a questa Corte, in via principale, su ricorso del Governo, ovvero in via incidentale da parte della medesima sezione regionale di controllo o delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione in sede di parifica del successivo rendiconto generale, qualora si ritenga che il discostamento da quanto certificato dalla Corte dei conti sia idoneo a pregiudicare gli equilibri di bilancio e i principi di stabilità finanziaria posti dai precetti costituzionali». Una rilevazione che, pur attenuando la radicalità delle precedenti valutazioni (con le quali la Corte aveva delineato un sistema dei controlli sui bilanci degli enti territoriali in grado di «assicurare la necessaria vigilanza-ingerenza, tanto nella fase di approvazione, quanto in quella attuativa»), non risolve il problema, in quanto l'effetto conformativo rimarrebbe comunque, sia pure in forma indiretta (la Corte costituzionale, infatti, non potrebbe che limitarsi a prendere atto del giudicato contabile, il quale è insuscettibile di essere rimosso). Un precipitato che sembra riuscire ad essere incoerente anche con i principi stabiliti da Corte cost. n. 39/2014, cit., (pure frequentemente richiamata della giurisprudenza costituzionale "finanziaria"), la quale, come visto (vedi *subb* note 16 e 21), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 1, comma settimo, d.l. n. 174/2012 nella parte in cui prevedevano degli effetti conformativi a carico delle regioni, in relazione ai bilanci e ai rendiconti delle regioni stesse, i quali, in quanto approvati con legge (regionale), (eventualmente) potevano essere incisi solo dalla Corte costituzionale (e non dalla Corte dei conti). L'elemento innovativo introdotto dalla Corte ultima citata si rinviene nella circostanza che la giurisprudenza costituzionale, dopo un lungo periodo di forte recessione dei controlli amministrativi tradizionali di tipo legalistico (che ha portato all'espunzione dall'ordinamento dei controlli preventivi di legittimità sugli atti delle regioni e degli enti locali: sulla evoluzione del sistema dei controlli amministrativi e sullo specifico impatto della riforma costituzionale del 2001, vedi L. SAMBUCCI, *Studi sui controlli amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2005; vedi anche *sub* nota 3), afferma la legittimità costituzionale dei controlli ad effetto impeditivo-preclusivo-conformativo, i quali, infatti, come anche visto, vengono "rimossi" (con la declaratoria di illegittimità costituzionale) con riferimento unicamente alle regioni, ma solo perché riferiti ad atti approvati con legge; mentre (i suddetti controlli) permangono per gli enti locali (e per gli enti del servizio sanitario): con ciò, peraltro, introducendo un elemento di asimmetria (tra regioni ed enti locali) difficilmente compatibile con l'equiparazione ontologica dei diversi enti autonomi territoriali (tra loro e rispetto allo Stato) ricavabile dai principi di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione (e, in particolare, agli artt. 114, 117, 118 e 119 Cost.).

³⁶ Sulla idoneità della deliberazione di parificazione a determinare la formazione di giudicato contabile, vedi Corte conti, sez. riun. spec. comp., n. 44/2014, cit., la quale, sul punto specifico, ha rilevato che «il richiamo alle "formalità della giurisdizione contenziosa

Corte dei conti «con le formalità della [sua] giurisdizione contenziosa» (come disposto dall'art. 40 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, espressamente richiamato dalle disposizioni di cui all'art. 1, comma quinto, d.l. n. 174/2012), ma ci si trova di fronte all'esercizio di attività giurisdizionale vera e propria³⁷, con snaturamento della funzione di controllo, la quale, in considerazione della prospettata (dalla Corte) unicità del procedimento (bifasico), viene ad essere esercitata, in via conclusiva, da un organo giurisdizionale³⁸: con la qual cosa, peraltro, l'organo di

non fa che confermare, da un lato, la sostanziale natura di controllo della relativa attività e, dall'altro, la volontà di rendere intangibili, con l'efficacia del giudicato, le risultanze del rendiconto generale, sottoposte all'approvazione del Consiglio regionale" (SS.RR. in sede di controllo n. 7 del 2013)».

³⁷ Deve essere rilevato che anche nel recente passato la giurisprudenza costituzionale, pur rilevando che la procedura di parifica fosse «sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale» (confermando, così, la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale), aveva escluso che si trattasse di un procedimento giurisdizionale in senso stretto» (Corte cost. n. 89/2017, cit.) ovvero di «un giudizio in senso tecnico-processuale» (Corte cost. 23 luglio 2015, n. 181).

³⁸ La deliberazione di parificazione non sarebbe più quella adottata dalla sezione regionale di controllo ma (in caso di accoglimento del ricorso impugnativo) quella risultante dalle statuizioni "integrative" di cui alla sentenza delle sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione: il dato contabile (interessato dai rilievi impugnativi) – che dovrà orientare le successive iniziative finanziarie dell'ente (ove si voglia evitare il successivo ricorso dinanzi alla Corte costituzionale) – non è più quello accertato dalla sezione di controllo della Corte dei ma quello accertato dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti: con ciò, l'organo giurisdizionale si ingerisce nell'esercizio della funzione di controllo. Un profilo problematico che, ovviamente, non era sfuggito all'attenzione della giurisprudenza contabile, la quale, pur ammettendo l'impugnabilità della deliberazione di parificazione, aveva circoscritto la portata della "verifica" giurisdizionale, escludendo, tra l'altro, «la costruzione di un sistema per il quale una potestà cognitiva stabilita ed affidata dalla legge alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti venga traslata, attraverso l'impugnativa, dalla sede del controllo alla sede giurisdizionale al di fuori di una espressa previsione di legge»: vedi Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp. n. 38/2014 (cit.). Ma vedi anche, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 27/2014, la quale rileva che la «*revisio prioris instantiae*» delle sezioni giurisdizionali in speciale composizione («anche nel di specie») «è finalizzata soltanto a verificare la conformità rispetto all'ordinamento della deliberazione emessa all'esito del giudizio di parifica, e al solo fine di determinarne la conferma o l'annullamento» (una soluzione, quest'ultima, che, pur essendo coerente con la finalità impugnativa del richiamato rimedio codicistico, risulta incompatibile con l'ordinamento contabile, perché, in caso di annullamento, implicherebbe l'approvazione legislativa del rendiconto senza la preventiva parificazione ovvero determinerebbe una "retrocessione" del procedimento, rendendo necessaria una nuova deliberazione di parificazione). Nello stesso senso, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 44/2017, dopo aver precisato le verifiche che (nello specifico) le

controllo viene ad essere privato della funzione sua propria ovvero la sua attività – di verifica (indipendente e imparziale) della affidabilità dei dati finanziari e contabili, in funzione dell’approvazione legislativa del rendiconto regionale – rimane indebolita ovvero resa precaria in quanto esposta alle valutazioni giurisprudenziali³⁹ (con impatto problematico anche in ordine alla tempestività degli atti di decisione finanziaria ovvero del ciclo di bilancio⁴⁰).

sezioni riunite giurisdizionali sono chiamate a compiere nell’ambito del giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c., rileva che il suddetto giudizio è volto a «verificare la correttezza dell’esercizio della specifica funzione di controllo e in particolare delle modalità di esecuzione dei riscontri finanziario-contabili richiesti dalla natura stessa del giudizio di parifica»; e che «i poteri cognitivi [delle] sezioni giurisdizionali in speciale composizione» [sono] finalizzati esclusivamente a sindacare i limiti esterni della funzione attribuita alla Sezione regionale».

Con Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021, cit. (che, come visto, ha dato luogo al ricorso per conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Siciliana e definito con la sentenza n. 184/2022 in esame), si registra un ribaltamento diametrico della precedente ricostruzione giurisprudenziale, e, così, la sentenza emessa a definizione dell’impugnazione *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c., dà luogo ad un accertamento costitutivo (con ciò provandosi a superare le criticità suscettibili di essere determinate da una eventuale pronuncia di annullamento, e, tuttavia, determinando la sovrapposizione di un organo giurisdizionale rispetto all’avvenuto esercizio della funzione di controllo sul rendiconto); e il procedimento di parificazione diventa un unico procedimento a struttura bifasica (eventuale). La giurisprudenza ultima citata rileva (addirittura), con riferimento al «giudizio di parificazione sul rendiconto generale regionale», che, «poiché questo giudizio si celebra in unico grado, l’eventuale approvazione del rendiconto, nelle more della sua conclusione, equivale ad una approvazione della legge di rendiconto prima della conclusione del procedimento di parifica».

³⁹ Secondo P. SANTORO, *Il giustizialismo nel controllo e l’arresto della corte comunitaria*, in *Riv. Corte conti*, 6/2021, 47, «il punto debole della parificazione, invece, è divenuta la sua ”precarietà”, poiché le risultanze e le valutazioni in quella sede operate soggiacciono alla “interferente” verifica di legittimità che costituisce il nucleo della giustiziabilità in unico grado»: «le garanzie giustiziali riconosciute alla giunta regionale ed al p.m. contabile, infatti, sminuiscono la funzione certativa essenziale della parificazione, come attività svolta dalla Corte in un rapporto di ausiliarità nei confronti delle assemblee legislative, essendo essa teleologicamente collegata alla legge di approvazione del rendiconto stesso».

⁴⁰ Si tratta di un elemento che rivela un ulteriore profilo di (forte) criticità, anche rispetto alle posizioni di sistema definite dalla stessa giurisprudenza costituzionale. In effetti, la ricostruzione prospettata dalla Corte (e dalla giurisprudenza della Corte dei conti) è suscettibile di determinare una alterazione della scansione temporale – e, quindi, di incidere negativamente sulla tempestività – del ciclo di bilancio, il quale prevede che il disegno di legge di approvazione del rendiconto generale sia presentato (successivamente alla parificazione) all’organo legislativo entro un certo termine, e precisamente: «entro il mese di giugno», con riferimento al rendiconto generale dello Stato; per le regioni, la

disciplina è ancora più stringente, in quanto all'art. 18, comma primo, lett. b), d.lgs. n. 118/2011 è stabilito che il rendiconto deve essere approvato (e, quindi, non solo presentato) entro il 31 luglio dal Consiglio regionale (ed entro il 30 aprile dalla Giunta regionale, «per consentire la parifica delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti»). Ne consegue che la ricostruzione bifasica del procedimento di parificazione (il quale si perfeziona, nella migliore delle ipotesi, con la consumazione del termine impugnativo) è suscettibile di neutralizzare la suddetta scansione temporale del ciclo di bilancio, in quanto difficilmente la regione riuscirà ad approvare il rendiconto nel termine stabilito dalla disposizione legislativa richiamata, la quale, peraltro, unitamente a tutte le disposizioni del citato decreto delegato, costituisce, come noto, sulla base della radicata impostazione della giurisprudenza costituzionale, parametro interposto di legittimità costituzionale. (La diversa ipotesi – secondo cui la pendenza del giudizio ex art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c. non precluderebbe l'approvazione legislativa del rendiconto, ovvero anche la sua approvazione prima della consumazione del termine impugnativo – equivale a ridurre a mera formalità la deliberazione di parificazione ed a svalorizzarne la funzione ausiliaria rispetto all'approvazione del rendiconto, che costituisce un principio basilico dell'ordinamento contabile). Si tratta di un elemento che, peraltro, come si accennava, si pone in contraddizione (risulta molto difficilmente compatibile) con il principio della tempestività del ciclo di bilancio, che la giurisprudenza costituzionale ha evocato (anche con una certa rigidità) anche con specifico riferimento all'approvazione del rendiconto, in considerazione della rilevanza dell'attività rendicontativa anche in funzione della programmazione finanziaria (e della tempestiva attivazione delle iniziative legislative correttive, ove fossero rilevati elementi alterativi degli equilibri finanziari). In proposito, vedi Corte cost. 26 novembre 2020, n. 250, la quale ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione legislativa della Regione Valle d'Aosta (art. 6, comma sesto, legge reg. Valle d'Aosta 24 aprile 2019, n. 4) che differiva di un mese il termine di approvazione del rendiconto da parte degli enti locali. In particolare, la Corte citata, dopo aver rilevato che «la scansione temporale degli adempimenti del ciclo di bilancio, dettati dalla normativa statale, risulta funzionale a realizzare la unitaria rappresentazione dei dati della contabilità nazionale» e dopo aver evidenziato la rilevanza del rendiconto anche in funzione della programmazione finanziaria, ha ritenuto che «il differimento del termine di uno degli adempimenti cardine di tale ciclo, quale è l'approvazione del rendiconto della gestione, non configura uno scostamento meramente formale, atteso che «la sincronia delle procedure di bilancio è collegata alla programmazione finanziaria statale e alla redazione delle connesse manovre finanziarie, operazioni che richiedono la previa conoscenza da parte dello Stato di tutti i fattori che incidono sugli equilibri complessivi e sul rispetto dei vincoli nazionali ed europei (in tal senso, sentenza n. 184 del 2016)». (Su Corte cost. n. 250/2020, cit., vedi ampiamente, anche per la rilevazione di alcuni profili di criticità, L. SAMBUCCI, *Non solo bilancio: la Corte costituzionale e il sistema contabile pubblico. Le asimmetrie di una evoluzione*, in *Amm. cont. St. enti pubbl.*, 22 dicembre 2021, disponibile all'indirizzo www.contabilita-pubblica.it). Sul profilo di criticità esaminato, vedi anche P. SANTORO, *La parificazione dei rendiconti regionali tra controllo e giurisdizione diventa conflittuale*, cit., 10, il quale, rilevata «la collocazione del giudizio di parificazione all'interno del ciclo di bilancio», osserva, tra l'altro, che il suddetto giudizio «deve

4.4 Un ulteriore elemento di criticità

Deve anche essere rilevato che la richiamata ricostruzione giurisprudenziale, oltre a non trovare riscontro nel dato positivo, è suscettibile di determinare una ulteriore sovrapposizione ovvero una interferenza rispetto ai (o anche un disfunzionamento nell'esercizio dei) controlli di cui all'art. 1, comma terzo, d.l. n. 174/2012, i quali rischiano di rimanere neutralizzati dal giudicato che (come riferito) si formerebbe sulla parificazione del rendiconto.

4.4.1. In proposito, viene in considerazione, infatti, la circostanza che la giurisprudenza costituzionale, anche in ordine agli spazi di operatività del controllo (e non solo, quindi, in ordine alla sua natura), ha espresso (ovvero ha condiviso con la giurisprudenza contabile) una opzione interpretativa estensiva delle verifiche da compiere sul rendiconto generale della regione nell'ambito del procedimento di parificazione⁴¹ (da parte della sezione regionale di controllo della Corte dei conti, prima; e da parte delle sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione, poi). Sul punto specifico, la Corte costituzionale: rileva che la (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti, in sede di parificazione del rendiconto, svolge un «controllo di legittimità/regolarità (la “validazione”) del risultato di amministrazione e cioè delle “risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente” (sentenze n. 247 del 2021 e n. 235 del 2015) su cui si basa il rendiconto, alla luce dei principi costituzionali di stabilità finanziaria»; e configura «la decisione di parifica» quale «risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia, a esito dicotomico (parifica/non parifica), cui accede l'eventuale impugnativa, in vista dell'obiettivo di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel rendiconto al diritto del bilancio e, in specie,

concludersi in tempo utile a fornire all'Assemblea legislativa i riscontri contabili e finanziari necessari per una consapevole approvazione del consuntivo»; e che «il rispetto della sequenza temporale da parte della Corte dei conti assume, dunque, valenza intrinseca, poiché la stretta concatenazione del ciclo di bilancio non ammette interruzioni, ma esige una stretta sincronia dei tempi della parifica con quelli propri della dialettica tra organo esecutivo e Assemblea legislativa».

⁴¹ In dottrina, G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, cit., 372, rileva come una prima estensione dell'oggetto del procedimento di parificazione si registri inevitabilmente in seguito all'evoluzione della decisione di bilancio, che, come noto, trova un punto di svolta nella legge 5 agosto 1978, n. 468; in seguito alla quale il controllo della Corte dei conti, nell'ambito del procedimento di parificazione, «pur esprimendosi sempre nel riscontro delle risultanze del rendiconto generale rispetto alla legge di bilancio, assume una più ampia prospettiva, includendo anche la verifica degli scostamenti che, negli equilibri stabiliti nel bilancio preventivo, si evidenziano in sede consuntiva, anche in relazione ai vincoli posti dal legislatore con la legge finanziaria e con i nuovi istituti della decisione di bilancio».

ai principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica»⁴². Sempre la Corte ha evidenziato «la connotazione e le implicazioni prettamente giuridiche del rendiconto, come strumento di verifica della regolarità dei conti e della correttezza delle spese effettuate dalle pubbliche amministrazioni, ai fini della chiusura del ciclo di bilancio attraverso il confronto con i dati previsionali»; ed ha ricordato che «la stessa magistratura contabile ha ripetutamente evidenziato che il rendiconto della gestione rappresenta un momento essenziale del processo di pianificazione e di controllo sul quale si articola l'intera gestione dell'ente, in grado di contenere informazioni comparative e di misurare i valori della previsione definitiva confrontandoli con quelli risultanti dalla concreta realizzazione dei programmi e degli indirizzi politici, vale a dire dei risultati, valutandone gli eventuali spostamenti e analizzandone le ragioni»⁴³.

La pervasività dei controlli svolti nell'ambito del procedimento di parificazione del rendiconto generale della regione trova nitida esplicitazione nelle statuizioni della stessa Corte dei conti, la quale, da ultimo, ha rilevato che con il suddetto procedimento si «mette a disposizione delle “autorità di bilancio” lo stato del saldo di equilibrio ad una certa data, imponendo azioni correttive nelle forme di legge»⁴⁴;

⁴² Vedi proprio Corte cost. n. 184/2022. Ma vedi anche Corte cost. 9 novembre 2019, n. 196, la quale, tra l'altro, ricorda che nell'ambito del procedimento di parificazione del rendiconto della regione, «le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sono legittimate a sollevare questione di legittimità costituzionale avverso tutte «le disposizioni di legge che determinano, nell'articolazione e nella gestione del bilancio stesso, effetti non consentiti dai principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari» e da tutti gli «altri precetti costituzionali, che custodiscono la sana gestione finanziaria (*ex plurimis*, sentenze n. 213 del 2008 e n. 244 del 1995)» (sentenza n. 181 del 2015)».

⁴³ Corte cost. n. 250/2020, cit. (vedi anche *sub* nota 40), la quale ha ricordato, tra l'altro, anche che «il rendiconto opera in termini di responsabilità degli amministratori per l'impiego di risorse finanziarie pubbliche nel rispetto dei canoni di legalità, efficienza, efficacia ed economicità della gestione amministrativa»; e ne evidenzia la valenza politica, «quale strumento che consente al corpo elettorale di verificare l'attuazione del programma proposto dagli amministratori».

⁴⁴ Si tratta di una statuizione recepita (quasi testualmente) da Corte cost. n. 184/2022, la quale ha rilevato che «l'accertamento della irregolarità/illegittimità dei dati contabili oggetto della decisione di parifica, impugnata dinanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione, ha l'effetto di mettere a disposizione anche dell'ente controllato dati contabili corretti che riflettono le condizioni del bilancio a una certa data e incidono sul suo ciclo, in modo tale che il medesimo ente possa decidere di intervenire in sede di assestamento ovvero nei successivi bilanci di previsione e rendicontazioni, in linea con il principio di continuità del bilancio». Ora, posto che nel caso specifico, la Regione siciliana ha attivato (in sede di assestamento, come rilevato dalla stessa Corte) le iniziative correttive rese necessarie dai rilievi espressi dalla (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti nella deliberazione di parificazione, e posto che (come rilevato *sub* nota 20) le esigenze

e che (come pure rilevato) «gli effetti del giudizio di parificazione, infatti, non si producono sull'atto, ma sull'equilibrio giuridico e concreto del ciclo bilancio»⁴⁵.

Ma per avere facile percezione del carattere pervasivo del controllo (in sede) di parificazione è sufficiente considerare l'ampiezza e la rilevanza dei contenuti del rendiconto generale della regione, i quali trovano disciplina all'art. 63 d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126)⁴⁶ e hanno trovato consolidamento nelle statuizioni della giurisprudenza costituzionale, la quale ha rilevato che «la legge di approvazione del rendiconto – indipendentemente dalla compilazione e redazione dei complessi allegati al

indicate avrebbero potuto trovare considerazione mediante la sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del giudizio ex art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c.; le rilevazioni della Corte equivalgono a prospettare che solo all'esito del suddetto giudizio si potrà disporre di «dati contabili corretti che riflettono le condizioni del bilancio a una certa data e incidono sul suo ciclo».

⁴⁵ Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021, cit. (la quale, come visto, è stata impugnata per conflitto di attribuzione dalla Regione Siciliana). Ma, sul punto, vedi, in particolare, Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., 28 luglio 2014, n. 27, la quale, dopo aver richiamato diffusamente le posizioni stabili delle sezioni riunite di controllo e dalla sezione autonomie della stessa Corte dei conti, ha evidenziato come la «attività di parifica debba essere la risultante di una serie amplissima di riscontri, tra le diverse poste contabili risultanti dagli atti di gestione. Per sua natura, pertanto, la parificazione di un rendiconto non si risolve nella attestazione o nella contestazione di una sola concordanza, ma di una serie vastissima di concordanze o discordanze in relazione alle diverse poste di bilancio».

⁴⁶ Proprio il d.lgs. n. 126/2014 ha introdotto il nuovo terzo titolo (di disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni) del d.lgs. n. 118/2011 (recante «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi»), ove si stabilisce (come detto, all'art. 63), quale postulato di carattere generale, che «i risultati della gestione sono dimostrati nel rendiconto generale annuale della regione»: un principio (riproduttivo di quello già stabilito all'art. 36, comma primo, legge n. 196/2009 in relazione al rendiconto generale dello Stato) che rende inevitabile il carattere “onnicomprensivo” del controllo di parificazione. Deve essere aggiunto che i contenuti del rendiconto generale della regione trovano disciplina minuziosa (anche, addirittura, nell'apprestamento della modulistica) negli allegati al suddetto d.lgs. n. 118/2011.

Per la rilevazione dei profili di criticità del carattere pervasivo e massimamente minuzioso della disciplina della contabilità delle regioni stabilita nel decreto delegato ultimo citato (che si estende ben oltre la disciplina dell'ordinamento contabile) anche in relazione alla dubbia coerenza con il sistema costituzionale delle autonomie, vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, 3/2017; ma vedi anche ID., *La triste parabola dell'autonomia contabile degli enti territoriali: se la Corte costituzionale decide sugli stanziamenti di bilancio*, in *Federalismi.it*, 12/2016.

bilancio previsti dal d.lgs. n. 118 del 2011 – deve contenere, in coerenza con le risultanze di detti allegati, tre elementi fondamentali: a) il risultato di amministrazione espresso secondo l'art. 42 del decreto in questione; b) il risultato della gestione annuale inerente al rendiconto; c) lo stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri»⁴⁷.

4.4.2. Come si accennava, la riferita impostazione, attributiva di forza di giudicato alla deliberazione di parificazione (e alla ampiezza degli accertamenti compiuti nell'ambito del procedimento), risulta difficilmente coerente con le disposizioni di cui al terzo comma del citato art. 1 d.l. n. 174/2012, le quali, come noto, attribuiscono alla (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti un controllo (oltre che sul bilancio di previsione) proprio sul rendiconto delle regioni (oltre degli enti che compongono il servizio sanitario nazionale). Si tratta di controlli evidentemente distinti da quello di parificazione, come dimostrano non solo la diversa collocazione nell'architettura normativa ma anche le specificazioni finalistiche e procedurali stabilite dalla richiamata disciplina legislativa. I controlli di cui alla disposizione ultima citata – i quali sono successivi all'approvazione legislativa del rendiconto da parte della regione - sono volti alla verifica «del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno»⁴⁸, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'art. 119, comma sesto, Cost.,

⁴⁷ Corte cost. 5 marzo 2018, n. 49, la quale precisa, altresì, che «il primo risultato chiarisce la situazione economico-finanziaria al termine dell'esercizio in modo comparabile a quella dell'anno precedente e a quella che sarà determinata per l'esercizio successivo. Il secondo enuclea – dal contesto complessivo di cui al precedente punto a) – le risultanze della gestione annuale integralmente imputabile agli amministratori in carica. Il terzo fornisce il quadro pluriennale dell'indebitamento, consentendo una prospettiva di sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all'equità intergenerazionale, strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate». Vedi anche Corte cost. 28 gennaio 2020, n. 4.

⁴⁸ Il patto di stabilità interno – introdotto dall'art. 28 legge 23 dicembre 1998, n. 448, quale istituto diretto a disciplinare il concorso delle regioni e degli enti locali alla politica di risanamento dei conti pubblici - non c'è più; sul punto specifico, le verifiche riguarderanno il rispetto delle misure stabilite annualmente nella (prima sezione della) legge di bilancio dello Stato (ai sensi dell'art. 21, comma primo *ter*, lett. g, legge 31 dicembre 2009, n. 196) in ordine al concorso degli enti territoriali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica e, in generale, alla osservanza (da parte degli stessi enti territoriali) dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito (dei suddetti enti) stabiliti dagli artt. 9 ss. legge 24 dicembre 2012, n. 243 (recante, come noto, «disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma, della Costituzione»).

della sostenibilità dell'indebitamento e dell'assenza di irregolarità suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti», e sono svolti con le modalità e le procedure di cui all'art. 1, commi 166 ss., legge 23 dicembre 2005, n. 266⁴⁹; mentre il procedimento di parificazione (a carattere preventivo rispetto all'approvazione del rendiconto, e, tuttavia, successivo rispetto alla gestione, le cui risultanze sono riportate nel rendiconto stesso), come noto, è concepito in funzione dell'approvazione legislativa del rendiconto regionale ed è svolto con le modalità di cui agli artt. 39, 40 e 41 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti)⁵⁰.

Ora, attribuire la stessa natura ai controlli di cui al terzo comma e di cui al quinto comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012 e riconoscere forza di giudicato alla deliberazione di parificazione (e agli accertamenti eseguiti e alle relative risultanze) rischia di rendere i controlli successivi sul rendiconto della regione una duplicazione, posto che gli esiti del procedimento di parificazione (atteso il carattere imperativo del giudicato) non potrebbero certo essere trascurati ovvero

⁴⁹ Ai fini dello svolgimento dei controlli, all'art. 1, comma 166, legge n. 266/2005 è stabilito che gli organi di revisione economico-finanziaria degli enti territoriali trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo. La Corte dei conti (art. 1, comma 167) stabilisce unitariamente criteri e linee guida cui devono attenersi gli organi di revisione economico-finanziaria degli enti territoriali nella predisposizione della suddetta relazione, nella quale, in ogni caso, si deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali di finanza pubblica posti a carico degli enti territoriali, dell'osservanza del vincolo in materia di indebitamento di cui all'art. 119, comma sesto, Cost., e, comunque, «di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione». (Si tratta di disposizioni che, in disparte ogni altra considerazione, neutralizzano del tutto la natura collaborativa del controllo (interno) dei revisori dei conti).

⁵⁰ In applicazione delle suddette disposizioni legislative (riferite alla parificazione del rendiconto generale dello Stato, ma da applicare – come visto, per espressa prescrizione normativa - anche alla parificazione del rendiconto generale delle regioni), la (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti verificherà il rendiconto generale della regione, confrontandone i risultati, tanto per le entrate quanto per le spese, ponendoli a riscontro con la legge di bilancio. A tal fine, tra l'altro: verificherà se le entrate riscosse e versate ed i resti da riscuotere e da versare risultanti dal rendiconto, siano conformi ai dati esposti nei conti periodici e nei riassunti generali trasmessi alla Corte dai singoli Ministeri; se le spese ordinate e pagate durante l'esercizio concordino con le scritture tenute o controllate dalla Corte ed accerta i residui passivi in base alle dimostrazioni allegate alle scritture contabili.

disattesi nell'esercizio dei secondi⁵¹ (peraltro, svolti dallo stesso organo⁵²), e posto il riferito carattere ampio e pervasivo dei controlli parificativi. Con ciò determinandosi una incoerenza con il dato normativo, che tiene distinte le due tipologie di controlli. Una incoerenza che può essere superata valorizzandone il diverso carattere finalistico: massima espressione della funzione ausiliaria della Corte dei conti (art. 100, comma secondo, Cost.), il procedimento e la deliberazione di parificazione⁵³ (funzionale all'approvazione legislativa del

⁵¹ Per averne percezione, può essere utile rilevare, ad esempio, che nelle linee guida per la (redazione della) relazione dell'organo di revisione economico-finanziaria degli enti locali adottate dalla Corte dei conti per il rendiconto 2021 (Corte conti, sez. aut., 8 luglio 2022, n. 10), è stabilito che i suddetti organi di revisione devono, tra l'altro, rivolgere «particolare attenzione» alla «verifica della trasparente rappresentazione del risultato di amministrazione, della sua scomposizione, dell'eventuale disavanzo, delle sue componenti e delle modalità di ripiano nel bilancio degli esercizi successivi secondo i tempi e le modalità ordinarie». Peraltro, la stretta relazione tra le diverse verifiche (ovvero anche il loro carattere integrativo) è confermata proprio dalla Corte dei conti, la quale, ad esempio, nelle linee guida per la (redazione della) relazione dell'organo di revisione economico-finanziaria delle regioni adottate dalla stessa Corte dei conti per il rendiconto 2021 (Corte conti, sez. aut., 3 giugno 2022, n. 7), dopo aver richiamato il procedimento di parificazione, rileva che «la puntuale compilazione del questionario da parte dell'organo di revisione, oltre ad essere funzionale alle esigenze informative sottese alle presenti Linee guida – che sono chiaramente indirizzate ad esprimere la loro utilità in sede di giudizio di parifica - agevolerà gli ulteriori approfondimenti che potranno essere oggetto di specifica istruttoria da parte delle Sezioni regionali di controllo».

⁵² Come visto, sia i controlli di cui al terzo comma del citato art. 1 d.l. n.- 174/2012 sia il procedimento di parificazione di cui al successivo quinto comma sono eseguiti dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Ora, in considerazione della diversa natura dei controlli, deve ritenersi preferibile (almeno) una diversa composizione dell'organo di controllo. Tale elemento di problematicità nelle regioni dotate di autonomia speciale trova soluzione nella circostanza che la parificazione è deliberata dalle sezioni riunite della Corte dei conti (istituite nella regione).

⁵³ È, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale a ricondurre il procedimento di parificazione nell'ambito della funzione ausiliaria della Corte dei conti. Vedi Corte cost. n. 121/1966, cit. (richiamata anche da Corte cost. n. 184/2022), ove si rileva, tra l'altro, che «la pronuncia della Corte dei conti è definitiva e insindacabile, e viene trasmessa direttamente al Parlamento dalla Corte stessa (art. 100 della Costituzione)». Si trattava, peraltro, di una posizione stabile anche della giurisprudenza della Corte dei conti, la quale, anche di recente, aveva ribadito che «anche rispetto al giudizio di parifica sui rendiconti regionali deve infatti riconoscersi quale primaria finalità, quella di consentire ai consigli regionali di esercitare il controllo sulla gestione delle pubbliche risorse da parte dell'organo esecutivo, risultando affermato nell'ordinamento, dunque, il rapporto di ausiliarità dell'attività di parificazione svolta dalla Corte nei confronti delle assemblee legislative e il collegamento teleologico fra detta attività e la legge regionale di approvazione del

rendiconto e al consapevole controllo politico da parte dell'organo rappresentativo sulle scelte compiute dall'organo di governo esecutivo in sede di approvazione delle scelte, dei programmi di bilancio); espressione della funzione di garanzia della regolarità finanziaria e contabile, i controlli di cui al terzo comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012⁵⁴, volti a stimolare (in caso di rilievi dell'organo di controllo) le necessarie iniziative legislative correttive. La quale distinzione finalistica, peraltro, (pur essendo difficilmente coerente con la giurisdizionalizzazione della parificazione e con il precipitato del giudicato) è del tutto insuscettibile di incidere la possibilità di (la legittimazione della Corte dei conti a) sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito del procedimento di parificazione, la quale rimane assicurata dall'adozione della relativa deliberazione con le formalità della giurisdizione contenziosa (come, peraltro, stabilmente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale fin da tempi molto lontani⁵⁵).

rendiconto»: Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 27/2014 (cit.). Si tratta di statuizioni che si rinvergono anche in Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 44/2017, la quale, tra l'altro, richiama Corte conti, sez. aut., 20 marzo 2013, n. 9 (recante «prime linee di orientamento per la parifica dei rendiconti delle regioni» ai sensi dell'art. 1, comma quinto, d.l. n. 174/2012), la quale rileva che «l'attività di parificazione svolta dalla Corte si pone in un rapporto di ausiliarità nei confronti delle assemblee legislative ed è dunque teleologicamente collegata alla legge di approvazione del rendiconto stesso».

⁵⁴ E, d'altra parte, proprio la distinta collocazione normativa delle due tipologie di controllo esclude che possa trattarsi di verifiche della stessa natura: non avrebbe avuto alcun senso prevedere, nello stesso articolo di legge, due controlli di regolarità contabile sullo stesso atto. Significa (appunto) che si tratta di controlli di natura e con finalità distinte. G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, cit., 380, rileva che con il d.l. n. 174/2012 «sono introdotti controlli di natura non più soltanto collaborativa, perché rivolti a prevenire squilibri di bilancio o danni irreparabili agli equilibri di bilancio, con la possibilità di attivare misure interdittive rispetto ai programmi di spesa»: «ciò sulla base della sfiducia nutrita dal legislatore, negli anni più recenti, nei confronti delle autonomie e dei controlli di tipo collaborativo, originariamente introdotti in funzione di stimolo all'autocorrezione dell'ente controllato». Vedi anche A. BRANCASI, *La fine della legislatura nel segno di nuove regole e controlli per le autonomie*, in *Gior. dir. amm.*, 4/2013, 385; D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*, in *Federalismi.it*, 1/2013.

⁵⁵ Vedi già Corte cost. n. 121/1966, cit., la quale, ricordati la funzione (che, in verità, la Corte citata esaurisce nel compimento delle verifiche di cui all'art. 39 r.d. n. 1214/1934) e i caratteri del procedimento di parificazione, ha ritenuto di non poter escludere «nel giudizio in esame [di parificazione] la presenza delle condizioni ipotizzate dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, per la proposizione davanti ad essa di questioni di legittimità costituzionale».

5. Parificazione e approvazione legislativa del rendiconto

La rilevanza della natura ausiliaria del procedimento e della deliberazione di parificazione introduce al secondo dei profili di interesse della questione controversa (rilevati *sub* 3), e, cioè, il (la definizione del) rapporto che si innesta tra la (deliberazione di) parificazione del (sul) rendiconto regionale e la successiva legge di approvazione ovvero tra l'organo di controllo e l'organo legislativo. Un profilo che, peraltro, presenta sicura rilevanza in ordine alla ammissibilità dell'iniziativa giurisdizionale *ex* art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c., la quale, avendo carattere impugnativo⁵⁶, implica, in ogni caso, la valutazione (della sussistenza) dell'interesse ad agire.

Come detto, la Corte risolve in via meramente assertiva la questione ovvero non indaga le connotazioni del suddetto rapporto e le implicazioni che ne derivano; concentrando l'attenzione sulla natura giurisdizionale della parificazione (peraltro, non in discussione nell'accezione tradizionale), accentuandone (problematicamente, nei sensi rilevati) la giurisdizionalizzazione fino a configurare la (riferita) struttura bifasica del procedimento parificativo (come visto: la prima fase di controllo, sia pure "giurisdizionalizzato" ovvero suscettibile di dare luogo alla formazione di giudicato; la seconda fase, eventuale, giurisdizionale vera e propria)⁵⁷.

5.1 Il prevalente carattere ausiliario del procedimento di parificazione

Per la ricostruzione del rapporto tra parificazione e (procedimento legislativo di) approvazione del rendiconto si può prendere spunto dal dato positivizzato, il quale fa stato della prevalenza della valenza ausiliaria della parificazione. Un dato che trova riscontro nella circostanza che il legislatore proprio nello stesso articolo di legge (art. 1 d.l. n. 174/2012) prevede (come visto *sub* 4.4) due distinte tipologie di controllo sul rendiconto della regione: una previsione che ha ragione di essere solo

⁵⁶ In disparte il dato testuale (come visto, nella disposizione, alla lett. e, è utilizzato il termine «impugnazioni»), deve essere osservato che la giurisdizione delle sezioni riunite della Corte dei conti di cui all'art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c. viene attivata ad iniziativa di parte (la Procura generale presso la sezione regionale della Corte dei conti oppure l'ente interessato dalla procedura di controllo).

⁵⁷ Con riguardo alla disciplina dei controlli introdotta dalle disposizioni del d.l. n. 174/2012, G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti*, cit., 728, rileva criticamente che il legislatore, anziché «sviluppare la linea dei controlli di tipo ausiliario, caso mai rafforzando il loro collegamento con le responsabilità di indirizzo (proprie della politica) e con quelle della gestione (proprie degli amministratori), nonché con i poteri sostitutivi dello Stato, ha preferito attribuire alla Corte dei conti poteri che culminano in atti amministrativi "finali", con incidenza diretta sulle sfere di autonomia degli enti».

ove (appunto) si tratti di controlli diversi, con finalità diverse (riferiti, peraltro, come anche visto, a disposizioni legislative diverse; fermo restando il carattere integrato ovvero la circolarità degli accertamenti e delle relative risultanze, e, quindi, delle informazioni⁵⁸).

Ora, se è del tutto indiscutibile che quelli di cui al terzo comma del citato art. 1 d.l. n. 174/2012 sono controlli di tipo legalistico, di regolarità finanziaria e contabile, (in origine) concepiti per produrre un effetto conformativo diretto sull'ente controllato⁵⁹, allo scopo di assicurare effettività agli accertamenti (ed alle relative risultanze) compiuti dall'organo di controllo, volti a garantire la piena osservanza delle disposizioni finanziarie e contabili, e, quindi, dei principi della Costituzione finanziaria; è proprio la finalità della parificazione che deve essere indagata al fine di coglierne il tratto distintivo: il quale è stato (sopra) rilevato nella prevalenza della sua valenza ausiliaria in funzione dell'approvazione legislativa del rendiconto regionale⁶⁰. Una connotazione funzionale che, peraltro, giustifica il

⁵⁸ Un riscontro in tal senso si rinviene in Corte conti, sez. aut., *L'utilizzazione delle anticipazioni di liquidità nei bilanci degli enti territoriali*, audizione dinanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 2015, 13, ove si rileva che i controlli di cui all'art. 1, commi 166 ss., legge n. 266/2005 e quelli di cui al d.l. n. 174/2012 «concorrono a comporre un sistema circolare di riscontri di regolarità contabile e finanziaria, di cui il momento centrale è costituito dai giudizi di parificazione dei rendiconti regionali e dalle allegate relazioni». Si tratta, peraltro, di un rilievo suscettibile di estendere il (prevalente) carattere ausiliario anche ai controlli di cui all'art. 1, comma terzo, d.l. n. 174/2012. In tal senso, in dottrina, vedi U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti*, cit., 16 (vedi *sub* nota 4).

⁵⁹ È già stato evidenziato come l'inoperatività – solo rispetto alle regioni - dell'effetto conformativo dei controlli richiamati sia conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui al settimo comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012 (che quell'effetto prevedevano). Quegli stessi controlli - introdotti dall'art. 3, comma primo, lett. e), d.l. n. 174/2012, e previsti dall'art. 148 *bis* d.lg. n. 267/2000 – continuano, invece, ad essere suscettibili di produrre effetto conformativo-impeditivo sui bilanci e sui rendiconti degli enti locali (e sui bilanci degli enti del servizio sanitario nazionale).

⁶⁰ In tal senso, vedi anche P. SANTORO, *La parificazione dei rendiconti regionali tra controllo e giurisdizione diventa conflittuale*, cit., 10, il quale ricorda (richiamando stabili posizioni giurisprudenziali), con riguardo al procedimento di parificazione: che la Corte dei conti si inserisce, «in posizione di indipendenza, quale organo ausiliario di rilevanza costituzionale, nel rapporto tra Esecutivo e Assemblea legislativa»; che «la pronuncia della Corte, che si interpone tra l'attività di rendicontazione e la legge che approva il conto, ha la funzione precipua di agevolare l'Assemblea legislativa nel controllare che l'attività dell'organo esecutivo si sia svolta nel rispetto dei vincoli e delle autorizzazioni di spesa»; che «la funzione della Corte dei conti, pertanto, è ausiliaria nei confronti dell'organo legislativo regionale, nel senso che lo stesso può discostarsi dagli esiti della parifica assumendosene la responsabilità politica». Vedi anche V. PINTO, *Il giudizio di parifica del*

carattere pervasivo delle verifiche, dei riscontri, degli accertamenti compiuti nell'ambito del procedimento parificativo, volti (come detto) ad assicurare affidabilità⁶¹ (nei sensi esposti ovvero con i rilievi formulati nella deliberazione di parificazione) ai dati contabili e finanziari riportati nel rendiconto generale della regione ma anche la persistenza degli equilibri finanziari⁶².

Anche sul punto specifico appare risolutivo il dato legislativo, il quale (art. 1, comma quinto, d.l. n. 174/2012) stabilisce, tra l'altro, che ai fini della parificazione del rendiconto della regione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 39, 40 e 41 r.d. n. 1214/1934. In particolare, al citato art. 39, si precisa che la «Corte dei conti verifica il rendiconto generale [dello Stato] e ne confronta i risultati tanto per le entrate quanto per le spese, ponendoli a confronto con le leggi di bilancio». Proprio il carattere comparativo – tra i dati accertati a consuntivo e le previsioni

rendiconto regionale alla luce della nuova Costituzione finanziaria comunitariamente orientata. Il diniego di parifica, in F. CAPALBO (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 215, pone l'accento sulla valenza collaborativa del giudizio di parificazione, come stimolo all'autocorrezione in funzione dell'approvazione legislativa del rendiconto.

⁶¹ In proposito, A. BARETTONI ARLERI, *Lezioni di contabilità di Stato*, Edizione Litografica, Roma, 1986, 408, rileva che «la parificazione da parte della Corte ha natura ed effetti oggettivi, nel senso che dichiara la regolarità oggettiva della contabilità» (espressa nel rendiconto generale). E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri: "dove nascono i problemi"*, cit., 699, osserva come, con riferimento alla parificazione del rendiconto, l'«intreccio della funzione di controllo con quella di "tutela" o "certazione" o "garanzia" rischia, tuttavia, di sminuire il controllo stesso»; rilevando che «l'attività di verifica della Corte dei conti sui rendiconti» («ma anche sulla qualità delle coperture delle leggi di spesa») «è espressione della funzione di controllo ed ha il fine di verificare che le "garanzie" date dal Governo in ordine alla corretta allocazione e gestione delle risorse pubbliche siano effettivamente attendibili e siano state rispettate».

⁶² In tal senso, già Corte cost. 14 giugno 1995, n. 244, la quale, dopo aver richiamato la profonda evoluzione (in seguito alla riforma introdotta da legge 5 agosto 1978, n. 468) della legge di bilancio (da strumento meramente descrittivo dei fenomeni finanziari a) strumento di programmazione economico-finanziaria, di decisione in ordine alle politiche economiche e finanziarie, di garanzia degli equilibri di bilancio, ha rilevato, tra l'altro: che «la funzione di riscontro, che costituisce l'essenza del giudizio di parificazione, attiene perciò anche alla verifica degli scostamenti che, negli equilibri stabiliti nel bilancio preventivo, si evidenziano in sede consuntiva»; e che, in sede di parificazione del rendiconto, «la decisione da assumere non può non vertere anche sulla verifica, a consuntivo, del rispetto degli accennati equilibri, in relazione, tra l'altro, ai vincoli posti dalla legge finanziaria». Sulla Corte citata, vedi le annotazioni di M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Pieni poteri alla Corte dei conti per il controllo della spesa pubblica*, e di C. CHIAPPINELLI, *La Corte costituzionale muta radicalmente indirizzo e riconosce nuovi compiti al giudizio di parificazione*, entrambe in *Giur. cost.*, 1995, 1779.

finanziarie contenute nei documenti di bilancio - delle verifiche è indicativo della funzionalità del procedimento di parificazione rispetto al controllo politico che l'organo legislativo è chiamato a svolgere in sede di approvazione del rendiconto: il quale (controllo politico) riguarda le (la verifica e la valutazione delle) attività finanziarie e gestionali poste in essere dall'organo di governo (esecutivo) dell'ente e la (il grado di) realizzazione dei programmi e l'effettivo conseguimento degli obiettivi fissati nei documenti programmatici, e per il cui compimento l'assemblea legislativa può avvalersi degli accertamenti, dei rilievi, delle valutazioni di natura tecnica compiuti dalla Corte dei conti (e, segnatamente, dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti), e, cioè, da un organo di rilevanza costituzionale che, in posizione di terzietà e di indipendenza rispetto all'ente controllato, da un lato, verifica (compiendo i riscontri di cui all'art. 39, comma secondo, r.d. n. 1214/1934) la correttezza dei contenuti del rendiconto e formula i propri rilievi sui dati riportati nel documento consuntivo; e, da altro lato, assicura un complesso di elementi informativi in ordine ai risultati della gestione finanziaria⁶³. In entrambi i casi si tratta di elementi che costituiscono un ausilio tecnico necessario in ordine alle (che assicura un maggior grado di consapevolezza in relazione alle) valutazioni e alla decisione dell'organo legislativo ai fini dell'approvazione del rendiconto (e in ordine agli interventi legislativi di natura finanziaria ritenuti necessari)⁶⁴.

⁶³ Un ulteriore riscontro alla natura ausiliaria del controllo della (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti si rinviene proprio nelle disposizioni di cui all'art. 20 legge n. 243/2012 (che, pure, sono richiamate dalla giurisprudenza contabile a rinforzo della giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti), le quali stabiliscono che la Corte dei conti svolge il controllo successivo sulla gestione dei bilanci delle regioni e degli enti locali (oltre che delle amministrazioni pubbliche non territoriali), «ai fini del coordinamento della finanza pubblica e dell'equilibrio dei bilanci di cui all'art. 97 della Costituzione». Si tratta evidentemente di un controllo riconducibile (anche nella formula testuale) alla previsione di cui all'art. 100, comma secondo, Cost. (riguardante, come visto, la funzione ausiliaria della Corte dei conti). Disposizioni che, peraltro, non offrono alcuna indicazione in ordine alla giustiziabilità della deliberazione di parificazione; né alcuna indicazione si riesce a rinvenire nella circostanza che la disciplina del suddetto controllo sia attribuita al legislatore statale: una "riserva" pressoché scontata in considerazione del richiamo ai valori (costituzionali) del coordinamento della finanza pubblica e dell'equilibrio dei bilanci; ma che riesce a presentare un minimo spazio di incoerenza con le disposizioni di cui all'art. 5, comma primo, lett. a), legge cost. n. 1/2012, le quali attribuiscono alla legge ("rinforzata") di cui all'art. 81, comma sesto, Cost. la disciplina (tra l'altro) delle «verifiche, preventive e consuntive, sugli andamenti di finanza pubblica».

⁶⁴ La necessità dell'ausilio trova ragione nella complessità tecnica (dei contenuti) dell'atto rendicontativo (e della relativa documentazione), la quale esclude che l'assemblea legislativa, in mancanza di apporti collaborativi, sia in grado di valutare l'attendibilità dei contenuti del rendiconto (in ordine ai quali l'organo è chiamato a deliberare), la quale è assicurata dal controllo preventivo eseguito dalla Corte dei conti proprio in funzione

Il carattere ausiliario del procedimento di parificazione rimane, inoltre, marcato dalla circostanza che con la relativa deliberazione conclusiva la (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti approva anche una relazione, i cui contenuti risultano definiti mediante il rinvio all'art. 41 r.d. n. 1214/1934⁶⁵ e dalle disposizioni dello stesso art. 1, comma quinto, d.l. n. 174/2012, ove si stabilisce che nella suddetta relazione sono formulate «osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione» e sono proposte «le misure di correzione e gli interventi di riforma» ritenuti «necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa». Si tratta di un dato legislativo che si pone in evidente collegamento funzionale (riprendendone anche la formula testuale) con il principio di cui all'art. 5, comma quarto, legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, ove (come noto) si stabilisce che «le Camere» (e, quindi, l'organo legislativo) «esercitano la funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese nonché alla qualità e all'efficacia delle spese delle pubbliche amministrazioni»: un principio (costituzionale) di carattere generale che, in quanto tale, estende la propria rilevanza a tutti i livelli istituzionali, e, quindi, anche alle assemblee legislative regionali, le quali, in sede di valutazione del bilancio e del rendiconto⁶⁶,

dell'approvazione legislativa. Ora, se è vero che, in generale, il progetto di rendiconto è predisposto dagli uffici finanziari dell'ente (in osservanza dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento) e approvato dalla Giunta regionale (e, cioè, dall'organo di governo a carattere esecutivo sottoposto, quanto agli atti della decisione di bilancio, al controllo politico del Consiglio regionale) è corredato da ampia documentazione dimostrativa e illustrativa (che potrebbe essere ben sufficiente per le valutazioni politiche dell'organo legislativo); è altrettanto vero che il documento consuntivo è predisposto proprio dagli stessi uffici tecnici che hanno posto in essere concretamente l'attività finanziaria e gestionale (in osservanza dei criteri fissati dall'organo di governo esecutivo) di attuazione della programmazione di bilancio (pure, come noto, approvata dall'organo legislativo), e che, comunque, sono interessati dalla valutazione politica. Proprio a fronte di tale aspetto, l'ordinamento contabile ha ritenuto l'opportunità di un controllo preventivo esterno e indipendente (attribuito alla Corte dei conti) sul rendiconto.

⁶⁵ Al citato art. 41 sono definiti i contenuti della relazione, nella quale la Corte dei conti (a sezioni riunite) «deve esporre: le ragioni per le quali ha apposto con riserva il suo visto a mandati o ad altri atti o decreti; le sue osservazioni intorno al modo col quale le varie amministrazioni si sono conformate alle discipline di ordine amministrativo o finanziario; le variazioni o le riforme che crede opportune per il perfezionamento delle leggi e dei regolamenti sull'amministrazione e sui conti del pubblico denaro». Si tratta di disposizioni che, unitamente a quelle direttamente positivizzate al quinto comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2014, definiscono il contenuto della relazione.

⁶⁶ In verità, il bilancio e il rendiconto costituiscono il momento di massima esplicitazione del controllo politico sulla finanza pubblica, il quale, peraltro, trova sostanza, in generale, nella valutazione di tutte le iniziative legislative che incidono (direttamente) sugli assetti

esercitano evidentemente un controllo politico sulla sostenibilità delle scelte finanziarie e delle politiche di spesa (ma anche sulla affidabilità dei contenuti degli atti di decisione finanziaria) proposti dall'organo di governo dell'ente⁶⁷.

finanziari territoriali (e, indirettamente, sugli assetti complessivi della finanza pubblica), quali, ad esempio, le leggi di stabilità regionale e le leggi regionali di spesa. Deve pur essere rilevato che il suddetto controllo politico presenta connotazioni ed (anche) estensione diverse a seconda che riguardi il bilancio di previsione (e, in generale, gli atti della programmazione finanziaria) oppure il rendiconto. Nel primo caso, l'intervento dell'organo legislativo può riguardare (mediante l'esercizio del potere di emendamento) anche il merito della scelta finanziaria proposta dal Governo (ovvero dalla Giunta, a livello regionale), fermo restando l'obbligo di assicurare gli equilibri finanziari (l'estensione dello spazio di intervento dell'organo legislativo sulla proposta di bilancio – che, a livello statale, trova riscontro nelle disposizioni di cui all'art. 21 legge n. 196/2009 - e l'eccessivo esercizio del potere di emendamento costituiscono le cause principali del problematico andamento dei lavori parlamentari relativi all'esame del disegno di legge di bilancio, il quale, ormai per prassi consolidata, riesce ad essere approvato a ridosso del 31 dicembre, mediante posizione della questione fiducia su maxi emendamento governativo. Per i contenuti normativi della decisione di bilancio delle regioni, vedi artt. 36 ss. d.lgs. n. 118/2011, e la disciplina minuziosa contenuta negli allegati al suddetto decreto). Sul disegno di legge di approvazione del rendiconto generale, l'esame dell'organo legislativo, proprio per la natura essenzialmente tecnica dell'atto consuntivo (e per la sua finalità certificativa) – nel quale sono riportati i fatti della gestione che sono stati compiuti (e che devono essere verificati) – non riguarda il merito delle scelte (che non si rinvergono nell'atto legislativo proposto all'esame dell'assemblea, il quale, come detto, espone i fatti della gestione secondo le modalità rappresentative stabilite dalla relativa disciplina legislativa), e l'esercizio del potere di emendamento è praticamente inesistente: il controllo politico, come rilevato, attiene (in massima sintesi) alla verifica della corrispondenza delle attività e delle risultanze della gestione finanziaria alle previsioni di bilancio, alla valutazione del grado di realizzazione dei programmi finanziari e di conseguimento degli obiettivi. Di qui, come pure rilevato, la necessità dell'ausilio tecnico (indipendente e terzo) della Corte dei conti. In massima sostanza, l'approvazione legislativa del rendiconto generale costituisce una assunzione di (co)responsabilità dell'organo legislativo (politico) rispetto alla gestione finanziaria compiuta materialmente dall'amministrazione tecnica in osservanza delle direttive della Giunta regionale (organo di governo a carattere esecutivo).

⁶⁷ Il carattere ausiliario del procedimento di parificazione trova ulteriore riscontro nel carattere obbligatorio della suddetta relazione, la cui rilevanza (in funzione della ausiliarità della parificazione) è stata evidenziata dalla stessa giurisprudenza della Corte dei conti, la quale, pur rilevando l'autonomia dei due documenti (deliberazione di parificazione e relazione) «sotto il profilo della ritualità, dell'oggetto e delle finalità», ha osservato come la relazione «sia parte integrante della decisione realizzandosi, tanto con la decisione, quanto con la relazione, unitariamente, quella funzione ausiliaria rispetto all'organo legislativo cui il giudizio di parifica è preordinato» (Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 27/2014, le cui statuizioni sono riportate in Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp. n. 38/2014).

Sotto altro profilo, la natura ausiliaria del procedimento di parificazione trova riscontro anche nella circostanza che il rendiconto, una volta predisposto (dall'amministrazione tecnica, e approvato dalla Giunta regionale), viene inviato alla Corte dei conti e viene sottoposto alla valutazione dell'assemblea legislativa (ovvero viene formalmente presentata la relativa iniziativa legislativa) solo successivamente alla deliberazione di parificazione⁶⁸. Si tratta di un dato non certo

Anche sul punto specifico, l'ultima giurisprudenza della Corte dei conti fa registrare una netta cesura rispetto alle posizioni tradizionali, proponendo una lettura del dato normativo che colloca in posizione "recessiva" la relazione rispetto alla deliberazione (alla «decisione») di parificazione: la seconda «agganciata esclusivamente a specifici parametri di legge, tipici della giurisdizione del giudice contabile sul bilancio»; la prima collegata «a parametri che possono avere anche natura non normativa e di "opportunità", che ben si giustificavano in un ordinamento a costituzione flessibile, basato su uno Statuto emanato con "regia autorità" e con la "forza di legge"» (Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 20/2021). Si tratta di una ricostruzione (sempre funzionalizzata alla "massima" giurisdizionalizzazione del procedimento di parificazione, e, in generale, dei controlli della Corte dei conti) che, in disparte ogni altra considerazione, rimane assorbita dal carattere obbligatorio della relazione (ma anche della deliberazione di parificazione: nel senso che la Corte dei conti parifica con i rilievi e tutti gli altri contenuti espressi nell'atto conclusivo del procedimento di controllo) e dalle disposizioni contenitive stabilite espressamente al (secondo periodo del) quinto comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012 (oltre che nel pure espressamente richiamato, art. 41 r.d. n. 1214/1934). Proprio la relazione predisposta dalla Corte dei conti in sede di parificazione del rendiconto ha trovato, negli anni, importante valorizzazione. Vedi. A. BARETTONI ARLERI, *Lezioni di Contabilità di Stato*, cit., 411, il quale ha rilevato che, «da molti anni, la relazione costituisce uno dei pochi organici punti di riferimento e di sintesi critica di tutta l'attività finanziaria ed economica pubblica nell'esercizio finanziario, della sua conformità ma anche della sua opportunità e proficuità rispetto ai fini programmatici e legislativi degli interventi e ai fini istituzionali degli apparati operativi».

⁶⁸ Si tratta di un dato che trova riscontro nelle disposizioni di cui all'art. 37, comma secondo, legge n. 196/2009, ove si stabilisce (tra l'altro) che «non più tardi del 31 maggio, il Ministro dell'economia e delle finanze, per cura del Ragioniere generale dello Stato, trasmette alla Corte dei conti il rendiconto generale dell'esercizio scaduto»; e di cui al successivo art. 38, ove si dispone che «la Corte dei conti, parificato il rendiconto generale, lo trasmette al Ministro dell'economia e delle finanze per la successiva presentazione alle Camere» (ma vedi anche, in tal senso, già le disposizioni di cui all'art. 38 r.d. n. 1214/1934, ove si prescriveva che il rendiconto generale dello Stato fosse trasmesso alla Corte dei conti «prima che sia presentato all'approvazione delle Camere»). E, con riferimento specifico alle regioni, trova riscontro nelle disposizioni di cui all'art. 18, comma primo, lett. b), d.lgs. n. 118/2011 (vedi *sub* nota 40). Si tratta di un dato prescrittivo che, pur tenendo al di fuori del procedimento legislativo la procedura di parificazione, ne rende evidente la rilevanza quale attività necessariamente propedeutica all'esercizio della funzione legislativa in relazione al rendiconto generale della gestione.

irrilevante perché implica che la volontà politica del Consiglio regionale si forma in relazione al rendiconto parificato ovvero munito della deliberazione di parificazione (e dei rilievi e delle osservazioni ivi eventualmente contenuti), che costituisce una sorta di “asseverazione” (con i rilievi formulati) del conto consuntivo in funzione (come detto) della valutazione politica dei risultati della gestione e delle successive iniziative legislative a carattere finanziario. Significa che l’organo legislativo regionale potrà tenere conto dei rilievi (e dei dati, e delle osservazioni, e delle indicazioni) della (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti già in sede di approvazione del rendiconto generale, ed apportare all’atto consuntivo le modificazioni che ritenga necessarie e recepirle nelle statuizioni (di cui ai diversi articoli) della legge di approvazione del rendiconto stesso; oppure attivare le iniziative legislative che ritenga necessarie (in sede di legge assestamento del bilancio, ad esempio; oppure con specifiche iniziative di legge) al fine di ripristinare gli equilibri finanziari interessati dai rilievi della Corte dei conti ovvero di rimuovere le criticità rilevate dall’organo di controllo (nell’ambito del procedimento di parificazione)⁶⁹.

Proprio il carattere necessariamente facoltativo delle possibilità di intervento dell’assemblea legislativa (rispetto ai contenuti della deliberazione di parificazione) costituisce la ragione principale dell’opzione dell’ordinamento materiale verso la giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti quale risposta (ritenuta)

⁶⁹ Il carattere ausiliario del procedimento di parificazione rimane espressamente rilevato anche nelle ricostruzioni della dottrina che mostrano di valorizzare il contributo della Corte dei conti nell’ambito del nuovo sistema della Costituzione finanziaria come definito all’esito della riforma introdotta dalla citata legge cost. n. 1/2012. In proposito, G. RIVOSECCHI, *Il giudizio di parificazione dei rendiconti e l’accesso alla giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27/2021, 175, rileva che, «mediante il giudizio di parificazione dei rendiconti l’ausiliarità della Corte dei conti non si è esprime soltanto nei confronti delle assemblee elettive o degli enti sub-statali, ma si estende all’interesse alla legalità finanziaria in forza dei rinnovati parametri costituzionali e del diritto dell’Unione europea»; e che, «in definitiva, l’ampliamento dell’oggetto e del parametro del giudizio di parifica, unitamente alla valorizzazione dei controlli di legittimità-regolarità dei conti, conduce a configurare una rinnovata prospettiva di ausiliarità della Corte dei conti certamente non più confinata alla funzione del controllo-referto, ma estesa all’accertamento in forma giudiziale di fatti giuridico-contabili a presidio della legalità finanziaria e nell’interesse dei principi costituzionali di volta in volta rilevanti». La stessa dottrina ultima citata rileva che «la giurisprudenza della Corte dei conti sui controlli di legittimità-regolarità dei conti ha elaborato indici sintomatici che vengono poi fatti valere nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi regionali di bilancio e di approvazione dei rendiconti».

inevitabile alla esigenza della giustiziabilità dei principi della Costituzione finanziaria in funzione della loro effettività⁷⁰.

Con l'approvazione legislativa del rendiconto generale, il procedimento di parificazione esaurisce la sua funzione ausiliaria; rimangono ferme, tuttavia, le determinazioni contenute nella relativa deliberazione conclusiva (e nella relazione) ai fini di ogni eventuale successiva iniziativa (non solo da parte della regione; ma anche dello stesso organo di controllo o anche della Presidenza del Consiglio dei ministri in occasione delle successive iniziative legislative di decisione finanziaria: mediante rilevazione di incidente di costituzionalità).

5.2 Gli effetti della parificazione del rendiconto. E una prima conclusione

Restano da definire gli effetti della deliberazione di parificazione sulle attribuzioni dell'assemblea legislativa. In proposito, la giurisprudenza costituzionale esclude nitidamente ogni possibile effetto (direttamente) conformativo della deliberazione di parificazione (ma anche della successiva sentenza che definisce l'eventuale giudizio attivato *ex art. 11*, comma sesto, lett. e, c.g.c.) in ordine alle successive determinazioni dell'assemblea legislativa regionale⁷¹ (non solo in relazione all'approvazione del rendiconto). Sul punto specifico, Corte cost. n. 184/2022

⁷⁰ Si tratta di un'opzione che trova riscontro in Corte cost. n. 184/2022, laddove rileva che il «controllo di legittimità/regolarità (la “validazione”) del risultato di amministrazione e cioè delle risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente» («su cui si basa il rendiconto»), «riservato al giudice contabile quale organo di garanzia della legalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche, non può arrestarsi per il sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto generale, proprio in quanto strumentale ad assicurare il rispetto dei precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio». Un passaggio motivativo con cui la Corte riconduce i controlli sul rendiconto alla Corte dei conti in funzione giurisdizionale («giudice contabile»), la quale viene indicata quale custode della legalità finanziaria; e rileva che la funzione giurisdizionale è strumentale ad «assicurare il rispetto» dei principi della Costituzione finanziaria (sul punto, vedi anche *infra sub* nota 79). Una opzione che propone la giurisdizione dei controlli quale fisiologia dell'ordinamento (materiale). Rimane totalmente obliterata la funzione ausiliaria dei controlli della Corte dei conti (e, con essa, le disposizioni di cui all'art. 100, comma secondo, Cost.).

⁷¹ Come visto, la Corte in esame rileva che la decisione (del giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e, c.g.c., da parte delle sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione) «non spiega [, infatti,] il lamentato effetto conformativo sulla legge regionale di approvazione del rendiconto, poiché essa non incide sul suo contenuto, né sulla sua efficacia». Si è visto, invece, come (sulla base della ricostruzione proposta *sub* 4.1) la suddetta sentenza (ove il rimedio impugnativo avverso la deliberazione di parificazione sia proposto dalla Procura generale) abbia una incidenza diretta sulle statuizioni della legge di approvazione del rendiconto generale della regione (e non solo sul rendiconto stesso).

osserva: che la decisione delle sezioni riunite giurisdizionali (in speciale composizione) – pronunciata a definizione del suddetto giudizio - «non interferisce con la competenza» dell'assemblea legislativa; e che, in caso di rilievi critici (da parte della Corte dei conti), «se l'ente territoriale dovesse ritenere di non adottare interventi correttivi, potranno, in ipotesi, determinarsi i presupposti per un'eventuale impugnativa della legge regionale davanti a questa Corte, in via principale, su ricorso del Governo, ovvero, come visto, da parte della medesima sezione regionale di controllo o delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione in sede di parifica del successivo rendiconto generale, qualora si ritenga che il discostamento da quanto certificato dalla Corte dei conti sia idoneo a pregiudicare gli equilibri di bilancio e i principi di stabilità finanziaria posti dai precetti costituzionali».

Si tratta di osservazioni che presentano sicura rilevanza. Intanto, perché è la stessa Corte a confermare l'inesistenza di un obbligo per l'assemblea legislativa di recepire i rilievi della Corte dei conti, individuando il rimedio rispetto ad eventuali alterazioni degli equilibri finanziari ovvero delle regole contabili (e, quindi, alla violazione dei principi della Costituzione finanziaria): la possibilità di rilevare l'illegittimità costituzionale della legge regionale che abbia conosciuto ovvero che determini pregiudizio nell'equilibrio di bilancio e della stabilità finanziaria a causa della mancata adozione degli interventi correttivi resi necessari dai rilievi ovvero dagli scostamenti rilevati dalla Corte dei conti in sede di parificazione del rendiconto generale. Ed individuando la "sede" ove (ovvero la titolarità a) sollevare l'incidente di incostituzionalità: la questione di legittimità costituzionale, come visto, potrà essere prospettata, in via principale, dal Presidente del Consiglio; ovvero anche dalla sezione regionale di controllo (ovvero dalle sezioni riunite, nelle regioni dotate di autonomia speciale) o anche dalle sezioni riunite giurisdizionali (in caso di impugnazione della relativa parificazione) non solo con riguardo al rendiconto generale relativo all'anno finanziario successivo ma anche (dalla sezione regione di controllo) in relazione proprio allo stesso rendiconto, in sede di esercizio dei controlli di cui all'art. 1, comma terzo, d.l. n. 174/2012 ovvero (dalle sezioni riunite giurisdizionali) nell'ambito dello stesso (pendente) giudizio *ex* art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c. (come rilevato *sub* 4.1).

La rilevanza degli elementi osservati risiede (oltre che nell'autorevolezza della fonte) nella constatazione che escludono la ravvisabilità dell'interesse impugnativo in relazione all'attivazione del giudizio *ex* art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c., non rilevandosi, nella deliberazione di parificazione del rendiconto generale della regione (per il suo prevalente carattere ausiliario⁷²), statuizioni ad effetto

⁷² Un "minimo" carattere di giurisdizionalità trova ragione, come visto, nelle disposizioni di cui all'art. 40 r.d. n. 1214/1934 (esplicitamente richiamate anche al quinto comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012 e nella stabilità del riconoscimento (giurisprudenziale)

conformativo (ovvero impeditivo⁷³) per l'ente controllato⁷⁴, la cui assemblea legislativa (come visto) può valutare in autonomia se recepire i rilievi (e quali) della Corte dei conti⁷⁵: un dato che (non solo è insuscettibile di essere neutralizzato, ma)

alla (sezione regionale della) Corte dei conti della legittimazione a sollevare, in sede di parificazione del rendiconto generale della regione, questioni di legittimità costituzionale.

⁷³ Ben diverso, invece, è il caso del controllo svolto dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti sul (bilancio e sul) rendiconto degli enti locali ai sensi dell'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/200, il quale, invece, come visto, è suscettibile di determinare effetti conformativi ovvero impeditivi rispetto all'ente controllato: un dato che rende ben rilevabile, in capo all'ente controllato, un interesse concreto ed attuale dell'ente controllato all'impugnativa giurisdizionale (ai sensi dell'art. 11, comma sesto, lett. e, c.g.c.) della deliberazione adottata dall'organo di controllo, al fine di rimuoverne le conseguenze impeditive. E diverso è anche il caso del controllo svolto (sempre) dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti (sul bilancio e) sul rendiconto delle regioni ai sensi del terzo comma dell'art. 1 d.l. n. 174/2012: il quale (controllo), come rilevato, è annoverato nell'ambito dei controlli di regolarità finanziaria e contabile, e, in quanto tale (pur essendo stato "privato" di diretta valenza conformativa ovvero impeditiva), può plausibilmente lasciare configurare (in capo alla regione interessata) un interesse all'impugnativa giurisdizionale di cui alla disposizione codicistica richiamata.

⁷⁴ Né la legittimazione impugnativa può rinvenirsi nell'interesse dell'ente controllato a rimuovere i rilievi critici contenuti nella deliberazione di parificazione, al fine di impedire che possano influenzare (negativamente) il controllo politico che (come visto) viene esercitato in sede di approvazione legislativa del rendiconto: e ciò, da un lato, in considerazione della rilevata mancanza di un obbligo di conformazione; e, da altro lato, al fine di evitare l'alterazione ovvero la neutralizzazione della finalità ausiliaria del procedimento di parificazione; ovvero al fine di evitare rilievi di incostituzionalità in relazione alla mancata adozione di misure finanziarie correttive con riferimento agli squilibri eventualmente rilevati, i quali, infatti, potranno essere contrastati (senza pregiudizio) nell'ambito dell'eventuale giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. In senso diverso, F.S. MARINI, *La disomogeneità dei controlli e la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità: una giurisprudenza in espansione*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 9, il quale, con riferimento alla deliberazione di parificazione, rileva che: «l'effetto lesivo, dunque, non consiste nell'annullamento dell'atto o nell'interruzione del procedimento di approvazione del rendiconto, ma va ricercato nella valutazione della legalità delle scritture contabili»; e che «la parifica ha lo scopo, infatti, di garantire certezza e veridicità alle scritture contabili e, in questa prospettiva, è assimilabile alla sentenza»; G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti*, cit., 727, rileva criticamente «il sostanziale "declassamento" della funzione di controllo ad attività amministrativa e il trattamento delle menzionate pronunce alla stregua di atti amministrativi, ovviamente soggetti ad impugnazione davanti a un giudice».

⁷⁵ Un dato che esclude ogni «potenziale lesività delle decisioni di parificazione delle Sezioni regionali di controllo nei confronti degli stessi enti controllati», pure considerata dalla Corte in esame. Né più convincente riesce ad essere la considerazione (della stessa

trova conferma nel principio (pure richiamato dalla Corte in esame) secondo cui, «con riguardo al rendiconto, [quindi,] le sfere di competenza della Regione e della Corte dei conti si presentano distinte e non confliggenti»⁷⁶. Né vi si rinvergono (per quanto rilevato) gli effetti del giudicato in senso tecnico (con preclusione della successiva rilevazione di profili di irregolarità finanziaria e contabile – eventualmente non rilevati in sede di parificazione - anche proprio sullo stesso atto rendicontativo, in seguito alla sua approvazione legislativa, in sede di esercizio dei controlli di cui al terzo comma del citato art. 1 d.l. n. 174/2012); e (come visto) neppure è suscettibile (la deliberazione di parificazione) di determinare preclusioni in ordine alla (successiva) prospettazione di incidenti di costituzionalità⁷⁷: una

Corte) che vuole rinvenire l'interesse impugnativo nella protezione rispetto alla «eventualità che l'interesse alla legalità finanziaria, perseguito dall'ente controllante, connesso a quello dei contribuenti, ove distinto e divergente dall'interesse degli enti controllati, possa essere illegittimamente sacrificata». Con la qual cosa, la Corte riconosce in capo alla Procura generale presso la Corte dei conti regionale una sorta di potere surrogatorio rispetto alla sezione regionale di controllo (in relazione alla protezione dei suddetti interessi, la cui titolarità l'ordinamento contabile riconduce all'organo di controllo), il quale, tuttavia, viene esercitato contro lo stesso organo di controllo (con l'impugnazione della deliberazione di parificazione che avesse disatteso i rilievi prospettati dalla stessa Procura nell'adunanza fissata a definizione del procedimento di parificazione). Come dimostra il richiamo di due precedenti della giurisprudenza costituzionale («sentenze n. 196 del 2018 e n. 89 del 2017») che riguardano due distinti incidenti di costituzionalità rilevati da due distinte sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in sede di parificazione del rendiconto generale della regione.

⁷⁶ Corte cost. 28 marzo 2012, n. 72, la quale, peraltro, rileva conclusivamente che «non si può ritenere che la parziale parificazione del rendiconto da parte della Corte dei conti rappresenti un atto concretamente lesivo per la Regione» (con ciò determinandosi nel senso dell'inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione tra enti). Deve essere aggiunto che il dato giurisprudenziale richiamato, riguardando in modo specifico proprio una deliberazione di parificazione, esclude la configurabilità di interessi in conflitto in relazione (al procedimento e) al provvedimento parificativo, e, quindi, conferma la non ravvisabilità di un interesse impugnativo in capo all'ente controllato; mentre è insuscettibile di escludere un potenziale conflitto nella (ovvero appare inapplicabile alla) diversa fattispecie caratterizzata da una sentenza dell'autorità giurisdizionale pronunciata a definizione dell'impugnativa della deliberazione di parificazione.

⁷⁷ Una possibilità che, peraltro, trova (ulteriore) garanzia nelle disposizioni di cui al comma ottavo dell'art. 1 d.l. n. 174/2012, ove si prescrive che «le relazioni redatte dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai sensi dei commi precedenti sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero dell'economia e delle finanze per le determinazioni di competenza». Si torna a ripetere: con specifico riguardo al rendiconto generale della regione, il controllo che la Corte sembra vedere esposto a compromissione dalla sopravvenienza (in pendenza del giudizio pendente dinanzi alle sezioni riunite giurisdizionali) della legge di approvazione del rendiconto stesso, può essere

possibilità, quest'ultima, che tiene in garanzia l'esigenza di assicurare l'osservanza del principio di continuità del bilancio ovvero di equilibrio dinamico, il quale, come noto, rende possibile la giustiziabilità differita (anche a distanza di diversi anni) dei principi della Costituzione finanziaria (ad opera, tuttavia, della Corte costituzionale), con obbligo per gli enti interessati di adottare le iniziative legislative correttive necessarie al fine di ripristinare gli equilibri di bilancio e la stabilità finanziaria risultati compromessi⁷⁸.

Si tratta di elementi che, uniti alla rilevata ausiliarità del procedimento di parificazione del rendiconto generale, escludono la configurabilità di un concreto interesse impugnativo anche in capo alla Procura generale presso la sezione giurisdizionale regionale (che partecipa alla adunanza fissata per la parificazione): infatti, siffatto interesse – che la Corte in esame individua nella necessità di tutela rispetto all'eventualità di illegittimo sacrificio dell'interesse «alla legalità finanziaria, perseguito dall'ente controllante, connesso a quello dei contribuenti» - ben potrà trovare tutela (come pure rilevato) nei successivi controlli di legittimità finanziaria e contabile proprio sullo stesso rendiconto ovvero sugli altri atti di decisione finanziaria (anche mediante rilevazione dell'incidente di costituzionali).

In verità, l'impressione che si ricava è che (anche) la giurisprudenza costituzionale (e non solo la stessa Corte dei conti, nella speciale composizione di cui all'art. 11, comma sesto, c.g.c.) ritenga preferibile estendere anche all'organo giurisdizionale (la funzione di parificazione del rendiconto generale regionale, e, con essa) la possibilità di attivare il sindacato di costituzionalità: con ciò, tuttavia, trascurando (ovvero sottovalutando, nei sensi rilevati) i rischi determinati dalla radicalizzazione della giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti, con sacrificio della sua funzione ausiliaria (che, come detto, trova proprio nel procedimento di parificazione del rendiconto generale una delle sue massime espressioni) - la quale per sua stessa natura è insuscettibile di giustiziabilità (ovvero è giustiziabile con l'atto cui accede, che, nel caso specifico, è la legge approvativa del rendiconto) – e con sostanziale obliterazione ovvero recessione del dato costituzionale di cui all'art. 100, comma secondo, Cost. (rispetto alla funzione

esercitato proprio sullo stesso rendiconto generale (e proprio dallo stesso organo di controllo, anche se non più in sede di parificazione, ma) ai sensi dell'art. 1, comma terzo, d.l. n. 174/2012.

⁷⁸ Sul punto specifico, vedi, *ex multis*, Corte cost. 28 gennaio 2020, n. 4, ove si rileva, tra l'altro: che «il principio di equilibrio dinamico [che] sposta nel tempo la continua tensione verso un bilanciato contrappeso tra entrate e spese»; e che «è proprio il rispetto del principio dell'equilibrio dinamico ad assicurare la bilanciata congiunzione tra il principio di legalità costituzionale dei conti e l'esigenza di un graduale risanamento del deficit, coerente con l'esigenza di mantenere il livello essenziale delle prestazioni sociali durante l'intero periodo di risanamento».

giurisdizionale di cui all'art. 103, comma secondo, Cost.⁷⁹). Con inevitabile impatto recessivo sul carattere collaborativo dei controlli amministrativi (in funzione del miglioramento dei risultati della gestione), la cui valorizzazione – a partire da (ovvero grazie anche a) Corte cost. 27 gennaio 1995, n. 29⁸⁰ - ha accompagnato,

⁷⁹ Si tratta di un elemento di (forte) criticità che trova riscontro nel passaggio motivativo in cui Corte cost. n. 184/2022 riporta la (considerazione ricostruttiva della) giurisprudenza contabile (Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp., n. 44/2014) che (al fine di giustificare la «piena coerenza della giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione sulle delibere di parificazione delle Sezioni regionali di controllo con il sistema vigente») qualifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica «quale elemento complementare delle funzioni di controllo in un disegno volto a garantire maggiore effettività ai controlli, esterni sulle autonomie territoriali [, resi della Corte]». Con ciò mostrando, da un lato, di considerare i suddetti controlli dotati di effettività ritenuta non sufficiente (diversamente non si comprenderebbe per quale ragione sarebbe da ritenere necessaria una «maggiore effettività»), tanto da rendere necessario un apporto aggiuntivo che verrebbe assicurato (ovvero che sarebbe assicurato solo) dalla giurisdizione; e, da altro lato, di aspettarsi (ovvero di ritenere necessario, in termini di effettività dei controlli, e, quindi, in sostanza, in termini di maggiore adesività da parte degli enti controllati ai rilievi della Corte dei conti) un *quid pluris* che verrebbe solo dalla giurisdizionalizzazione dei controlli stessi. La qual cosa contraddice (ovvero neutralizza) la negazione (come detto, meramente assertiva) della potenziale ingerenza della Corte dei conti rispetto alle autonome valutazioni dell'assemblea legislativa (in sede di approvazione del rendiconto generale). Deve pur essere rilevato che la pervasiva giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti costituisce un precipitato (eccessivamente) estensivo della ragione che aveva dato origine alla elaborazione della giurisprudenza contabile in ordine alla impugnabilità della deliberazione di parificazione: ragione che si rinviene nella esigenza di tenere la giurisdizione contabile al riparto di intromissioni della giurisdizione amministrativa: intromissioni che, tuttavia, rimangono pacificamente escluse dalla nitidezza del dato costituzionale di cui all'art. 103, comma secondo, Cost., il quale, come noto, attribuisce alla Corte dei conti la «giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica».

⁸⁰ In verità, si deve proprio a Corte cost. n. 29/1995 l'impulso (ovvero la stabilizzazione della tendenza del legislatore) alla evoluzione del sistema di controlli amministrativi verso una forma di controllo che abbia ad oggetto «l'attività amministrativa considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento, e che debba essere eseguito, non già in rapporto a parametri di stretta legalità, ma in riferimento ai risultati effettivamente raggiunti collegati agli obiettivi programmati nelle leggi o nel bilancio, tenuto conto delle procedure e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento». La Corte ultima citata osserva, tra l'altro, che «il fine ultimo dell'introduzione, in forma generalizzata, del controllo sulla gestione è quello di favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati»; e che «l'imputazione alla Corte dei conti del controllo sulla gestione esercitabile anche nei confronti delle amministrazioni regionali non può

quale implicazione necessaria, la profonda evoluzione del sistema di pubblica amministrazione (che si è sviluppata pervasivamente lungo tutto il corso degli scorsi anni Novanta) e la rinnovata declinazione del principio costituzionale di buon andamento quale postulato di “copertura” (costituzionale) dei nuovi controlli gestionali volti a dare effettività ai criteri di efficienza, di efficacia e di economicità quali parametri generali non solo della gestione finanziaria ma della stessa attività amministrativa (ai sensi dell’art. 1, comma primo, legge 7 agosto 1990, n 241): criteri che, ora (in considerazione della prevalente ricostruzione giurisprudenziale), rimangono ristretti in posizione di cedevolezza. In tale prospettiva, la estesa giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti costituisce un indice rivelatore della (in verità, finisce per estremizzare la) (contro) riforma del sistema dei controlli, quale inevitabile precipitato del massimalismo finanziario conseguito alla (altrettanto) estesa prevalenza (asimmetrica) dei principi della Costituzione finanziaria: peraltro, la materialità dei cambiamenti (del ribaltamento diametrale del sistema), a causa della (altrettanto) inevitabile disorganicità dell’ordinamento di risulta, espone ad indebolimento (non solo il funzionamento del sistema complessivo, ma) le stesse istituzioni (non solo quelle politiche, legislative e di governo, ma anche quelle di amministrazione e di controllo). Si tratta di profili che rimangono trascurati - ovvero non sufficientemente considerati ovvero (considerati e) ritenuti recessivi - nella elaborazione della Corte.

6. Alcune osservazioni conclusive

Sono stati osservati gli elementi che, in relazione ai profili di interesse, espongono a criticità le statuizioni di Corte cost. n. 184/2022. In conclusione, si rendono necessarie alcune osservazioni, che riguardano la specifica questione pervenuta allo scrutinio della Corte (il conflitto di attribuzione prospettato dalla Regione siciliana) ed alcuni aspetti di carattere generale.

6.1 Sul conflitto di attribuzione

Con riguardo alla questione specifica, sono state esposti gli elementi che inducono a considerare preferibile (ovvero maggiormente coerente con un quadro armonico dei valori costituzionali che vengono in rilievo) ritenere non impugnabile in via giurisdizionale la deliberazione di parificazione del rendiconto generale della

essere considerata come l’attribuzione di un potere statale che si contrappone alle autonomie delle regioni, ma come la previsione di un compito essenzialmente collaborativo posto al servizio di esigenze pubbliche costituzionalmente tutelate, e precisamente volto a garantire che ogni settore della pubblica amministrazione risponda effettivamente al modello ideale tracciato dall’art. 97 della Costituzione, quello di un apparato pubblico realmente operante sulla base dei principi di legalità, imparzialità ed efficienza».

regione. In tale impostazione, rimarrebbe configurato, nel caso pervenuto alla scrutinio della Corte, il conflitto di attribuzione tra enti, il quale (quindi, preesiste alla sopravvenienza della legge di approvazione del rendiconto regionale, e) si manifesta materialmente nella circostanza che l'autorità giudiziaria (e, segnatamente, le sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione) esercita(no) un potere giurisdizionale non rinvenibile nell'ordinamento sulla deliberazione di parificazione del rendiconto generale regionale, con inevitabile impatto sull'autonomia della regione (la quale, infatti, è ritenuta parte necessaria nel giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e, c.g.c.), che, nel caso specifico, si esplica nell'esame e approvazione legislativa del rendiconto stesso (parificato): prerogative suscettibili di essere incise dall'esercizio di quel potere giurisdizionale (non esistente) anche in relazione al contributo dell'organo di controllo, (previsto dall'ordinamento) con finalità ausiliaria rispetto proprio alle suddette prerogative dell'assemblea legislativa⁸¹.

Potenzialità di incisione che, paradossalmente, tanto più rimane configurabile nella nuova ricostruzione (proposta dalla giurisprudenza contabile: Corte conti, sez. riun. giur. spec. comp. n. 20/2021, cit.) del giudizio *ex art. 11*, comma sesto, lett. e), c.g.c. quale giudizio di accertamento: la qual cosa implica che oggetto del suddetto procedimento giurisdizionale è proprio la (legittimità finanziaria e contabile della) gestione finanziaria dell'ente le cui risultanze sono riportate

⁸¹ La diversa opzione secondo cui sarebbe (al più) configurabile un conflitto interorganico ovvero intersoggettivo – tra organo giurisdizionale e organo di controllo (della Corte dei conti) – meno convincente anche in considerazione del carattere accessivo della deliberazione di parificazione al rendiconto (oltre che del sostenuto, dalla giurisprudenza, carattere bifasico del procedimento di parificazione), renderebbe il ricorso per conflitto di attribuzione (promosso dalla regione) inammissibile per difetto di diretta (e concreta, sotto tale profilo) lesività dell'atto giurisdizionale. In tal caso, la dubbia costituzionalità della impugnabilità in via giurisdizionale della deliberazione di parificazione potrebbe essere fatta valere dalla regione nell'eventuale giudizio promosso dinanzi alla Corte costituzionale, dal Presidente del Consiglio dei ministri ovvero dalla Corte dei conti, per conseguire il recepimento da parte della regione stessa (nei successivi atti legislativi di decisione finanziaria) dei rilievi della Corte dei conti (nella duplice veste eventuale) formulati nella deliberazione di parificazione a garanzia dei principi della Costituzione finanziaria, e rimasti disattesi dall'ente. Dubbia costituzionalità che riguarderebbe l'art. 11, comma sesto, lett. e), c.g.c., nella parte in cui non ha escluso la deliberazione di parificazione (del rendiconto generale della regione), in relazione all'art. 100, comma secondo, Cost. e all'art. 66 d.lgs. n. 118/2011 (questo sì, parametro interposto di legittimità costituzionale – in relazione alla armonizzazione dei bilanci pubblici - trattandosi di principio di carattere generale del sistema contabile, peraltro riconducibile al principio di cui all'art. 81, comma quarto, ben estensibile per il carattere di generalità - e in mancanza di indicazioni contrarie in Costituzione - alle regioni, e, in verità, nella sostanza, anche agli enti locali).

analiticamente nel rendiconto e sono compendiate in termini finali in singoli articoli della legge di approvazione del rendiconto regionale; e nella (vista) nuova ricostruzione (sempre di fonte giurisprudenziale) della parificazione quale esito conclusivo di un unico procedimento bifasico.

Infatti, proprio la diversa ipotesi (in considerazione delle sue conseguenze), in cui rimanga affermata l'impugnabilità in via giurisdizionale della deliberazione di parificazione adottata dalla sezione regionale di controllo in relazione al rendiconto generale della regione (ipotesi, come visto, ritenuta preferibile dalla Corte, e dalla giurisprudenza contabile), costituisce, in verità, un riscontro obiettivo alla (prospettata) non giustiziabilità della parificazione. Rilevato che la stessa Regione siciliana non sottopone a critica l'opzione che ammette la suddetta impugnativa (ovvero si limita a prendere atto della stabilità, sul punto specifico, della posizione giurisprudenziale nel senso esaminato)⁸², e prospetta il conflitto in relazione alla sopravvenienza, nel corso del giudizio, della legge regionale di approvazione del rendiconto (una circostanza che, secondo la regione, avrebbe determinato il venir meno della giurisdizione della Corte dei conti, senza, tuttavia, che la Corte stessa ne abbia preso atto): la qual cosa implica che la stessa regione riconosce – ovvero non pone in dubbio - l'esistenza del potere giurisdizionale della Corte dei conti (nella speciale composizione di cui all'art. 11, comma sesto, c.g.c.) sull'atto parificativo (rilevando, tuttavia, come detto, che siffatto potere giurisdizionale sarebbe rimasto precluso ovvero caducato in seguito all'approvazione legislativa del rendiconto⁸³).

Ciò rilevato, si rende necessario osservare che, obiettivamente, ove sia (ritenuta) sussistente la giurisdizione (ovvero la potestà giurisdizionale) su una certa questione, il giudice conserva il potere decisionale (in relazione a quella certa questione) anche a fronte di elementi sopravvenuti di fonte legislativa (quali quelli che hanno riguardato la vicenda in esame), i quali rimangono sottoposti alla sua valutazione: nel senso che è il giudice stesso a decidere quale sia l'incidenza di quegli elementi sul giudizio pendente⁸⁴; e nella fattispecie in esame, il giudice

⁸² La qual cosa, tuttavia, è molto problematicamente compatibile con la natura ausiliaria del procedimento e della deliberazione di parificazione, pure affermata dalla regione nel ricorso per conflitto.

⁸³ Si tratta, tuttavia, di una ipotesi che, oltre a non trovare riscontro nel dato positivo, rimane esclusa in quanto espone al rischio che il potere legislativo possa in qualche moto neutralizzare l'esercizio del potere giurisdizionale.

⁸⁴ Alla stessa conclusione (in sostanza) perviene la Corte in esame, seguendo, tuttavia, un percorso argomentativo parzialmente (ovvero apparentemente) diverso: rilevando che «la configurazione della decisione di parifica» (come ricostruita dalla Corte) «induce a escludere che l'adozione della legge regionale di approvazione del rendiconto da parte dell'assemblea regionale possa costituire ostacolo all'emanazione della decisione con cui si accerta, a seguito dell'impugnativa, la legittimità/regolarità di quei fatti»; e rilevando,

(ovvero le sezioni riunite giurisdizionali in speciale composizione) ha(nno) ritenuto (con la sentenza, n. 20/2021, che ha dato luogo al successivo conflitto di attribuzione) che quegli elementi fossero insuscettibili di scalfire la giurisdizione ritenuta radicata nella richiamata disposizione codicistica (e, comunque, non fossero preclusivi della decisione nel merito del ricorso impugnativo), proponendo, peraltro (come visto), una ricostruzione costituzionalmente orientata del sistema positivo (in ordine alla impugnabilità della deliberazione di parificazione; in ordine alla insussistenza di vulnerazione delle attribuzioni dell'assemblea legislativa regionale e, più in generale, dell'autonomia della regione stessa; finanche in ordine al carattere bifasico – e misto: di controllo e giurisdizionale – del procedimento di parificazione)⁸⁵. (Una ricostruzione, peraltro, ampiamente condivisa da Corte cost. n. 184/2022).

altresì (come visto *sub* nota 70) che il «controllo di legittimità/regolarità» sul rendiconto, «riservato al giudice contabile quale organo di garanzia della legalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche non può arrestarsi per il sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto generale, proprio in quanto strumentale ad assicurare il rispetto dei precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio».

⁸⁵ In verità, sembra di poter rilevare anche un profilo di inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione nella circostanza che, nel caso specifico, deve ritenersi esperibile (dalla parte che, invece, ritenga sussistente il difetto di giurisdizione) l'impugnazione per motivi di giurisdizione dinanzi alla corte regolatrice ai sensi dell'art. 111, ult. comma, Cost. e dell'art. 207 c.g.c. (ove, come era inevitabile che fosse, si fa espresso richiamo anche alle sentenze pronunciate in unico grado). In proposito, è la stessa giurisprudenza costituzionale a ritenere stabilmente che la fattispecie di «"eccesso di potere giudiziario", denunciabile 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)» (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6). Ora, se è vero che, nel caso in esame, la regione ha rilevato il «tono costituzionale» del conflitto nella prospettata invasione delle prerogative legislative; è altrettanto vero che anche l'ipotesi indicata dalla Corte ultima citata implica l'invasione di sfere di competenze ovvero di attribuzioni costituzionalmente riservate ovvero protette. D'altra parte, la difficoltosa definizione (ovvero individuazione) degli esatti confini tra conflitto di attribuzione (per profili attinenti alla giurisdizione) e il difetto assoluto di giurisdizione suscettibile di essere fatto valere dinanzi alla Corte di cassazione è questione rilevata in dottrina fin da epoca risalente: in proposito, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, CEDAM, Padova, 1974, 185, dopo aver rilevato l'estrema fluidità e incertezza della materia, rammenta il disposto di cui al secondo comma dell'art. 37 legge 11 marzo 1953, n. 87, ove si tengono «ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione»; e mostra di ritenere preferibile la soluzione secondo cui, «dopo che sulla questione di giurisdizione sia

Si tratta di un dato – quello della (esistenza e della) permanenza del potere giurisdizionale (sulla parificazione del rendiconto regionale) ovvero della sua sopravvivenza all’approvazione legislativa del rendiconto – che da solo sarebbe stato sufficiente ad indurre nel senso di escludere la sussistenza del conflitto di attribuzione denunciato (senza necessità di indagare sulla caducità del potere giurisdizionale sulla deliberazione di parificazione della regione). La Corte, invece, come visto, ha ritenuto di escludere, nel caso specifico, anche la sussistenza di (possibili) intrusioni dell’autorità giudiziaria (la Corte dei conti nella speciale composizione giurisdizionale) nelle attribuzioni legislative della regione (sia pure con argomenti non convincenti, nei sensi esposti, e con formule assertive).

Ora, come si accennava, proprio l’acquisizione, nell’ipotesi ricostruttiva di fonte giurisprudenziale (come detto, impugnabilità in via giurisdizionale della deliberazione di parificazione), del dato relativo alla persistente titolarità del potere giurisdizionale (e la relativa insussistenza del conflitto di attribuzione) implica che l’autorità giudiziaria, nell’esercizio del potere giurisdizionale, riesce (ovvero è autorizzata) ad interferire rispetto alle (ovvero ad incidere le) attribuzioni legislative della regione (le quali, peraltro, costituiscono una delle massime espressioni dell’autonomia delle regioni stesse) nei sensi rilevati *sub* 4⁸⁶. Quindi, si

intervenuta la pronuncia delle sezioni unite, questa sarà suscettibile a sua volta di dar luogo ad un conflitto, nel senso di cui all’art. 134 Cost.».

⁸⁶ Sono stati evidenziati gli elementi che rendono poco convincente la ricostruzione giurisprudenziale secondo cui il controllo giurisdizionale sulla deliberazione di parificazione de rendiconto regionale «non può in alcun modo incidere sulla potestà legislativa che la Costituzione e gli statuti speciali, nel caso delle Regioni ad autonomia speciale come la Regione Siciliana, attribuiscono alle assemblee regionali»; e secondo cui «non si determina alcuna sovrapposizione tra l’esito del giudizio delle Sezioni riunite in speciale composizione, inerente alla legittimità/correttezza degli specifici dati contabili, e la legge regionale di approvazione del rendiconto generale, da intendersi quale adempimento essenziale in relazione alla responsabilità nei confronti degli elettori e degli altri portatori di interessi». Si è già rilevato, in proposito, come gli accertamenti del giudice contabile (nella speciale composizione di cui all’art. 11, comma sesto, c.g.c.) riguardino (ovvero finiscono con il riguardare, con la sopravvenienza dell’approvazione legislativa del rendiconto regionale) dati e grandezze finanziari che formano oggetto di specifiche disposizioni della legge di approvazione del rendiconto generale della regione. Può essere utile rilevare che, in entrambi i casi, si tratta proposizioni di carattere assiomatico, che si limitano ad affermare la conclusione, dalle quali, quindi, non riesce a venire un contributo ricostruttivo della tesi (della conclusione) prospettata. Né alcun ausilio ricostruttivo (ovvero esplicativo) si può rinvenire nel (richiamo del) principio secondo cui le regioni «esercitano la propria competenza legislativa «in piena autonomia politica, senza che organi a ess[e] estranei possano né vincolarla né incidere sull’efficacia degli atti che ne sono espressione (salvo, beninteso, il sindacato di costituzionalità delle leggi regionali spettante alla Corte costituzionale)»: che è proprio il principio che la Regione siciliana ritiene esposto

verifica che una soluzione corretta - insussistenza del conflitto di attribuzione, nella fattispecie data (dalla Corte: impugnabilità della deliberazione di parificazione) - determina ovvero conduce a (ovvero ammette la) collisione (di) due valori costituzionalmente protetti: da una parte, l'esercizio del potere giurisdizionale previsto ovvero riconosciuto ovvero attribuito dall'ordinamento, non suscettibile di compromissione ovvero di compressione; dall'altra parte, l'esercizio delle attribuzioni degli enti autonomi (da tenere al riparo rispetto ai rischi di intrusioni ovvero interferenze). E, tuttavia, nell'ambito della rilevata collisione, nella ricostruzione (anche della giurisprudenza costituzionale, oltre che) della giurisprudenza contabile (che si riconosce il potere giurisdizionale), uno dei due valori (il primo) prevale sull'altro, in ragione della sua funzionalità (nel caso specifico) alla effettività e alla garanzia (di osservanza) del «diritto del bilancio», dei «principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica», della «legalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche», dei «precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio» (sono alcune delle espressioni utilizzate da Corte cost. n. 184/2022, e, in generale dalla giurisprudenza costituzionale, al fine di spiegare la estesa, pervasiva, giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti quale strumento necessario al fine di assicurare l'effettività dei principi della Costituzione finanziaria)⁸⁷. In un lavoro di graduazione ovvero di composizione dei valori costituzionali - che, volta per volta, vengono in rilievo - che è sottratto all'autorità giudiziaria (ordinaria e speciale, e, quindi anche alla Corte dei conti)⁸⁸ ed è riservato alla Corte costituzionale.

a compromissione dalla sentenza n. 20/2021 della Corte dei conti (nella speciale composizione giurisdizionale).

⁸⁷ Si tratta di un dato che rimane esplicitato nelle statuizioni della giurisprudenza costituzionale, laddove si rileva che «l'equilibrio dei conti è un presupposto della sana gestione finanziaria, del buon andamento e della corretta e ponderata programmazione delle politiche pubbliche (artt. 81 e 97 Cost.)»: Corte cost. 28 gennaio 2020, n. 4. E, quindi, (nella ricostruzione giurisprudenziale riassunta nel riportato passaggio motivativo) proprio la posizione di prevalenza ovvero la preferenza riconosciuta al postulato di «equilibrio dei conti» rende inevitabile la giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti. In verità, appare preferibile una concezione circolare degli elementi richiamati dalla Corte, i quali concorrono a dare effettività ai principi della Costituzione finanziaria: può essere osservato, infatti, che senza «sana gestione» non vi potrà essere «equilibrio dei conti», che solo una corretta programmazione delle politiche di spesa e un corretto funzionamento degli strumenti di decisione finanziaria possono assicurare un buon grado di osservanza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione; il quale ultimo, a sua volta, è presupposto ineludibile per la «sana gestione finanziaria» e per «l'equilibrio dei conti».

⁸⁸ La quale autorità giudiziaria esercita, comunque, un controllo di costituzionalità consistente nella valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza di eventuali dubbi di legittimità costituzionale insorti nel corso del giudizio sottoposto alla sua

Proprio il rilevato precipitato induce a ritenere preferibile l'opzione ricostruttiva della non impugnabilità in via giurisdizionale della deliberazione di parificazione, che lo esclude in radice (pur rimanendo in piena sicurezza la rilevazione, proprio in sede parificativa e sostanzialmente in ogni sede di controllo legalistico della Corte dei conti, di incidenti di costituzionalità).

Rimane ferma la possibilità della regione (controllata) – che ritenga di non condividere i rilievi formulati e le risultanze accertate dalla Corte dei conti (nella deliberazione di parificazione e nella successiva sentenza delle sezioni riunite giurisdizionali, a conclusione del procedimento di parificazione bifasico) - di non dare seguito ai rilievi e agli accertamenti della Corte dei conti (come ammesso dalla stessa giurisprudenza costituzionale), spiegandone le ragioni nei documenti illustrativi dei successivi atti di decisione finanziaria, nella consapevolezza di andare incontro alla possibile rilevazione di un incidente di costituzionalità che potrà essere sollevato (come visto) dal Presidente del Consiglio dei ministri o dalla Corte dei conti e che sarà deciso dalla Corte costituzionale, la quale, tuttavia, (sulla base della ricostruzione giurisprudenziale, che, come visto, ammette l'impugnabilità della deliberazione di parificazione) si troverà di fronte una sentenza (e, quindi, un giudicato) di un organo giurisdizionale⁸⁹ (la qual cosa, come anche rilevato, non rimane del tutto irrilevante, anche ai fini delle valutazioni della Corte).

6.2 La Corte e la Costituzione finanziaria: tra centralismo finanziario e contabile e asimmetrie giustiziali. E un'esigenza ineludibile

In ordine ai profili di carattere generale, sono diversi (ovvero almeno tre) gli aspetti sui quali Corte cost. n. 184/2022 richiama l'attenzione dell'osservatore.

6.2.1. Un primo aspetto attiene alla rilevazione di come le valutazioni della Corte continuino a gravitare su posizioni di centralismo finanziario e contabile⁹⁰, quale

cognizione ovvero anche nella ricostruzione costituzionalmente orientata del dato positivo (nel quale secondo caso, ove i dubbi riguardino profili di giurisdizione – come nella fattispecie in esame - la parte interessata, come visto, è legittimata a proporre ricorso alla corte regolatrice ai sensi dell'art. 111, ult. comma, Cost e 207 c.g.c.).

⁸⁹ È (come visto) una delle ragioni che induce a ritenere preferibile la soluzione della non impugnabilità della deliberazione di parificazione.

⁹⁰ Una impostazione che, beninteso, non scalfisce la rilevanza della elaborazione della giurisprudenza costituzionale successiva alla introduzione (in Costituzione) dei principi positivizzati da legge cost. n. 1/2012, la quale ha assegnato ai principi e agli strumenti di governo (di decisione) della finanza pubblica la necessaria rilevanza nel sistema costituzionale: rilevanza (rimasta lungamente trascurata) che si è estesa fino a considerare, con una certa enfasi, la legge di bilancio quale «bene pubblico» e la legge di approvazione

rimedio inevitabile rispetto alle congiunture recessive, quale strumento necessario di governo dei principi della Costituzione finanziaria (la loro giustiziabilità è compito della Corte, e, in qualche modo, anche della giustizia contabile, con sacrificio della funzione ausiliaria). Di nuovo (rispetto alle stabili elaborazioni della giurisprudenza costituzionale), si percepisce nitidamente il rischio di precipitare nel massimalismo finanziario e contabile (ovvero si rileva quanto sia minimo – e, quindi, difficile da tenere sotto controllo – lo scarto tra le une e le altre posizioni), con predicazione del primato (asimmetrico) dei principi costituzionali di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico (e, più in generale, di equilibrio e di stabilità della finanza pubblica)⁹¹ e recessione comparativa (rigida e sistematica)

del rendiconto quale strumento essenziale di completamento del circuito democratico. Rilevanza che, tuttavia, rimane trascurata quando riguarda le autonomie territoriali: un dato che trova riscontro anche in Corte cost. n. 184/2022, la quale, pur evocando la natura di «bene pubblico» del bilancio, ne offre una definizione limitativa quale «strumento funzionale a sintetizzare e certificare le scelte dell'ente territoriale sulla gestione delle risorse della collettività e a svelarne la rispondenza ai principi costituzionali». Il bilancio - che a livello statale costituisce il momento apicale di definizione delle politiche economiche e finanziarie - negli enti locali viene ridotto a mero strumento di certificazione, unicamente funzionale al controllo. E anche il rendiconto viene evocato quale «presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo, in quanto assicura ai membri della collettività la cognizione delle modalità di impiego delle risorse e dei risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale». Anche in questo caso, rimane trascurata la valenza politica della legge di approvazione del rendiconto che costituisce il momento apicale di esercizio del controllo politico dell'organo rappresentativo sulle scelte gestionali compiute dall'organo di governo esecutivo. Come, peraltro, rilevato dalla stessa Corte in esame, quando ha tenuto distinto il controllo svolto dalla Corte dei conti (sul rendiconto) e il controllo (politico) assicurato dall'organo legislativo.

⁹¹ Nell'accezione (apparentemente) meno invasiva, il principio di equilibrio di bilancio è concepito (dalla Corte) quale strumento di proporzione ovvero di misura (e, quindi, di regolazione) dei diversi valori costituzionali: la destinazione di risorse finanziarie in misura (considerata) eccessiva a tutela di una certa esigenza è ritenuta compromissiva della (ovvero sottrae risorse alla) tutela di altre esigenze di rilevanza costituzionale. Senonché (proprio) la determinazione della misura attiene ad una valutazione prettamente politica ovvero ad una scelta dell'organo di governo, il quale è chiamato a rispondere politicamente (delle proprie valutazioni, delle proprie scelte, delle proprie decisioni). Significa che la valutazione della giurisprudenza costituzionale si emancipa dal (ovvero trascura il) dato finanziario e contabile cristallizzato nella decisione di bilancio (che fa stato della sussistenza dell'equilibrio tra le entrate e le spese) e si rivolge al merito finanziario (e politico).

Il rilevato primato della Costituzione finanziaria, tuttavia, si rivela asimmetrico, ed assume connotazioni massimalistiche, in quanto, come rilevato, la giustiziabilità dei suddetti principi rimane essenzialmente circoscritta alle autonomie territoriali: e, così, ad esempio, (in alcuni casi) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di singole previsioni di spesa riportati nel (in specifiche unità previsionali di base del) bilancio

di altri valori (pure) cardinali del sistema costituzionale (quale, in particolare, quello autonomistico⁹²); con rinuncia alla (ovvero regressione della) teologia compositiva (allo sforzo di ricerca della migliore misura armonizzativa tra i diversi interessi costituzionali coinvolti), che costituisce il portato funzionale della Corte costituzionale, tanto più essenziale in una (perdurante) congiuntura caratterizzata da precipitazioni e radicalismi. Una impostazione che, pur riuscendo ad assicurare obiettivamente un buon grado di controllo dei conti delle regioni e degli enti locali, non riesce ad essere risolutiva in termini di garanzia degli equilibri finanziari complessivi e neppure in termini di stabilità dalla finanza pubblica e di sostenibilità

approvato dalla regione, perché contenenti previsioni di spesa (trasferimenti della regione in favore di enti territoriali) ritenute insufficienti rispetto alle esigenze (vedi, *ex multis*, Corte cost. 24 luglio 2015, n. 188); mentre (in altri casi) ha ritenuto (costituzionalmente) legittime (norme dispositive di) riduzioni di trasferimenti finanziari (di fonte statale) in favore delle autonomie territoriali (e, quindi, riduzioni delle risorse disponibili), ritenute di entità ragionevole: e ciò avviene in mancanza di disposizioni legislative in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, e, quindi, la valutazione della Corte si sostituisce a quella dell'organo di governo: vedi, da ultimo, Corte cost. 26 novembre 2021, n. 22, la quale rileva che «le riduzioni oggetto d'impugnazione non sono tali da incidere significativamente sul livello dei servizi fondamentali, pur in assenza della definizione dei Livelli essenziali delle prestazioni (LEP)» e che, comunque, «il ricorrente non fornisce prova che la riduzione in questione abbia impattato significativamente sulle finanze locali, soprattutto in relazione all'ammontare complessivo del fondo ristorativo (pari a 3.767,45 milioni di euro) e alla mancata ricostruzione del complessivo sistema di trasferimenti in favore degli enti locali»; aggiungendo di «valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché «il nucleo invalicabile di garanzie minime» per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020)».

⁹² Il carattere stabilmente recessivo del principio autonomistico risulta difficilmente componibile non solo rispetto alla sua annoverazione tra i principi fondamentali della Costituzione, ove (come noto) si postula (oltre al riconoscimento) la promozione delle autonomie locali (art. 5 Cost.); non solo rispetto al pluralismo istituzionale paritario di cui all'art. 114 Cost. (il quale, pur riguardando il profilo ontologico e non implicando certo una equiparazione funzionale, costituisce un obiettivo rinforzo del sistema costituzionale delle autonomie, già solo per questo ancor meno suscettibile di compromissione); ma anche rispetto al principio di organizzazione funzionale di cui all'art. 118 Cost., ove (come noto) si collocano, sia pure tendenzialmente, le funzioni amministrative a livello comunale (con ribaltamento diametrico del precedente assetto e con superamento del decentramento), evidentemente in funzione del principio di buon andamento di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. (la collocazione a livello comunale delle funzioni amministrative è ritenuta dall'ordinamento più rispondente ai criteri di efficienza, di efficacia e di economicità: la prossimità del livello istituzionale riesce ad assicurare maggiore e più affidabile percezione delle esigenze e appropriatezza delle risposte).

del debito pubblico, i quali continuano a presentare profili (noti) di forte problematicità ed a rimanere esposti a possibile (grave) compromissione dalle manovre di bilancio dello Stato⁹³. Tanto più se si considera che l'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali trova limitazioni stringenti di fonte costituzionale (art. 119, commi primo e sesto, Cost.; art. 5, comma secondo, lett. c, legge cost. n. 1/2012); e ne ha trovata delle altre nella successiva legislazione attuativa dei nuovi principi costituzionali, e, in particolare, nelle disposizioni di cui agli artt. 9 ss. legge 24 dicembre 2012, n. 243 (queste sì parametro interposti di legittimità costituzionale), le quali hanno dato una declinazione ulteriormente limitativa (e, in verità, regressiva) dei richiamati postulati costituzionali⁹⁴.

⁹³ Il debito pubblico dell'Italia, come noto, continua a rimanere elevatissimo ed a crescere (sia pure con minore intensità rispetto al passato: quale conseguenza imposta dai vincoli di fonte europea e dai principi costituzionali), sia in termini assoluti sia in rapporto al PIL; così come continua ad aumentare la spesa pubblica (anche in questo caso, in misura più contenuta rispetto al passato). E ciò, nonostante la contrazione del debito e della spesa riconducibili alle amministrazioni locali e regionali, (per la ragione) che costituiscono una parte minima del debito e della spesa complessivi.

⁹⁴ All'art. 9, comma quinto, legge n. 243/2012 si stabilisce che («nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente legge, al fine di assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea») la legge dello Stato, sulla base di criteri analoghi a quelli previsti per le amministrazioni statali e tenendo conto di parametri di virtuosità, può prevedere ulteriori obblighi a carico» delle regioni e degli enti locali «in materia di concorso al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica del complesso delle amministrazioni pubbliche». Al successivo art. 12, comma secondo, è stabilito che («fermo restando quanto previsto all'art. 9, comma quinto») le regioni e gli enti locali, «tenuto conto dell'andamento del ciclo economico, concorrono alla riduzione del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche attraverso versamenti al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato secondo modalità definite con legge dello Stato». Si tratta di disposizioni che rendono possibile allo Stato di interferire (in senso compressivo) rispetto all'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali prevista in Costituzione. Sul punto, A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in *le Regioni*, 1-2/2014, 76, dopo aver rilevato che la riforma del titolo V (della parte seconda) della Costituzione, per la parte riguardante l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, è rimasta sostanzialmente disapplicata, con la giustificazione della «necessità di fronteggiare situazioni emergenziali che in realtà hanno costituito (e sono destinate a costituire) la normalità», ha osservato che «una riforma quale quella della l. cost. 2012 n. 1 avrebbe richiesto la completa riscrittura dell'art. 119» e che «non basta disciplinare la finanza delle autonomie per garantirla dallo Stato». Sui diversi profili di problematicità della attuazione dell'art. 119 Cost., vedi ampiamente M. BENVENUTI, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *Riv. Gruppo Pisa*, 1/2021.

L'impatto asimmetrico (rispetto ai diversi livelli istituzionali) delle statuizioni della giurisprudenza costituzionale in funzione della effettività dei principi della Costituzione finanziaria – ed è il secondo aspetto generale di osservazione - rimane confermato anche in Corte cost. n. 184/2022, la quale si inserisce nella lunga serie di (innumerevoli) sentenze della Corte dichiarative della illegittimità costituzionale delle leggi regionali approvative del bilancio (e anche di quelle approvative del rendiconto): in relazione al principio di equilibrio di bilancio e, più in generale, al principio di stabilità della finanza pubblica (il quale implica, oltre all'equilibrio finanziario, la sostenibilità del debito pubblico); in relazione a qualsivoglia scostamento rispetto alle prescrizioni (in molta parte, ultra)regolamentari di cui al d.lgs. n. 118/2011 (il quale, come noto, provvede anche alla modellistica dei documenti di bilancio e contabili degli enti territoriali), ritenuto parametro interposto di legittimità costituzionale. Mentre rimangono (numericamente) del tutto impercettibili le sentenze della Corte che rilevino l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge di bilancio dello Stato (e nelle rare volte in cui ciò accade, si tratta di disposizioni che riguardano la finanza degli enti territoriali, ritenute eccessivamente "permissive"⁹⁵). Si tratta di una conseguenza inevitabile ovvero automatica della rilevata posizione di centralismo finanziario e contabile che ha caratterizzato l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale in relazione ai nuovi principi della Costituzione finanziaria. Si tratta di un elemento che ha precipitato gli enti territoriali, la cui valorizzazione autonomistica riesce a trovare radice tra i principi fondamentali della Costituzione (art. 5 Cost.), in una situazione

⁹⁵ Ad esempio, le sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che permettevano agli enti territoriali di "spalmare" nel tempo il debito (molte volte) accumulato negli scorsi decenni (e, quindi, non certo riconducibile alle scelte finanziarie dell'ultimo ovvero degli ultimi organi di governo), in quanto violativi del principio (di creazione giurisprudenziale di equità intergenerazionale, anche in questo caso applicato asimmetricamente). Vedi, tra le altre, Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, ove si ribadisce «la problematicità di soluzioni normative, mutevoli e variegate [come quelle precedentemente descritte], le quali prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale» (vedi anche Corte cost. 12 maggio 2016, n. 107 e Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 6), e si rileva, tra l'altro: che «la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale»; e che, «di fronte all'impossibilità di risanare strutturalmente l'ente in disavanzo, la procedura del predissesto non può essere procrastinata in modo irragionevole, dovendosi necessariamente porre una cesura con il passato così da consentire ai nuovi amministratori di svolgere il loro mandato senza gravose "eredità"».

di commissariamento permanente, di cui la estensione della giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti costituisce solo l'ultimo approdo⁹⁶.

L'asimmetria che si rileva nel caso in esame attiene alla facile rilevazione che mentre con riferimento alle regioni (e anche alle regioni dotate di speciale autonomia) si ritiene necessario che il rendiconto generale rimanga sottoposto a controllo giurisdizionale (mediante l'impugnabilità della deliberazione di parificazione) in funzione delle rilevate esigenze di effettività dei richiamati principi della Costituzione finanziaria; le stesse esigenze, tuttavia, non hanno condotto l'ordinamento a ravvisare la necessità di rendere giustiziabile anche il rendiconto generale dello Stato.

6.2.2. Fermo restando la stabilità della posizione della giurisprudenza costituzionale (rispetto alla quale sono stati rilevati profili problematici), c'è un (altro) dato (di carattere generale) che la vicenda esaminata porta in evidenza, ed attiene alla necessità di una revisione sistematica (ovvero un ripensamento) delle funzioni della Corte dei conti e, più in generale, del sistema dei controlli. È necessario che il legislatore compia una scelta definitiva e trasparente (nel senso di rendere chiara quale sia la prospettiva perseguita) sulle funzioni che la Corte dei conti è chiamata a svolgere nel (profondamente) rinnovato sistema della pubblica amministrazione e della finanza pubblica. Si tratta di un compito (molto) complesso, rimasto fuori dalla portata di un legislatore assorbito dalle congiunture, dal quale sono venute indicazioni parziali, provvisorie, contraddittorie: e, così, da un lato, si manifesta concretamente una tendenza all'allentamento delle maglie della responsabilità erariale (verso il suo superamento?)⁹⁷; da altro lato (quasi un

⁹⁶ E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019, 55, rileva che «si sta affermando la convinzione secondo cui la progressiva e sempre più forte limitazione della capacità decisionale e gestionale delle amministrazioni sia il corretto antidoto per rispondere adeguatamente agli effetti della crisi economico-finanziaria dell'ultimo decennio». Sulla compatibilità del complessivo sistema dei controlli della Corte dei conti con il sistema costituzionale delle autonomie, vedi C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020.

⁹⁷ In tale prospettiva, sono paradigmatiche le disposizioni di cui all'art. 21, comma secondo, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, le quali, come noto, dispongono la sospensione (fino al 30 giugno 2023) della responsabilità erariale per condotte commissive compiute con colpa grave (la suddetta "esimente" temporanea non opera, invece, «per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente»): la quale (responsabilità erariale) rimane temporaneamente limitata (ma il termine è già stato modificato due volte), quindi, (per le condotte commissive) alla sola fattispecie di dolo. In disparte ogni altra considerazione, si tratta (per quanto qui rileva) di una disposizione che restringe l'ambito di intervento della Corte dei conti

impulso reattivo), l'ordinamento (materiale) radicalizza (come visto) la tendenza alla giurisdizionalizzazione dei controlli (con sostanziale dissolvimento della funzione ausiliaria)⁹⁸; da altro lato ancora, trovano rinforzo forme di controllo concomitante⁹⁹, che sarebbe collaborativo se non si trattasse (nel caso specifico) di un controllo esterno di tipo legalistico, suscettibile di risultare rallentativo dell'azione amministrativa (gestionale) e di determinare interferenza dell'organo di controllo (esterno) nell'amministrazione attiva¹⁰⁰. Si tratta di tendenze tra loro in (forte) contraddizione, le quali vanno necessariamente poste in combinazione al fine di disinnescare un cortocircuito che (sembra essere scarsamente percepito ovvero trascurato, e) rischia di conoscere estensione (con aggravamento delle conseguenze perniciose): la qual cosa richiede la definizione del sistema complessivo; la qual cosa (a sua volta) richiede una visione (sul sistema che si intende realizzare) che implica una scelta politica (di politica della pubblica amministrazione, e, più in generale, di politica delle istituzioni); la qual cosa non è

(nell'esercizio della funzione giurisdizionale). Per i profili di criticità della riportata disposizione legislativa, vedi L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione dell'emergenza*, in *Amm. cont. St. enti pubbl.*, 16 settembre 2020, disponibile all'indirizzo www.contabilita-pubblica.it.

⁹⁸ Tendenza giustificata, come visto, con l'esigenza di assicurare (maggiore) effettività ai principi della Costituzione finanziaria: la quale pure si espone ai profili di problematicità rilevati.

⁹⁹ All'art. 22 d.l. n. 76/2020 è stabilito che «la Corte dei conti, anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, svolge il controllo concomitante di cui all'art. 11, comma secondo, legge 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale. (Al terzo comma del citato art. 11 legge n. 15/2009 è previsto che le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono esercitare il controllo concomitante nei confronti delle gestioni pubbliche regionali o degli enti locali)». L'accertamento (nell'esercizio del suddetto controllo) di gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione sarà comunicata agli organi di governo competenti, i quali valuteranno le misure da adottare (in funzione essenzialmente della responsabilità dirigenziale).

¹⁰⁰ La quale (amministrazione attiva) è impostata ed è esercitata sulla base di criteri e modalità e persegue finalità che sono estranei all'organo di controllo (il quale "ragiona" ed opera sulla base di parametri del tutto diversi. Si tratta di un controllo che riesce ad essere in contraddizione con i controlli sulle prestazioni (e, quindi, con i controlli sui risultati, e, più in generali, con i controlli gestionali) – esposti a periodica enfaticizzazione, pur essendo stati introdotti nel 1993 (art. 20 d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) – i quali, come noto, in massima sintesi, sono volti ad assicurare l'attenzione gestionale (dell'amministrazione e degli amministratori) in relazione al conseguimento degli obiettivi e ad affermare (in concreto) l'amministrazione di risultato.

alle viste¹⁰¹. Un compito (come detto, molto) complesso, che certo non può essere lasciato al legislatore dell'emergenza (ovvero dell'urgenza, dal quale, come rilevato, possono venire – e sono venute – risposte parziali, provvisorie, scarsamente meditate) e neppure alla supplezza giurisprudenziale. L'ordinamento è chiamato ad esprimere una opzione chiara in ordine alle funzioni della Corte dei conti, la quale, sia che ritenga di rinforzarne le prerogative giurisdizionali sia che ritenga di tornare a valorizzarne la funzione ausiliaria, deve trovare positivizzazione di sistema¹⁰².

¹⁰¹ E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i pubblici poteri*, cit., 704, rileva che «una eventuale riforma presente o futura in tema di controlli sarà destinata ad un ennesimo insuccesso se non prova, innanzitutto, a stabilire e consentire il fine autentico dei controlli, rivedendo ruoli, poteri e responsabilità dei vari attori».

Deve essere rilevato che l'unica occasione in cui l'ordinamento ha concretamente preso posizione sulla questione risale ormai ad un "secolo" fa, con l'approvazione, nel 1997 (un "secolo" fa, appunto), da parte della commissione (cosiddetta) bicamerale (istituita con legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1), del progetto di legge costituzionale di riforma della parte seconda della Costituzione, che, tra l'altro, (per quanto qui rileva) prevedeva (all'art. 113) che «la Corte dei conti è organo di controllo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa» e «riferisce direttamente alle Camere e alle Assemblee regionali sul risultato del controllo eseguito nonché sulla gestione finanziaria del bilancio dello Stato e delle Regioni; ed attribuiva (art. 119) al giudice amministrativo la giurisdizione sulla responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica» (se poi si trattasse di scelte preferibili è tema che richiede separato approfondimento). Il suddetto progetto di legge costituzionale, come noto, pur approvato (come detto) in commissione bicamerale, non fu approvato dal Parlamento.

¹⁰² Quale debba essere (ovvero quale sia) la scelta preferibile è tema che richiede separato approfondimento, pur dovendosi rilevare che, nel profondamento rinnovato sistema di pubblica amministrazione, la riforma delle funzioni della Corte dei conti non possa prescindere dalla (effettiva ovvero non solo formale) valorizzazione dei controlli di risultato, dei controlli gestionali, dei controlli collaborativi.

Quale semipresidenzialismo per l'Italia? Profili critici e invito al dibattito

FRANCESCO CONTINI*

Sommario: 1. Semipresidenzialismo: lasciarsi guidare dallo spirito della Costituzione. – 2. Il perché di una riforma semipresidenziale nella visione della nuova maggioranza. – 3. La sfiducia costruttiva come correttivo ad un eccessivo parlamentarismo. Gli esempi della Germania e della Spagna. – 4. Ulteriori profili critici. – 5. Il progetto di riforma costituzionale proposto durante la precedente legislatura. – 6. L'introduzione della *saisine parlementaire* per un adeguato sistema di checks and balances. – 7. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 5 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

F. CONTINI, *Quale semipresidenzialismo per l'Italia? Profili critici e invito al dibattito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Laureando in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: : francesco.contini4@gmail.com.

1. Semipresidenzialismo: lasciarsi guidare dallo spirito della Costituzione

In occasione del suo discorso programmatico, la Presidente del Consiglio Giorgia Meloni ha nuovamente manifestato la volontà di modificare la Carta fondamentale in senso semipresidenziale. Ritenere tale proposito un attentato alla Costituzione, irrispettoso della nostra storia e pericoloso per la democrazia, non si addice a una cultura costituzionale degna di un Paese democratico. I nostri Padri Costituenti hanno previsto all'interno della Costituzione la possibilità di modifica, disciplinandola all'articolo 138, precisando, immediatamente dopo, che ciò che non può essere oggetto di revisione costituzionale è la forma repubblicana, obiettivo non presente nelle intenzioni della nuova maggioranza. Rileggendo attentamente tale disposizione emerge chiara e netta la volontà dei Costituenti: le modifiche costituzionali devono essere condivise. Se così non fosse, la parola finale spetterebbe al popolo, detentore della sovranità. Tale norma offre un prezioso consiglio metodologico: ben farebbe la nuova maggioranza ad aprire immediatamente un dialogo con le opposizioni e ben farebbero le opposizioni a superare ostilità ideologiche apportando il loro contributo. L'autentico spirito della Costituzione non è di rigidità nei confronti di ogni cambiamento, ma di incitamento al dialogo costruttivo, per far sì che in sede di revisione si possa ricreare quello stesso clima politico-culturale che portò all'approvazione della Carta consentendo di superare distinzioni fra partiti tra loro lontanissimi.

2. Il perché di una riforma semipresidenziale nella visione della nuova maggioranza

Nelle sue dichiarazioni alla Camera, la Presidente del Consiglio ha ricondotto la necessità di approvare una riforma in senso semipresidenziale all'instabilità politica dell'Italia. "Negli ultimi vent'anni l'Italia ha avuto in media un governo ogni due anni, cambiando spesso anche la maggioranza di riferimento. È la ragione per la quale i provvedimenti che garantivano sicuro e immediato consenso hanno sempre avuto la meglio sulle scelte strategiche. È la ragione per la quale le burocrazie sono spesso diventate intoccabili e impermeabili al merito. È la ragione per la quale la capacità negoziale dell'Italia nei consessi internazionali è stata debole. Ed è la ragione per la quale gli investimenti stranieri, che mal sopportano la mutevolezza dei governi, sono stati scoraggiati". Queste le sue parole.

La nostra attuale forma di governo sarebbe, in tale concezione, la causa dell'instabilità politica, delle scelte politiche elettoralmente convenienti ma non lungimiranti, della babele burocratica in cui siamo sempre più impelagati, della debolezza sul piano internazionale del nostro Paese. Sarebbe bello e rassicurante aderire pienamente a tale visione della realtà. Basterebbe la riforma della nostra forma di governo per renderci un Paese forte a livello internazionale, la cui classe

politica non pensa mai alle prossime elezioni ma sempre e solo alle prossime generazioni e, specialmente, un Paese in grado di attrarre investimenti. Tale ricostruzione si espone a critiche.

3. La sfiducia costruttiva come correttivo ad un eccessivo parlamentarismo. Gli esempi della Germania e della Spagna

Innanzitutto, non può ritenersi sempre sussistente il nesso fra forma di governo parlamentare e instabilità dei governi.

Basti considerare l'esempio tedesco. In Germania dal 1989 a oggi si sono susseguiti quattro Cancellieri (Kohl, dal 1989 al 1998; Schröder dal 1998 al 2005; Merkel dal 2005 al 2021, attualmente Scholz). In Italia dal 1989 a oggi si sono avvicendati diciotto Presidenti del Consiglio e ventidue governi.

Eppure, la Germania è una Repubblica parlamentare.

La Costituzione tedesca, a differenza di quella italiana, prevede la sfiducia costruttiva, possibile elemento razionalizzante del parlamentarismo. L'articolo 67 della Legge fondamentale di Bonn stabilisce che "Il Bundestag può esprimere la sfiducia al Cancelliere federale soltanto nel caso in cui, a maggioranza dei suoi membri, elegga un successore e chieda al Presidente federale di revocare il Cancelliere federale. Il Presidente federale è tenuto ad accogliere la richiesta e a nominare l'eletto. Tra la presentazione della mozione e l'elezione devono trascorrere quarantotto ore."

Il Parlamentarischer Rat (il Consiglio che redasse la Costituzione) introdusse tale strumento per evitare che si verificasse nuovamente la forte instabilità che aveva caratterizzato i governi dell'epoca weimariana. Si intendeva responsabilizzare le forze politiche, permettendo loro di sfiduciare il governo in carica solo qualora fossero state in grado di offrire una proposta alternativa.

Già ai tempi della Repubblica di Weimar, Heinrich Herrfahrdt e Carl Schmitt proposero un'interpretazione restrittiva dell'articolo 54 che disciplinava il voto di sfiducia. Sostennero che il governo sarebbe stato obbligato a dimettersi dopo un voto di sfiducia nei suoi confronti solo nel caso in cui le opposizioni avessero proposto un gabinetto sostitutivo. Si voleva già in quel contesto evitare che minoranze fra loro molto distanti, costituite da partiti di estrema sinistra ed estrema destra, si accordassero per determinare la caduta dell'esecutivo, senza essere minimamente in grado di offrire al Paese una prospettiva politica futura, ponendo così in essere quello che Schmitt definiva "atto di puro ostruzionismo".

Dall'approvazione della Costituzione ad oggi, la sfiducia costruttiva è stata utilizzata due volte a livello federale, nel 1972 e nel 1982. La prima volta, l'Unione cristiana democratica (CDU) e l'Unione cristiana sociale (CSU) cercarono di sfiduciare il Cancelliere socialdemocratico Willy Brandt, eleggendo al suo posto Rainer Barzel. Il tentativo fallì e portò a un rafforzamento politico della

maggioranza di Brandt che, ricorrendo ad elezioni anticipate per tradurre tale ritrovata compattezza in termini numerici, conseguì una vittoria schiacciante.

Nel caso del secondo utilizzo, invece, l'esito fu positivo. Nell'ottobre del 1982, il leader della CDU Helmut Kohl divenne Cancelliere grazie a una mozione di sfiducia costruttiva che rovesciò il governo del socialdemocratico Helmut Schmidt. L'approvazione di tale mozione fu possibile grazie all'intesa fra i cristiano democratici, principale partito di opposizione, e i liberal democratici, precedentemente parte della coalizione di governo. Poco dopo, il neo-governo decise di optare per uno scioglimento anticipato del Bundestag con conseguente ritorno alle urne, per rispondere alle accuse di tradimento della volontà degli elettori avanzate dalla SPD.

Questi due casi obbligano a riflettere su un altro istituto presente nella Costituzione tedesca, disciplinato all'articolo 68: lo scioglimento anticipato.

“Se una mozione di fiducia presentata dal Cancelliere federale non raccoglie l'approvazione della maggioranza dei membri del Bundestag, il Presidente federale può, su proposta del Cancelliere federale, entro ventuno giorni, sciogliere il Bundestag. Il potere di scioglimento viene meno qualora il Bundestag elegga, a maggioranza dei suoi membri, un altro Cancelliere federale.”

Si conferisce il potere di sciogliere il Bundestag al Cancelliere, potere che sia Brandt nel '72 che Kohl nell'82 utilizzarono, ma solo qualora non esista una diversa volontà politica dell'Assemblea parlamentare. La sfiducia costruttiva, così come la disciplina dello scioglimento anticipato, tendono a garantire la stabilità dei governi, affermando al contempo la centralità del Parlamento.

L'esperienza tedesca dimostra come parlamentarismo e instabilità non siano necessariamente sinonimi e come sia possibile, esaltando l'apporto positivo del dibattito parlamentare (e al contempo delegittimando quello meramente “distruttivo”), ottenere un maggior equilibrio del sistema.

Volgendo lo sguardo a un'altra grande democrazia europea che prevede la sfiducia costruttiva in Costituzione, la Spagna, emerge anche in tale caso una maggiore stabilità dei governi rispetto all'Italia. Dal 1989 si sono infatti succeduti soltanto cinque capi di governo. La *moción de censura* spagnola ha registrato la sua prima approvazione nel 2018 con la sfiducia dell'ex Primo Ministro Mariano Rajoy in favore del leader del Partito Socialista Pedro Sánchez.

In Spagna, però, a differenza della Germania, il potere di scioglimento delle Cortes – disciplinato dall'articolo 115 della Costituzione - è rimesso alla volontà esclusiva del Primo ministro, il quale può, in tal modo, esercitare un controllo più incisivo sulla maggioranza che lo sostiene. L'esercizio di tale potere è impedito solo qualora una mozione di censura sia già stata avviata. Ciò non esclude che, qualora tale scenario si intraveda all'orizzonte, il capo del governo possa ricorrere al potere di scioglimento, paralizzando di fatto la dialettica parlamentare. La sfiducia costruttiva serve prioritariamente, in tale contesto, a rafforzare l'esecutivo.

In Italia le tensioni in merito all'introduzione di questo istituto si ripresentano ciclicamente da decenni. Già i Padri costituenti, chiamati a decidere la forma di governo per la nascente Repubblica, optarono per il sistema parlamentare, adottando però contemporaneamente l'ordine del giorno Perassi, che, come noto, richiedeva l'introduzione di idonei "dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo".

Un deputato democristiano, Egidio Tosato, individuò tale dispositivo nell'istituto della sfiducia costruttiva, prevedendo che il primo firmatario della mozione di sfiducia si sarebbe dovuto senz'altro considerare come capo del futuro governo qualora la mozione fosse passata. Nel prosieguo dei lavori dell'Assemblea costituente, l'impulso ad individuare strumenti razionalizzatori della forma di governo divenne via via più debole e, infine, dimenticato.

Dall'approvazione della Carta fondamentale, tale bisogno è poi più volte riemerso, portando in molti a riproporre l'introduzione della sfiducia costruttiva (tra gli altri, il voto di sfiducia costruttivo era contemplato nel progetto redatto dalla "Commissione De Mita-Iotti", nel disegno di legge di revisione della seconda parte della Costituzione approvato dal Parlamento italiano nel 2005 e successivamente respinto nel referendum confermativo, in una proposta di riforma presentata nella XVI legislatura). Oggi il tema, presente nel programma elettorale di diversi partiti, torna di attualità.

L'esempio tedesco e l'esempio spagnolo sembrerebbero indicare una rotta da seguire. In entrambi i casi, la longevità dei governi è superiore a quella italiana.

Come sempre, però, semplificare induce a errare.

Le recenti vicende politiche tedesche, con frizioni all'interno della coalizione, nonché le vicende politiche spagnole fra il 2015 e il 2019 – tre elezioni nazionali nell'arco di quattro anni – rivelano che gli istituti giuridici, da soli, non possono garantire stabilità ai governi, specialmente laddove, come in Italia, il sistema partitico è fortemente in crisi.

Dimostrazione ne è il fatto che tutte le ultime crisi di governo si sono aperte e consumate al di fuori del parlamento e del ricorso alla procedura prevista dall'articolo 94 della Costituzione. In tali occasioni Camera e Senato sono stati convocati solo per ratificare crisi già consumate.

Senza un sistema di partiti adeguatamente strutturato e un sistema elettorale che garantisca la governabilità (senza però obbligare partiti eterogenei ad essere insieme in coalizione per vincere, per poi dividersi su tutto una volta al governo), ogni correttivo teso a garantire la stabilità, dal meno al più stravolgente, è destinato a fallire.

Una cosa, però, è certa. Il nesso causale fra parlamentarismo e instabilità politica non sussiste obbligatoriamente, in quanto la stabilità dei governi, pur in un sistema

parlamentare, può essere assicurata attraverso altri strumenti meno incisivi dell'assetto costituzionale.

4. Ulteriori profili critici

Il cruciale punto di debolezza nella ricostruzione della Premier è, quindi, il non prendere debitamente in considerazione la frammentarietà dello scenario politico-partitico italiano. Stante il (sacrosanto) divieto di mandato imperativo previsto dall'articolo 67 della Costituzione che, a quanto pare, non sarebbe inciso dalla riforma costituzionale immaginata dalla nuova maggioranza, l'instabilità politica potrebbe rideterminarsi anche in una Repubblica semipresidenziale. Le esperienze degli ultimi governi dimostrano come la coesione delle coalizioni presentatesi alle elezioni diminuisce con il passare del tempo, portando alcuni partiti, talvolta singoli esponenti di tali partiti, a percorrere altre strade, dando così vita a nuovi esecutivi. L'elezione diretta del Presidente della Repubblica potrebbe non cambiare le cose. Il Presidente eletto nominerebbe il Capo del Governo, il quale dovrebbe ricevere la fiducia da parte del Parlamento. Qualora anche in una sola delle due Camere la fiducia venisse meno per dissidi interni alla coalizione, il Presidente dovrebbe sciogliere le camere e indire nuove elezioni oppure nominare un nuovo capo del Governo, accettando quell'odiosa *cohabitation* che portò la Francia a modificare la sua Costituzione nel 2000, riducendo il mandato presidenziale da sette a cinque anni, proprio al fine di evitare una disomogeneità politica fra l'inquilino dell'Eliseo e quello del Matignon. In entrambi i casi la scarsa longevità dei governi non sarebbe risolta. Lo scenario politico cambia più rapidamente, specialmente quando in gioco è la sopravvivenza di qualche partito, in virtù di nuove leggi elettorali piuttosto che di profonde riforme costituzionali. Per garantire la stabilità delle maggioranze si potrebbe allora pensare all'introduzione del doppio turno o a una più alta soglia di sbarramento o ancora a un sistema più marcatamente maggioritario. Le soluzioni, tutte a Costituzione invariata, possono essere molteplici. Nessuna di esse, però, può prescindere da un approccio più profondo, che miri a riconsiderare il ruolo dei partiti nella società. Negli ultimi decenni i corpi intermedi, mediatori fra potere politico di governo e popolo, nell'ininterrotto tentativo di occupare ogni livello dell'amministrazione, hanno abdicato alla loro funzione trasformandosi essi stessi in Stato. Tanto i partiti quanto i sindacati si sono fatti intimamente distruggere da una negativa volontà di potenza che, inevitabilmente, ha finito per condurre in crisi l'intero sistema rappresentativo. E se è vero, come diceva Tocqueville, che "il progresso dipende dall'associazionismo", allora non bisogna stupirsi del regresso contenutistico e valoriale del recente dibattito pubblico. Come ha sottolineato Enzo Cheli, è da tempo diffusa la "convincione che al malfunzionamento della politica e all'inadeguatezza di una classe governante si potesse porre rimedio attraverso

modifiche del modello costituzionale. Tesi fallace dal momento che viene a riferire ad un difetto della macchina costituzionale le disfunzioni prodotte essenzialmente dalla cattiva qualità del carburante politico cui spetta il compito di far funzionare la macchina”. Ogni modifica della Carta fondamentale, senza una seria analisi di tale fenomeno, rischia di non sortire l’effetto sperato.

Un ulteriore profilo critico fa riferimento a un altro passaggio del discorso della neopresidente alla Camera, immediatamente successivo a quello citato in precedenza. “Una riforma che consenta all’Italia di passare da una democrazia interloquente a una democrazia decidente”. La Premier coglie un elemento centrale, da anni sviluppato nella riflessione costituzionalistica, sottolineato già più di vent’anni fa con lucidità da Giovanni Bognetti, nel suo “La divisione dei poteri”. I Costituenti, dopo la caduta del regime fascista, profondamente scossi da quella tragica esperienza, decisero di attribuire pochi poteri al governo, nel timore che condizioni di autoritarismo potessero in futuro ricrearsi. L’Italia difetta di un esecutivo “governante”. Negli ultimi anni ci siamo ormai abituati all’abuso della decretazione d’urgenza e del ricorso alla questione di fiducia. Sono inevitabili per garantire celerità all’azione del governo, è stato spesso ripetuto. Tali fenomeni, distorsioni del dettato costituzionale, evidenziano la necessità di intervenire sui poteri del governo, rafforzandoli. Ciò potrebbe rendersi possibile, per esempio, conferendo al Presidente del Consiglio la possibilità di nominare e revocare un ministro autonomamente, nonché prevedendo la sua elezione diretta da parte del corpo elettorale. A ciò, per rendere davvero “decidente” la nostra democrazia, dovrebbe aggiungersi un ripensamento del bicameralismo paritario, le cui problematicità rimarrebbero anche in un sistema semipresidenziale.

Maggioranza e opposizione potrebbero trovare convergenze senza necessariamente ridisegnare profondamente il sistema costituzionale. Trovare un compromesso, nella nobile accezione che al termine fu data da Palmiro Togliatti in un famoso intervento in Assemblea costituente. “Che cosa è un compromesso? Gli onorevoli colleghi che si sono serviti di questa espressione probabilmente l’hanno fatto dando a essa un senso deteriore. Questa parola non ha però in sé un senso deteriore; ma se voi attribuite a essa questo senso, ebbene, scartiamola pure. In realtà, noi non abbiamo cercato un compromesso con mezzi deteriori, per lo meno in quella parte della Costituzione alla cui elaborazione io ho cercato di partecipare attivamente. Meglio sarebbe dire che abbiamo cercato di arrivare a una unità; cioè di individuare quale poteva essere il terreno comune sul quale potevano confluire correnti ideologiche e politiche diverse, ma un terreno comune che fosse abbastanza solido perché si potesse costruire sopra di esso una Costituzione, cioè un regime nuovo, uno Stato nuovo e abbastanza ampio per andare al di là anche di quelli che possono essere gli accordi politici contingenti dei singoli partiti che costituiscono, o possono costituire, una maggioranza parlamentare. Ritengo questo sia il metodo che doveva e deve essere seguito se si vuol fare opera seria.”

5. Il progetto di riforma costituzionale proposto durante la precedente legislatura

La "Proposta di legge costituzionale Meloni e altri: Modifiche alla parte II della Costituzione concernenti l'elezione diretta del Presidente della Repubblica" (presentata durante la precedente legislatura e respinta in data 10 maggio 2022) costituirà molto probabilmente la base da cui l'attuale maggioranza partirà per riproporre il suo disegno di modifica. L'articolato si compone di tredici articoli. Si propone la riscrittura di dodici articoli della Costituzione, gli articoli 83-89 relativi al Presidente della Repubblica, gli articoli 92-96 relativi al governo, nonché l'articolo 104 relativo al Consiglio Superiore della Magistratura. Si prevede l'elezione diretta del Presidente della Repubblica attraverso un meccanismo a doppio turno, qualora nessuno dei candidati raggiunga il 50%+1 dei voti nella prima tornata elettorale. Il Presidente della Repubblica così eletto resta in carica cinque anni, con la possibilità di essere rieletto soltanto una volta. Fra le sue funzioni principali quella di nominare il Primo Ministro (cambia l'appellativo, rispetto all'attuale Presidente del Consiglio dei ministri), presiedere il Consiglio dei ministri, revocare i ministri su proposta del Primo Ministro, sciogliere le camere, promulgare o rinviare le leggi alle Camere, presiedere il Consiglio Supremo di difesa e il Consiglio Supremo di politica estera. Al Presidente della Repubblica verrebbe sottratta una sola delle funzioni attualmente da lui rivestite, la Presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura, che in tale progetto sarebbe affidata al primo Presidente della Corte di Cassazione. Il Governo dovrebbe continuare a ricevere la fiducia da parte di entrambe le Camere e potrebbe essere sfiduciato da ognuna di essa, introducendo però l'istituto della sfiducia costruttiva.

Tale progetto è alla base delle interlocuzioni recentemente avviate dal ministro Casellati con i rappresentanti delle forze politiche di maggioranza. In un recente intervento pubblico, il ministro ha sottolineato nuovamente la fragilità del nostro sistema politico-istituzionale e la necessità di riforme strutturali, manifestando inoltre la sua intenzione di incontrare le opposizioni. Da un punto di vista metodologico, il nuovo governo prosegue nella direzione tracciata dai precedenti, provando a instaurare un dialogo con le forze politiche attraverso incontri informali con i leader di partito. È auspicabile un'inversione di tendenza. Specialmente per una riforma così importante e incisiva, sarebbe opportuno coinvolgere le commissioni parlamentari, ascoltare gli esperti, stimolare il dibattito pubblico, in modo tale da portare le discussioni sulla forma di governo che si immagina per il Paese al di là delle segreterie di partito.

6. L'introduzione della *saisine parlementaire* per un adeguato sistema di *checks and balances*

Il semipresidenzialismo immaginato dalla nuova maggioranza, come già chiarito, non rappresenterebbe la fine del mondo e certamente non sarebbe neanche un attentato alla nostra democrazia. Dimostrazione ne è il fatto che la Francia, Paese della cui natura democratica nessuno dubita e a cui spesso abbiamo guardato come modello da imitare, adotta un sistema simile. Rispetto alla proposta di legge presentata nella precedente legislatura, però, è necessario sviluppare alcune osservazioni critiche, volgendo lo sguardo proprio al modello francese a cui ci si ispira.

L'articolo 83 della Costituzione, stando alla "proposta Meloni ed altri", continuerebbe ad affidare al Presidente della Repubblica la funzione di garante del rispetto della Costituzione. Certo è che la funzione di garanzia esercitata da un organo politico non sarebbe più equiparabile a quella che viene svolta oggi da una figura *super partes*. L'unico vero garante del rispetto della Costituzione, in tale contesto, rimarrebbe la Corte costituzionale. Sarebbe necessario, allora, ripensare i poteri di quest'ultima, garantendo che le aree di controllo rimaste scoperte in seguito al cambiamento del ruolo presidenziale continuino a essere presidiate. Un importante strumento in tal senso potrebbe esserci suggerito proprio dal modello francese.

Nel 1974 il Presidente della Repubblica Valéry Giscard d'Estaing, terzo Presidente della Quinta Repubblica, introdusse la *saisine parlementaire*, ossia la possibilità per 60 deputati o 60 senatori di adire il *Conseil Constitutionnel*. In tal modo volle garantire anche all'opposizione la possibilità di porre in dubbio la costituzionalità delle leggi proposte dal Presidente della Repubblica, dal suo governo e dalla sua maggioranza di riferimento, prima che tali leggi fossero promulgate. Fino a quel momento la possibilità di adire il *Conseil* era riservata solamente al Presidente della Repubblica, al Primo ministro e ai Presidenti dell'Assemblea Nazionale e del Senato. Tale importante modifica giunse tre anni dopo una storica sentenza del *Conseil Constitutionnel*, datata 16 luglio 1971, relativa alla libertà di associazione. Si era sancito che erano parte integrante del *bloc de constitutionnalité* (ciò che noi chiameremmo norme parametro) tanto i Preamboli della Costituzione del 1946 e di quella del 1958 quanto la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Tale sentenza diede ai Saggi di Rue de Montpensier la possibilità di giudicare incostituzionale una legge quando violava un diritto o una libertà fondamentale. Da "cane di guardia" dell'esecutivo il *Conseil* divenne "cane di guardia" di tutte le libertà. In tale contesto si spiega la scelta di Valéry Giscard d'Estaing di attribuire all'opposizione la possibilità di adire il giudice costituzionale prima dell'approvazione della legge.

Un simile controllo preventivo affidato a un numero consistente (ma non troppo) di parlamentari, oggi non previsto nel nostro sistema di giustizia costituzionale, sarebbe necessario per colmare il vuoto lasciato dal previo controllo presidenziale. Solo seguendo tale direzione, conferendo cioè anche all'opposizione la possibilità di adire la Corte (e di farlo prima che una legge sia promulgata), si garantirebbe un adeguato sistema di *checks and balances*, fondamento di ogni moderna democrazia costituzionale.

È fondamentale, specialmente in un sistema in cui l'esecutivo assume un ruolo fortemente predominante, non confinare il ruolo democratico dell'opposizione agli emicicli parlamentari. Il ricorso alla giurisdizione costituzionale diventa un'occasione per l'opposizione di prolungare il dibattito parlamentare, o addirittura di ottenere una vittoria che non è riuscita ad ottenere nell'arena parlamentare. Lo stesso Kelsen, nel saggio "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*", riteneva che "il diritto di ricorso concesso alla minoranza parlamentare sia una necessità imposta dalla giustizia costituzionale. Soprattutto per quanto riguarda i ricorsi contro le leggi sarebbe estremamente importante concedere il diritto di ricorso anche a una minoranza qualificata del Parlamento". "Ciò è tanto più vero" – aggiungeva – "in quanto la giustizia costituzionale deve necessariamente servire, nelle democrazie parlamentari, a proteggere le minoranze. La vocazione di una Corte costituzionale è quella di preservare l'autonomia individuale di ogni membro della società, anche se si tratta di una minoranza politica, socialmente svantaggiata o culturalmente marginale. La missione di una Corte costituzionale, che intende assumere pienamente il suo ruolo di contrappeso, è quella di ascoltare e proteggere coloro la cui voce non è stata ascoltata negli emicicli parlamentari al momento della votazione della legge. Perché la dinamica democratica minaccia sempre di traboccare dal suo letto, e le maggioranze politiche di allontanarsi da essa credendo di essere unanimi e onnipotenti".

Adottare il modello francese, pur con tale necessario correttivo, non sarebbe di per sé, in presenza di uno scenario politico fortemente frastagliato, garanzia di stabilità. Nelle recenti elezioni legislative, il Presidente uscente Macron e la sua coalizione "Ensemble" (di cui fanno parte il partito presidenziale *Renaissance*, i centristi del *Mouvement démocrate* e la formazione di centrodestra *Horizons*) hanno conquistato solamente 250 seggi, lontani dalla maggioranza assoluta di 289 deputati, nonché molto distanti dalla maggioranza di 350 seggi ottenuta nel 2017. Non è la prima volta che ciò accade. Nel 1988, François Mitterrand, sicuro di poter conquistare la maggioranza assoluta dopo la rielezione e la *cobabitation* con Jacques Chirac, riuscì a conseguire soltanto 275 seggi. Fu costretto, con il governo Rocard, ad ampliare i confini della propria maggioranza, tanto a sinistra verso i comunisti quanto a destra verso i centristi. Ancor prima Charles De Gaulle, nel 1958, in occasione delle prime elezioni della Quinta Repubblica, non riuscì a conquistare la maggioranza assoluta, ottenendo solo 198 deputati. Il primo

ministro Debré fu costretto a una difficile alleanza, nata nel 1959, con il *Centre national des indépendants et paysans*. Tanto il governo Rocard quanto il governo Debré fecero ricorso alla procedura di cui all'articolo 49-3 della Costituzione, in virtù della quale i disegni di legge potevano passare senza voto, a meno che non fosse approvata una mozione di sfiducia. Debré definì tale istituto uno dei capisaldi del parlamentarismo risanato della Quinta Repubblica. Dal 2008, però, tale norma si applica solo alle finanziarie e alle leggi sul finanziamento della previdenza sociale. Il governo guidato da Élisabeth Borne vi ha fatto recentemente ricorso per il *projet de loi de finances*, essendo invece per le altre leggi obbligato a trovare (talvolta estenuanti) compromessi con le forze di opposizione. Anche il modello francese, dunque, in assenza di maggioranze numericamente e politicamente solide, non è in grado di per sé di garantire stabilità, mettendo al riparo dalla crisi contemporanea dei meccanismi rappresentativi.

7. Riflessioni conclusive

Riformare la Costituzione è una legittima volontà politica. Occorre, però, sottolineare che, qualora la riforma sia dettata esclusivamente dalla necessità di risolvere i problemi legati all'instabilità politica, ci sarebbero altri strumenti più adatti e meno incisivi per raggiungere tale fine. È necessario riflettere su tali altri strumenti, insieme, deponendo –da ambo le parti - la contrapposizione ideologica della campagna elettorale. Se si decidesse invece di perseguire il disegno di tipo semipresidenziale, ispirandosi al sistema francese, dovrebbero considerarsi anche gli strumenti a oggi presenti in quel sistema e assenti nel nostro, per garantire un autentico equilibrio fra poteri e una tutela effettiva della Carta fondamentale.

In ogni caso, una revisione costituzionale tesa a garantire una maggiore governabilità non può prescindere da una seria riflessione sul ruolo dei partiti, dentro e fuori le Istituzioni.

È sempre un elemento positivo assistere alla centralità della Costituzione nel dibattito pubblico ed è auspicabile, qualora questo percorso di riforma sia intrapreso, estendere sempre di più il coinvolgimento dell'opinione pubblica. La Costituzione è patrimonio comune. Non è né di destra, né di sinistra. Provare ad appropriarsene vorrebbe dire lederne l'anima più autentica e profonda. Alcuni problemi avanzati dalla Presidente del Consiglio sono reali e cruciali e attendono risposte da decenni. È forse giunto il momento di ricoltivare l'arte nobile del Compromesso.

Bibliografia

- G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in AA. VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Giuffrè, Milano, 1984, vol. III, p. 21.
- G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2001.
- E. CHELI, *Perché dico no al presidenzialismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022.
- S. CURRERI, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2006.
- G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Cedam, Padova, 2013, p. 328
- L. FAVOREU, *Origines et bilan statistique*, in L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1995, p. 21.
- M. FRAU, *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttiva e la prassi applicativa dell'istituto con particolare riferimento all'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.
- H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 1928, p. 245.
- F. LANCHESTER, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 322 ss.
- J. LOZANO MIRALLES, *I meccanismi di razionalizzazione parlamentare in Spagna*, in S. GAMBINO (a cura di), *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 429.
- L. MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare – Modelli europei a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992
- C. MORTATI, *Le forme di governo*, CEDAM, Padova, 1973, pp. 247 ss.

C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 453 (edizione originale: C. SCHMITT, *Verfassungsbere*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928).

C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 198 (edizione originale: C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Mohr, Tübingen, 1931).

M. VERDUSSEN, *La coexistence de la saisine parlementaire et des autres voies d'accès au juge constitutionnel en droit comparé*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3, 2015 (N° 48), pp. 97 ss.

M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 66.

Recensione a G. Famiglietti, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1-289

KAMILLA GALICZ*

Indice disponibile all'indirizzo:

<https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/summary/9788892139169.pdf>
f.

Data della pubblicazione sul sito: 5 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

K. GALICZ, *Recensione a G. Famiglietti, Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1-289, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allieva del Corso di Phd in Diritto nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento “Sant’Anna” di Pisa. Indirizzo mail: kamillazsuzanna.galicz@santannapisa.it.

1. – *Che tu possa vivere in tempi interessanti!* – l’antica maledizione cinese che apre il volume di Gianluca Famiglietti ci permette di comprendere il tortuoso cammino, pieno di saliscendi e vicoli ciechi, che l’evoluzione della normativa e della prassi in materia di migrazione e asilo ha percorso fino ai nostri giorni. Il libro costituisce un esempio forse isolato in dottrina, in quanto offre un’analisi sistematica di matrice prevalentemente procedurale. Oltre a delineare gli aspetti di diritto sostanziale nel primo capitolo, pone l’enfasi sugli aspetti della procedura di protezione internazionale, indagando sia la fase amministrativa nel secondo, sia quella giurisdizionale nel terzo capitolo.

Questa triplice articolazione corrisponde alle figure dei tre “giudici” cui il titolo fa riferimento, ovvero il legislatore, la Commissione Territoriale (CT) e l’autorità giurisdizionale. Il lettore può porsi il quesito sull’utilizzo a prima vista insolito del termine «giudice», al quale si dà la risposta seguente: non solo il giudice “vero”, ma anche il legislatore e l’autorità amministrativa determinano la condizione giuridica del richiedente in un modo o nell’altro. Sul suo *status* incidono, dunque, le norme del diritto sostanziale concernenti le forme di protezione, la fase amministrativa della procedura e, infine, la tutela giudiziaria contro gli atti della pubblica amministrazione.

L’introduzione delinea il contesto generale dell’oggetto di analisi, conducendo il lettore nella “selva oscura” dei numeri che riguardano i flussi migratori. Dalle statistiche globali, europee e nazionali emerge il complesso quadro di un fenomeno sfaccettato che ha accompagnato la storia dell’umanità sin dagli albori. È proprio questa multidimensionalità che rende difficile definire chi sia un migrante. Secondo la stessa Organizzazione Internazionale della Migrazione, si tratta di un «termine generico, non definito dal diritto internazionale, che secondo l’interpretazione comune, indica una persona che si allontana dal luogo di residenza abituale, all’interno dello stesso paese o attraversando una frontiera internazionale, temporaneamente o permanentemente, per una serie di motivi diversi»¹. Tra le ragioni più frequenti rientrano persecuzioni di vario genere, conflitti armati, epidemie, calamità naturali, l’impossibilità di sopravvivenza a causa degli effetti legati al cambiamento climatico, ricongiungimento familiare, o il semplice desiderio di migliorare il proprio tenore di vita o sviluppare la propria persona.

Essendo al centro dell’attenzione di tutti e tre i “giudici”, comprendere perché si migra costituisce l’elemento chiave dell’analisi. L’A. restringe il campo di analisi sulle c.d. migrazioni forzate, evidenziando, tuttavia, quanto sia sottile il confine con quelle “volontarie”. Successivamente, il volume esamina gli aspetti attraverso

¹ International Organisation of Migration, *IOM Definition of “Migrant”*, disponibile all’indirizzo <https://www.iom.int/about-migration>, cit. da G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 6.

i quali si arriva a stabilire la condizione giuridica di una specifica categoria di non-cittadini. Per tale indagine, il punto di partenza non può essere altro che l'art. 10, comma 3, Cost., ai sensi del quale «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»². Il dettato stabilisce parametri assai ampi e utili ad individuare il contenuto del c.d. diritto di asilo i cui beneficiari sono cittadini di Paesi terzi e apolidi che nel proprio Paese di origine o di abituale dimora non godono delle fondamentali garanzie riconosciute dalla Carta costituzionale, considerata la situazione *effettiva* nel Paese³.

È ormai pacifico che la disposizione sia di natura immediatamente precettiva⁴ dal momento che «attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento»⁵. Si tratta di una condizione giuridica nei confronti della quale «tutti i provvedimenti assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva»⁶. A tal riguardo, l'A. ricorda al lettore che «il diritto di asilo è intrinsecamente connesso alla scelta della forma democratica dello Stato e si caratterizza perché introduce un regime giuridico derogatorio più favorevole al titolare del diritto, rispetto alla generale disciplina normativa dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri»⁷.

In sintesi, l'art. 10, comma 3, Cost. è la disposizione a cui sono ricollegabili tutte le questioni sostanziali e procedurali. Alla luce delle premesse di cui sopra, il primo "giudice" da valutare nel prisma del dettato costituzionale è dunque il legislatore.

² Sull'evoluzione del concetto di asilo, dalle origini nel diritto canonico all'emersione dell'istituto laico cfr. A. GIOIA, *Asilo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. I. Giuffrè, Milano, 2006, pp. 449-450; M. BENVENUTI, *Asilo (diritto di) – Diritto Costituzionale*, in *Enc. giur.*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2007, p. 1.

³ E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, M. OLIVETTI, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I. Utet, Torino, 2006, pp. 253-256.

⁴ Sul punto v. estensivamente 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.

⁵ Cass., S.U. Civ., sentenza n. 4674/1997.

⁶ Cass., S.U. Civ., sentenza n. 907/1999.

⁷ G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., p. 41.

2. Il primo capitolo offre una disamina delle forme di tutela attuative dell'asilo costituzionale, spiegando il modo in cui la condizione giuridica del richiedente protezione internazionale viene delineata mediante le scelte del legislatore.

In tale prospettiva, secondo l'orientamento della giurisprudenza antecedente al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, «il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario»⁸. Tale attuazione, nonostante la riserva di legge prevista dall'art. 10, comma 3, Cost., è avvenuta attraverso una serie di atti giuridici di varia natura (non solo legislativa) adottati in epoche diverse. Il volume provvede a delineare questa complessa cornice normativa, mettendo in luce le dinamiche che caratterizzano l'evoluzione dell'ordinamento dell'UE e di quello italiano, attraverso cui si arriva al quadro attuale: «un quadro tuttora in divenire»⁹, fondato su tre pilastri.

I primi due pilastri sono lo *status* di rifugiato, accordabile per atti di persecuzione di vario genere e trasposto nell'ordinamento italiano dalla Convenzione di Ginevra del 1951, e la protezione sussidiaria, riconoscibile per il pericolo di danno grave per la vita o per l'incolumità fisica e rinvenibile nel diritto dell'UE. Queste due forme di tutela costituiscono insieme la protezione internazionale, che, tuttavia, non risulta pienamente sovrapponibile all'istituto dell'asilo costituzionale. Fino all'adozione del d.l. n. 113/2018, il terzo "pilastro" era costituito dalla c.d. protezione umanitaria. Il permesso di soggiorno, rilasciabile nel caso del rigetto della domanda di protezione internazionale in base a presupposti consistenti in seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali, rappresentava un «catalogo aperto» che permetteva di accogliere una vasta gamma di casi tra di loro assai diversi¹⁰.

Una formulazione troppo generica che rendeva la protezione umanitaria la forma di tutela con i maggiori tassi di riconoscimento. A tal riguardo, il volume provvede a spiegare le ragioni che hanno indotto il legislatore ad approvare il già citato d.l. n. 113/2018. Abrogando la protezione umanitaria, il controverso decreto-legge ha introdotto nuovi permessi di soggiorno e ha modificato i presupposti per quelli già previsti dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. Imm.). Su

⁸ Cass., Sez. Civ. 1, ordinanza n. 13082/2019.

⁹ G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., p. 46.

¹⁰ Sulla funzione di «catalogo aperto» della protezione umanitaria v. Cass., Sez. Civ. 6-1, sentenza n. 26566/2013 (non massimata), ribadita da Cass., Sez. Civ. 1, sentenza n. 4455/2018. Sul punto cfr. M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, pp. 99-107; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2018, pp. 1-32.

tale sistema sono successivamente intervenuti il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 e la rispettiva legge di conversione (l. 18 dicembre 2020, n. 173), cercando di ripristinare la portata ampia garantita dalla protezione umanitaria attraverso le nuove forme di tutela. L’analisi ripercorre agilmente tali novelle, sottolineando il nesso fra la natura delle modifiche e le dinamiche sottese alle scelte del legislatore.

Risulta tuttora pienamente attuato l’art. 10, comma 3, Cost.? La Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sul quesito nella sentenza n. 194 del 2019, lasciandolo aperto e ribadendo che «l’effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa, nell’ambito della prassi amministrativa e giurisprudenziale che andrà formandosi, in relazione alle esigenze dei casi concreti e alle singole fattispecie che via via si presenteranno»¹¹. Tale affermazione ci induce a riflettere sulla figura del secondo “giudice”, ovvero l’autorità amministrativa.

3. Giunto sul territorio nazionale, lo straniero si trova ad affrontare l’ingarbugliato *iter* procedurale, all’esito del quale auspica di esser riconosciuto come titolare di una delle forme di protezione internazionale. Conformemente, il secondo capitolo offre un’analisi dettagliata della fase amministrativa, quale fase “necessaria” della procedura, permettendo al lettore di comprendere quanti siano gli ostacoli da superare per il richiedente. Come l’A. evidenzia, le tappe di natura amministrativa sono, difatti, tre: la primissima selezione nell’ambito del c.d. approccio *hotspot*, la presentazione della domanda con la sua verbalizzazione e, infine, l’esame della domanda e la decisione da parte della Commissione Territoriale. Al riguardo, vengono spiegati gli “scogli” su cui l’intento di chiedere protezione può naufragare.

Il volume delinea lo svolgimento della fase preliminare, quale primo ostacolo che si svolge in seguito a soccorsi in mare o ingressi autonomi sul territorio nazionale, negli *hotspot* ubicati ai territori di confine. L’approccio *hotspot*, istituito nel 2015 per far fronte all’impennata di arrivi nell’Unione Europea (innanzitutto in Grecia e in Italia), ha l’obiettivo chiaro di selezionare le persone bisognose di protezione internazionale a cui riservare il “privilegio” di presentare la domanda e avviare così la procedura di riconoscimento¹². Sebbene la domanda non sia

¹¹ Corte cost., sentenza n. 194 del 2019, cons. in diritto 7.8.

¹² Attualmente quattro *hotspot* sono operativi, di cui tre in Sicilia (Lampedusa, Trapani, Pozzallo) e uno in Puglia (Taranto). Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni: Agenda Europea sulla Migrazione*. COM (2015) 240 final, Bruxelles, 13.5.2015; *Explanatory Note on the “Hotspot” Approach*. 15.07.2015. MINISTERO DELL’INTERNO, Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione, *Procedure Operative Standard (SOP) applicabili agli hotspot italiani*, marzo 2016, disponibile all’indirizzo <https://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/hotspot>.

vincolata a specifici criteri formali, la verbalizzazione della medesima costituisce un momento delicato, in quanto determina la possibilità dell'autorità amministrativa di svolgere un'adeguata valutazione preliminare. A tal riguardo, ampia analisi viene dedicata alla determinazione dello Stato Membro competente, mettendo alla luce le dinamiche del sistema di Dublino¹³, oggetto di costanti tentativi di riforma e aspre critiche. Qualora sia confermata la competenza dell'Italia, si procede con l'esame della domanda di protezione internazionale.

In questa terza e ultima tappa della fase amministrativa si riserva un ruolo chiave all'audizione del richiedente che permette alla CT di ottenere una versione orale di quanto è stato già descritto nella domanda. Considerata la centralità del colloquio nella valutazione del racconto individuale, si offre un vero e proprio *vademecum* per il buono svolgimento del medesimo¹⁴. Dall'analisi emerge la peculiare natura della procedura che consiste nella stretta collaborazione tra le autorità e il richiedente nella ricostruzione di quanto è accaduto e quanto potrà eventualmente accadere in caso di rimpatrio. Una collaborazione che si basa sul c.d. beneficio del dubbio, che conferisce un onere probatorio attenuato al richiedente. Benché egli sia tenuto ad allegare tutti i fatti e le prove alla sua domanda, si riconosce che, nella maggior parte dei casi, il richiedente è sprovvisto di documenti, potendo così offrire il solo testimonio quale mezzo di prova. Pertanto, l'onere della prova attenuato pone in capo all'autorità competente il c.d. dovere di cooperazione istruttoria, ovvero l'obbligo di cooperare con il richiedente nell'esame di «tutti gli elementi significativi della domanda»¹⁵.

Il pieno esame della domanda consente alla CT di decidere se riconoscere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria; oppure rigettare la domanda, trasmettendo o meno gli atti al Questore per il rilascio di un eventuale permesso di soggiorno per le fattispecie regolate dal T.U. Imm. nel rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*. Al riguardo, bisogna sottolineare che considerevole lasso di tempo passa fra la presentazione della domanda (*rectius*: dalla primissima selezione) e la conclusione del processo decisionale, durante il quale il richiedente «si trova in una sorta di "limbo", sospeso tra la possibilità di ottenere protezione e

¹³ G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., pp. 126 ss.

¹⁴ *Ivi*, pp. 172 ss.

¹⁵ Cfr. art. 4 (1) della Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), art. 8 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (decreto procedure). Sul dovere di cooperazione istruttoria v. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., pp. 187 ss. Cfr. anche i contributi del fascicolo 3, 2020 di *Questione Giustizia*.

quella di essere allontanato dal territorio»¹⁶. In sintesi, si tratta di passi procedurali che, come si rivela al lettore, sollevano non poche criticità rilevanti alla luce della Costituzione. Tra i vari spunti di riflessione, ci si sofferma brevemente sul concetto controverso di «Paesi di origine sicuri»¹⁷.

A tal riguardo, il volume provvede a illustrare perché tale nozione, prevista dall'ordinamento dell'UE¹⁸ e introdotta dalla legge di conversione del d.l. n. 113/2018¹⁹, sia volta a restringere la possibilità di ottenere protezione. La domanda del richiedente che viene da uno dei Paesi considerati sicuri viene trattata in procedura accelerata, che comporta l'inversione dell'onere della prova: il richiedente deve provare perché, *nel suo caso specifico*, tale Paese non può ritenersi sicuro, mentre l'autorità si limita a rigettare la domanda motivando che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese nel suo caso. L'elenco è previsto dal decreto del Ministro degli Affari Esteri, adottato di concerto con i Ministri dell'Interno e della Giustizia²⁰; si tratta di Paesi terzi in cui sarebbe vigente un sistema democratico e, *in linea generale*, non sussisterebbero motivi di persecuzione (per il riconoscimento dello *status* di rifugiato) o di grave danno (per la protezione sussidiaria).

Al fine di offrire una sintesi di quanto spiegato nel volume, ci si limita a indicare le seguenti criticità: in primo luogo, per via dell'inversione dell'onere probatorio la valutazione della domanda perde il suo carattere individuale, in quanto l'autorità si limita a indagare sulla provenienza del richiedente. Ci si domanda come risulti conforme una simile valutazione all'obbligo dell'autorità di ottenere ed esaminare tutti i fatti e le prove della domanda. Alla luce di quanto premesso sul dovere di

¹⁶ F. BIONDI DAL MONTE, *I richiedenti asilo e i diritti dell'integrazione*, in *Diritto costituzionale*, 2, 2020, p. 115.

¹⁷ Sul concetto v. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., pp. 145 ss. Cfr. anche F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2019, pp. 146-188.

¹⁸ Cfr. gli artt. 36 e 37 della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

¹⁹ Cfr. l'Allegato alla l. 1° dicembre 2018, n. 132, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113.

²⁰ D. 4 ottobre 2019 sull'individuazione dei Paesi di origine sicuri, ai sensi dell'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. Ai sensi dell'art. 1, sono considerati Paesi di origine sicuri Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina. In seguito allo scoppiare del conflitto armato in Ucraina, il d. 9 marzo 2022 ha sospeso l'applicazione degli effetti del Paese di origine sicuro per l'Ucraina fino al 31 dicembre 2022.

cooperazione istruttoria, consultare un elenco non sembra corrispondere a una piena indagine sulla situazione nel Paese di provenienza, che invece richiederebbe l'acquisizione diligente delle c.d. *Country-of-Origin Information* (COI). In più, si mette a rischio il diritto al rimedio effettivo, dato che il termine per impugnare il rigetto viene dimezzato (da 30 a 15 giorni). Per ultimo, sorge il quesito se la previsione dell'elenco di tali Paesi da un decreto interministeriale sia compatibile con la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3, Cost.

In sintesi, pare opportuno ricordare che l'introduzione dell'elenco dei Paesi di origine sicuri costituisce solo una delle modifiche apportate all'*iter* procedurale che comportano la drastica riduzione delle garanzie dei richiedenti. Qualora la fase amministrativa si concluda con il rigetto della domanda, si ha la possibilità di impugnare la decisione, arrivando così davanti al terzo giudice, quello “vero”.

4. Il terzo capitolo è dedicato all'analisi della fase giurisdizionale, ossia quella “eventuale” della procedura, basata sulla tutela giurisdizionale sancita dall'art. 113 Cost., che fa eco al diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, un diritto che per le controversie di protezione internazionale trova specifica articolazione nell'art. 46 della Direttiva 2013/32/UE. Al fine di trasporre le linee guida della direttiva, l'art. 35, comma 1, del decreto procedure stabilisce la giurisdizione del giudice ordinario, prevedendo la possibilità del ricorso anche nel caso in cui il richiedente abbia chiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma gli sia stata accordata la protezione sussidiaria. L'affermazione della giurisdizione ordinaria rappresenta l'esito di una serie di «oscillazioni del pendolo» che, in certe fasi dell'evoluzione della normativa e della prassi, hanno invece visto la determinazione della giurisdizione amministrativa. Tuttavia, essendo quello di asilo un diritto soggettivo perfetto, oggi risulta solido il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario nelle rispettive controversie²¹.

Il diritto a un ricorso effettivo e la giurisdizione ordinaria sono, dunque, i fondamenti su cui si costruisce la fase giurisdizionale. Una fase che è stata “presa di mira” dalle ultime novelle legislative, adottate in un'onda riformatrice, le quali hanno fortemente inciso sugli aspetti della medesima. Come l'A. evidenzia, tali modifiche, mirate ad accorciare le tempistiche e ridurre il carico sui tribunali (di conseguenza, consentire al richiedente di ottenere uno *status* definitivo quanto prima possibile), sono risultate poco adeguate o, addirittura, controproducenti al raggiungimento di tali fini, preferendo la formazione del «giudice antropologo» alla figura dell'«antropologo giudice»²². Nell'economia della presente recensione

²¹ Sulle «oscillazioni del pendolo della giurisdizione» v. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, cit., pp. 208 ss.

²² Per la metafora illustrativa v. *Ivi*, p. 223.

ci si limita a fornire una breve valutazione della soppressione del giudizio di appello²³.

Il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 ha provveduto all'eliminazione del doppio grado di merito per tutte le controversie relative alla protezione internazionale, con l'esclusiva possibilità di ricorrere alla Cassazione per motivi di legittimità. Si ricorda al lettore come la Corte costituzionale abbia ritenuto che «la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale»²⁴. A simile conclusione è arrivata la Corte di Lussemburgo, ribadendo che «il principio della tutela giurisdizionale effettiva attribuisce al singolo il diritto di adire un giudice, e non il diritto a più gradi di giudizio»²⁵. La comparazione del modello italiano con gli altri Stati membri conferma tale orientamento, in quanto l'esame in fatto e in diritto delle questioni è limitato al solo primo grado in molteplici ordinamenti europei, dalla Francia alla Romania, a prescindere dalle linee di evoluzione che li hanno interessati.

Ciò nonostante, come evidenziato nel volume, in seno alla dottrina sono emerse non poche perplessità a riguardo. In primo luogo, si evoca il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost, che pone in capo al legislatore l'obbligo di adottare norme giuridiche adeguate e proporzionate al raggiungimento del fine da egli prestabilito²⁶. In aggiunta, si richiama la tradizionale struttura del sistema processuale italiano che riconosce il doppio grado di giudizio in caso di controversie vertenti intorno alla tutela di diritti soggettivi²⁷. Tali considerazioni fanno emergere il quesito se un solo grado riesca a garantire un rimedio *effettivo* al richiedente, considerate l'erosione delle garanzie procedurali all'esito delle ultime

²³ Sulla soppressione del giudizio di appello v. *Ivi*, pp. 228 ss.

²⁴ Corte cost., ordinanza n. 190/2013.

²⁵ CGUE, sentenza 28 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf c. Lussemburgo*, par. 69, e sentenza 19 giugno 2018, C-181/16, *Gnandi*, par. 57.

²⁶ Sul principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Consulta cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*. Atto di conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, pp. 1-19.

²⁷ Un'ulteriore osservazione riguarda il dovere di cooperazione istruttoria in fase giurisdizionale, più nello specifico, l'acquisizione delle COI, riguardo al quale sorge il quesito se il giudice può acquisirle autonomamente, ovvero senza sottoporle al contraddittorio delle parti. La risposta sarebbe negativa, in quanto le COI non si possono considerare «fatto notorio» e c'è sempre un ampio margine di selezione e di interpretazione da parte di chi le utilizza. Inoltre, ci si interroga quale sia la conseguenza della violazione del contraddittorio sulle COI al primo grado alla luce della soppressione del giudizio di appello. Visto che rimane il solo ricorso per il giudice di legittimità, una simile violazione porterebbe alla cassazione della decisione di primo grado. Sul punto v. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, cit., p. 245.

riforme e la concentrazione dell’esame in fatto e in diritto delle questioni su tale grado.

In sintesi, molte sono le questioni da discutere sulla fase giurisdizionale, una fase che, per via delle ultime riforme, si svolge prevalentemente per iscritto. Nel contraddittorio cartolare l’udienza costituisce l’eccezione, di conseguenza il richiedente ha sempre meno contatto con il giudice, una figura che diventa un «ingannevole miraggio» nel «grande deserto dei diritti»²⁸.

5. Infine, bisogna fare un passo indietro e collocare il modello italiano in un contesto più ampio, ovvero quello europeo. Nel corso dell’analisi, infatti, si fanno ripetuti riferimenti alle tendenze che caratterizzano l’approccio dell’UE al tema di migrazione e asilo, area di integrazione che suscita infiniti duelli di *Kompetenz-Kompetenz* tra le corti nazionali e la Corte di Giustizia, e che, persino nella prospettiva sovranazionale, è diventata una mera questione di “management”. Al lettore si rivela che l’efficientismo non è solo una peculiarità delle recenti modifiche introdotte nella normativa nazionale, ma è anche la parola d’ordine di un’Unione che attraverso negoziati e strumenti di esternalizzazione con i Paesi limitrofi intende “gestire” i flussi migratori, perdendo sempre più di vista chi ha bisogno di protezione. Tale tendenza è rinvenibile, per ultimo, nel nuovo *Patto europeo sulla Migrazione e l’Asilo*, presentato dalla Commissione il 23 settembre 2020²⁹.

Con il Patto si auspicherebbe l’apertura di una nuova epoca nella realizzazione del sistema europeo comune di asilo di cui all’art. 78 (2) TFUE. Il pacchetto di proposte legislative, composto dalle modifiche delle proposte presentate nel 2016 e da nuove proposte, si prefigge l’obiettivo di delineare un «approccio globale, che contempla le politiche nei settori della migrazione, dell’asilo, dell’integrazione e della gestione delle frontiere, riconoscendo che l’efficacia complessiva dipende dai progressi compiuti su tutti i fronti»³⁰. Tuttavia, tale prospettiva olistica non sembra essere pienamente contemplata in varie proposte che, invece, tendono a confermare le misure restrittive approvate in tutta l’UE in seguito alla c.d. crisi

²⁸ S. RODOTÀ, *Il grande deserto dei diritti*, in *la Repubblica*, 3 gennaio 2013, cit. da G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, cit., p. 268.

²⁹ Per una ricostruzione critica dell’evoluzione dell’ordinamento dell’UE in materia di migrazione e asilo si rinvia a V. CHETAIL, *The Common European Asylum System: Bric-à-Brac or System?* in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (a cura di), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*. Series: Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 39, 2016, pp. 3-38.

³⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni: Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*. COM (2020) 609 final, Bruxelles, 23.09.2020, p. 2.

migratoria del 2015-2016³¹. Il carattere innovativo e l’efficacia delle proposte, ad esempio quella sul meccanismo di solidarietà interstatale, risultano dubbi, mentre certi elementi, come l’istituzione di una fase preliminare di accertamento sulle frontiere per identificare i soggetti bisognosi di protezione (che rievoca l’approccio *hotspot*), fanno emergere non poche criticità in termini di legalità³².

In sintesi, si pone sempre minore enfasi sulla figura del richiedente nella cornice regolatoria attuativa dell’art. 78 TFUE, composta da una pletora di direttive, regolamenti, comunicazioni, raccomandazioni, patti, agende, e altri atti di incerta natura giuridica. Il discorso verte attorno allo straniero, inteso come fattore di rischio per l’ordine pubblico, sconosciuto e imprevedibile, da cui difendersi. L’approccio securitario che in Italia viene tradotto nella politica dei “porti chiusi” è presente nella retorica di molti altri Paesi. Si fa frequente uso della decretazione emergenziale, una tecnica che tende ben presto a diventare la regola, rimanendo in vigore anche in assenza dei presupposti iniziali. Emergenza immigrazione, emergenza COVID, emergenza guerra, emergenza climatica: le molteplici situazioni di crisi fanno sì che si viva in tempi “interessanti”, il che induce ad interrogarci su quale sia il ruolo dello Stato costituzionale in tali contesti.

Considerata la magnitudine del fenomeno, sorge il dubbio se lo Stato possa effettivamente difendersi dall’immigrazione. Pertanto, la domanda fondamentale non riguarda il potere, bensì il dovere di farlo: *deve lo Stato per forza barricarsi dallo straniero?* Il dettato costituzionale sembrerebbe suggerire soluzioni mediane, in grado di trovare il giusto equilibrio tra le opposte esigenze della sicurezza nazionale e dell’accoglienza. In questo senso, la «questione immigrazione» si collocherebbe in un contesto più ampio, che coinvolge ambiti di intervento pubblico di diversa natura, quali ad esempio la cittadinanza, la famiglia, il lavoro o – *perché no?* – l’ambiente, nell’ottica di una lettura sistematica dell’art. 10 Cost. Non v’è dubbio che un simile cambio di prospettiva comporterebbe non poca fatica, ma forse potrebbe valere la pena provarci.

³¹ Una crisi che andrebbe definita innanzitutto come una crisi istituzionale rivelando le grosse lacune nei sistemi di asilo nazionali e le inadeguatezze delle politiche europee in materia di asilo. Cfr. P. BONETTI, *Accoglienza nell'emergenza: la recente evoluzione*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *Modelli di accoglienza nell' "emergenza immigrazione". La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 117 ss.

³² Per un’analisi critica v. M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2021, pp. 1-27.

L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022

ELEONORA SANTORO*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Un atto simbolo del nuovo Governo. – 3. La nuova disciplina dell'art. 4-*bis* o.p. – 4. Un'occasione sprecata.

Data della pubblicazione sul sito: 7 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.
Indirizzo mail: eleonora.santoro@unifi.it.

1. Premessa

Il presente contributo, redatto nei giorni immediatamente successivi alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto-legge n. 162 del 2022, cerca di offrire un commento a prima lettura delle modifiche adottate in tema di ergastolo ostativo e, inevitabilmente, non tiene conto né della pronuncia n. 227 del 2022 della Corte costituzionale, né del disegno di legge n. A.S. 274 di conversione, con emendamenti, del decreto-legge n. 162, intervenuti entrambi in un secondo momento.

Per completezza, con riguardo al giudizio costituzionale, si segnala che con l'ordinanza n. 227 la Consulta ha restituito gli atti alla Corte di Cassazione, affinché verifichi gli effetti della normativa sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale e proceda ad una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza, dato che le nuove disposizioni – come si legge nel comunicato stampa dell'8 novembre – trasformano da assoluta a relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a tutti i condannati, *anche* all'ergastolo, per reati ostativi, che non hanno collaborato con la giustizia.

Per quanto concerne la conversione del decreto-legge n. 162, invece, il disegno di legge, approvato con modificazioni al Senato in data 13 dicembre 2022, è ora all'esame della Commissione Giustizia della Camera (A.C. 705). Considerate le tempistiche ristrette per la conversione definitiva, la quale dovrà intervenire entro la fine dell'anno, pare verosimile ritenere che la Camera non apporterà ulteriori modifiche e che, pertanto, il testo definitivo sarà quello approvato al Senato.

2. Un atto simbolo del nuovo Governo

Il primo Consiglio dei Ministri del Governo Meloni ha approvato, su proposta del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, il decreto-legge n. 162 del 2022 contenente misure urgenti in tema di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati non collaboranti con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore della riforma del processo penale (d.lgs. n. 150 del 2022), di obblighi vaccinali anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali (c.d. *rave party*). L'esordio legislativo del nuovo Governo ruota attorno alla sicurezza e alla giustizia penale, intervenendo soprattutto, per quel che qui si intende commentare, sulla disciplina dell'ergastolo ostativo.

Sono le stesse dichiarazioni diffuse dal Ministero ad affermare, infatti, che il provvedimento mira ad assicurare – entro il termine dell'8 novembre indicato dalla Corte costituzionale al Parlamento nell'ordinanza n. 122 del 2022 – una risposta al precedente e peculiare monito contenuto nell'ordinanza n. 97 del 2021, con la quale la Consulta aveva fatto ricorso alla tecnica dell'incostituzionalità prospettata

ma non dichiarata, assegnando al legislatore un termine annuale per disciplinare la materia (termine scaduto il 10 maggio 2022).

Diversamente da quanto accaduto nelle altre due ipotesi di utilizzo da parte della Corte di questa tecnica¹, cioè la dichiarazione, in occasione della ripresa del processo costituzionale, dell'illegittimità costituzionale della normativa sottoposta al suo vaglio² a fronte del perpetrarsi dell'inerzia legislativa, nel caso dell'ergastolo ostativo la situazione che i membri della Consulta si sono trovati ad affrontare era parzialmente differente: il 31 marzo 2022 la Camera, infatti, aveva approvato in testo unificato una proposta di legge (C. 1951) in materia di accesso ai benefici penitenziari nel caso di condanna per reati ostativi, che in quel momento (il 10 maggio, appunto) era all'esame del Senato (S. 2574).

Come noto, la Corte costituzionale, dopo una breve camera di consiglio, accogliendo l'istanza di differimento presentata dall'Avvocatura dello Stato, ha rinviato una seconda volta l'udienza, per consentire la prosecuzione dei lavori parlamentari. In disparte qualsiasi considerazione sull'opportunità di un ulteriore rinvio in costanza di un intervento legislativo *in fieri*, è doveroso sottolineare che la discussione in aula al Senato non è mai stata calendarizzata e che, con lo scioglimento anticipato delle Camere, il provvedimento, non essendo stato portato a compimento al termine della legislatura, è decaduto automaticamente.

Inaugurata la nuova legislatura, quel testo approvato alla Camera, con l'astensione dell'attuale maggioranza che lo reputava eccessivamente permissivo, è stato traposto, salvo talune minime modifiche, negli artt. da 1 a 4 del d.l. n. 162/2022.

3. La nuova disciplina dell'art. 4-bis o.p.

Prioritariamente rispetto all'analisi del contenuto dell'intervento normativo, non possono tacersi le perplessità circa la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza indispensabili affinché, ai sensi dell'art. 77 Cost., il Governo possa adottare provvedimenti provvisori con forza di legge. Se da un lato, infatti,

¹ Il riferimento, *mutatis mutandis*, è al celebre Caso Cappato, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207 e all'obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall'uso della stampa, v. Corte cost., 9 giugno 2020, n. 132. In questa sede, sia sufficiente ricordare che la Consulta si è spinta sino ad impartire delle indicazioni estremamente dettagliate al legislatore circa l'intervento correttivo da adottare soltanto nella vicenda Cappato, per poi invece diminuire le prescrizioni nelle altre due questioni, con un atteggiamento decisamente più cauto con riguardo all'ergastolo ostativo. Per un'analisi della tecnica decisoria utilizzata nell'ordinanza n. 97 del 2021, paragonata anche ai suoi due precedenti, v. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos, Osservatorio sulla Corte costituzionale*, 2/2021.

² Cfr. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242 e 12 luglio 2021, n. 150.

non è revocabile in dubbio che l'Esecutivo non avesse a disposizione altre alternative, se non l'adozione di un decreto-legge, per intervenire – sia pure con una riforma che difficilmente sembra poter soddisfare le richieste della Corte costituzionale – prima dell'udienza dell'8 novembre, dall'altro, non convince fino in fondo che possa essere considerata straordinaria la necessità e l'urgenza di apportare modifiche alla disciplina dell'art. 4-*bis* o.p., in ragione dei moniti rivolti al legislatore e dell'imminenza della data fissata per l'udienza, come indicato in apertura del decreto-legge. Invero, l'urgenza di provvedere tesa ad evitare una decisione del Giudice delle leggi non può che essere addebitata al legislatore stesso, il quale ha accumulato un consistente ritardo nell'intervenire, a maggior ragione tenuto conto dell'ulteriore rinvio concesso dal giudice costituzionale. Con riguardo all'ergastolo ostativo, dunque, il dubbio sull'esistenza dei presupposti che legittimano l'adozione del decreto-legge pare essere quantomeno lecito.

Per quanto concerne la novella normativa, invece, sembra opportuno chiarire sin d'ora che, per alcuni aspetti, la riforma appare addirittura peggiorativa della disciplina censurata dalla Corte costituzionale, in base alla quale era preclusa la concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo per i delitti ostativi di “contesto mafioso”, che non avesse utilmente collaborato con la giustizia e che avesse scontato già 26 anni di carcere (anche grazie ai provvedimenti di liberazione anticipata), a causa di una presunzione assoluta di mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, superabile soltanto per effetto della condotta collaborativa.

In primo luogo, l'art. 1, co. 1, lett. a), n. 1 del decreto-legge apre le modifiche alla l. n. 354/1975 con l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi previsti dall'art. 4-*bis* (già particolarmente eterogeneo), stabilendo che il regime ostativo si applica anche «ai delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati»³. Detto altrimenti, la disposizione consente al giudice della cognizione e dell'esecuzione di accertare il nesso teleologico, consentendo di riconoscere l'ostatività anche in capo a chi abbia commesso un reato aggravato, ai sensi dell'art. 62, n. 2, c.p., o collegato, ai sensi dell'art. 371 c.p.p., indipendentemente da un eventuale cumulo con le pene inflitte per i reati di cui al comma 1, dell'art. 4-*bis* o.p.⁴.

³ Ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 3, co. 1, del d.l. n. 162 del 2022 la nuova disciplina si applica solo ai reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto, cioè dal 1° novembre 2022.

⁴ R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?* *Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

Quest'estensione mostra, quindi, una finalità ben lontana dal voler ricondurre l'art. 4-*bis* al suo originario scopo (ossia la lotta, sul versante penitenziario, ai più gravi delitti espressione della criminalità organizzata), dilatando ulteriormente il raggio di applicazione dell'ostatività, con l'inserimento di altre fattispecie di reato all'interno di un catalogo già notevolmente variegato e comprensivo di delitti accumulati fra loro soltanto dal forte allarme sociale. Per di più, la disposizione pone dei problemi rispetto agli elementi probatori da allegare o provare per essere ammessi a fruire dei benefici penitenziari, dato che la qualità della richiesta probatoria rafforzata (allegazione di elementi tali da escludere non solo l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo del loro ripristino) assume dei connotati diversi a seconda che essa venga posta nei confronti di chi non è propriamente affiliato all'organizzazione criminale oppure di un "partecipe". Proprio in questo senso, coloro che vengono condannati per un delitto aggravato secondo la nuova disciplina stabilita dal decreto potrebbero facilmente essere dei soggetti estranei al sodalizio criminale o addirittura esser stati coinvolti nell'attività delittuosa dell'organizzazione in modo del tutto occasionale, pertanto, sembra eccessivo richiedere nei loro riguardi un tale onere probatorio, tra l'altro irragionevolmente non diversificato in ragione del profilo dei condannati⁵.

In secondo luogo, l'art. 1, co. 1, lett. a), n. 2 sostituisce il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* con tre nuovi commi (1-*bis*, 1-*bis*.1 e 1-*bis*.2) i quali racchiudono il nucleo fondamentale della riforma: riconfigurano cioè l'articolo, individuando i requisiti per l'ammissione a tutti i benefici penitenziari esterni – non solo per la liberazione condizionale – in assenza di collaborazione.

Per il condannato per i reati ostativi non collaborante con la giustizia vengono introdotti una serie di elementi specifici che consentono di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o il rischio di ripristino di tali contatti, non essendo sufficiente la buona condotta o la partecipazione al trattamento. Più precisamente, si stabilisce che debba essere dimostrato l'adempimento (o l'impossibilità dello stesso) delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna e che debbano essere allegati elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti nonché il pericolo del loro

⁵ Sul punto cfr. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022, 13 ss., che riflette sulla necessità di distinguere la posizione del "partecipe" da quella dell'"estraneo" all'organizzazione criminale, nell'ambito dei reati di c.d. prima fascia, ai fini del regime probatorio richiesto per l'ammissione ai benefici penitenziari.

ripristino (anche indiretti o tramite terzi), tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Si prevede, altresì, che il giudice possa accertare, al fine della concessione dei benefici, la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

Nel solco tracciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253 del 2019 con riguardo ai permessi premio⁶, si prevedono dei criteri stringenti attraverso cui dimostrare la dissociazione dall'ambiente criminale di provenienza, tanto che l'onere di allegazione non solo dovrà essere parametrato ai fattori personali e ambientali, alle ragioni dell'assenza di collaborazione con la giustizia e alla revisione del proprio comportamento criminale, ma dovrà anche sostanziarsi in elementi diversi dalla buona condotta e dalla proficua partecipazione al programma trattamentale. Un percorso ad ostacoli particolarmente tortuoso che spinge ad affermare che, se già con riguardo all'onere di specifica allegazione per i soli permessi premio in dottrina si era parlato di una «*probatio quasi diabolica*»⁷, siamo passati adesso «dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità»⁸. Per tale ragione l'eliminazione dell'ergastolo ostativo sembra essere piuttosto apparente, soprattutto se unita alla previsione di una nuova soglia edittale per la richiesta di liberazione condizionale da parte degli ergastolani non collaboranti: 30 anni in luogo di 26 (art. 2, co. 1, lett. b), del d.l. 162/2022)⁹.

Infine, non possono tacersi la vaghezza e l'elasticità delle formulazioni linguistiche utilizzate nella nuova disposizione – si pensi alle “condizioni personali e ambientali” – che, ferma la scarsa qualità della legislazione, prestano il fianco all'interpretazione ad opera di coloro che dovranno applicare la norma al caso concreto. Tale indeterminatezza se, per un verso, è manifestazione di un vizio della disposizione, per altro verso, potrebbe essere un espediente per favorire l'esegesi dei giudici i quali, avendo a disposizione un ventaglio ampio di possibilità,

⁶ Per un'analisi del precedente giurisprudenziale sia consentito rinviare a A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2022, 80-84.

⁷ M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

⁸ R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?*, cit.

⁹ Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b) del decreto la pena si estinguerà decorsi dieci anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale e comporterà sempre il divieto di incontrare o mantenere contatti con condannati per reati di grave allarme sociale e con persone sottoposte a misure di prevenzione personali o patrimoniali.

potrebbero riempire di contenuto dei concetti ampi, tentando di interpretarli in chiave aderente ai principi espressi dalla Corte costituzionale.

L'impianto della riforma prosegue, poi, con la predisposizione di un meccanismo procedurale privo di automatismi, secondo le indicazioni fornite dal giudice costituzionale, per la concessione dei benefici penitenziari (art. 1, co. 1, lett a), n. 3). Per contemperare il diritto del detenuto di richiedere la concessione del beneficio con l'esigenza di garantire la sicurezza collettiva, il decreto prevede un procedimento rafforzato di valutazione delle istanze, caratterizzato dall'obbligo da parte del giudice di sorveglianza di acquisire plurimi pareri: il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di condanna di primo grado o, se si tratta, di condanna per i delitti indicati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Non solo, il giudice di sorveglianza dovrà anche acquisire informazioni dalla direzione dell'istituto ove è ristretto l'istante, nonché disporre accertamenti nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad egli collegate, «in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali». Il legislatore ha stabilito un termine di 60 giorni dalla richiesta affinché i pareri, le informazioni e gli esiti degli accertamenti vengano trasmessi al giudice, prorogabile, in ragione della loro complessità, di ulteriori 30 giorni. Decorso inutilmente il termine, il giudice potrà decidere in assenza degli stessi.

La disciplina stabilisce, inoltre, un'inversione dell'onere probatorio nel caso in cui dall'istruttoria emergano indizi circa l'attualità dei collegamenti col sodalizio criminale o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, oppure il pericolo del loro ripristino, infatti, in questa ipotesi sarà il condannato a dover fornire «idonei elementi di prova contraria». Sembra opportuno soffermare l'attenzione sul fatto che al detenuto non viene più richiesto un mero onere di allegazione, ma un vero e proprio onere di fornire elementi di prova contraria, particolarmente difficoltoso per chi si trova ristretto in un istituto penitenziario.

È lampante, dunque, l'entità dell'apparato istruttorio richiesto ai fini della decisione sulla concessione dei benefici al quale, specularmente, si unisce un preciso onere motivazionale in capo al giudice, che dovrà indicare specificatamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza, tenuto conto anche dei pareri acquisiti.

Da ultimo, la novella puntualizza che i benefici penitenziari possono essere concessi al detenuto sottoposto al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* o.p. solamente dopo che il provvedimento applicativo dello stesso sia stato revocato o non prorogato, denotando un'indebita identificazione – che, seppur diffusa nell'opinione pubblica, non dovrebbe invece appartenere al legislatore – fra

condannati per reati ostativi e detenuti sottoposti al regime di detenzione speciale, i quali potrebbero, tra l'altro, essere condannati a una pena temporanea e non all'ergastolo. Il decreto, in tal modo, impedisce ai ristretti in 41-*bis* di richiedere qualsiasi beneficio penitenziario, con una disposizione alquanto categorica che non sembra pienamente in linea con taluni fondamentali arresti della giurisprudenza costituzionale. Da molto tempo, infatti, la Consulta ha chiarito che il regime detentivo speciale comporta limitazioni intramurarie e non anche, necessariamente, l'impossibilità di accedere alle misure extramurali¹⁰.

A completamento della nuova disciplina, il decreto-legge dispone anche una modifica della competenza con riguardo alla decisione circa la concessione dei permessi premio e dei provvedimenti di ammissione al lavoro all'esterno (art. 1, co. 1, lett. b) e c) soltanto, però, relativa ai condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, nonché per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del c.p. o commessi avvalendosi del c.d. metodo mafioso ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Per costoro la decisione non sarà più di competenza del magistrato di sorveglianza, ma del tribunale di sorveglianza, in un'ottica che evidentemente privilegia la decisione collegiale, considerata forse più ponderata rispetto alla monocratica, ma che al contempo priva l'istante di un grado di giudizio, non potendo più giovare quest'ultimo dell'opportunità di presentare reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza (strumento utilizzabile anche dal pubblico ministero in caso di decisione monocratica favorevole al detenuto)¹¹.

Conclusivamente, il decreto dispone delle norme transitorie per "armonizzare" la disciplina previgente con le nuove previsioni (art. 3). Come già accennato, l'estensione dell'ostatività alla nuova categoria dei reati aggravati o collegati si applicherà soltanto a coloro che abbiano commesso tali reati a partire dal 1° novembre 2022, mentre per coloro che hanno commesso reati ostativi prima dell'entrata in vigore del decreto, che dimostrino l'impossibilità e/o l'irrelevanza della collaborazione (stante la limitata partecipazione al fatto criminoso o l'ormai intervenuto integrale accertamento delle circostanze e delle responsabilità ad esso connesse) e la sussistenza di elementi idonei ad escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, varrà la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale secondo la disciplina previgente, cioè, nel caso degli ergastolani ostativi, trascorsi 26 anni in espiazione di pena (e non 30, come attualmente disposto). Escluso quest'ultimo caso, per tutti gli altri condannati all'ergastolo si applicherà immediatamente la nuova soglia edittale.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, punto 5.3. del *Considerato in diritto*.

¹¹ Similmente R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"?*, cit.

La normativa transitoria, salvo non volerne sostenere la volontarietà da parte del legislatore, sembra errare di coordinazione giacché esclude i permessi premio e il lavoro all'esterno dall'ultrattività della disciplina relativa alla collaborazione impossibile/inesigibile, riferendosi espressamente soltanto alle misure alternative alla detenzione del Capo VI, titolo I, o.p. e alla liberazione condizionale. Il quadro che ne risulta è quindi frammentato perché, da un lato, per misure intermedie quali i permessi e il lavoro fuori dal carcere, i detenuti non collaboranti per impossibilità/inesigibilità dovranno sottostare alla nuova procedura disposta dal decreto, mentre, dall'altro, per le domande di misure alternative e finanche per la liberazione condizionale, si applicherà la disciplina previgente, che valorizza la collaborazione non possibile o non esigibile. Il paradosso è evidente: per la concessione di un permesso premio, ovvero una misura che si colloca fra le modalità di esecuzione della pena, la procedura sarà quella più gravosa attualmente vigente, mentre per la liberazione condizionale, che si inserisce fra le cause di estinzione della pena, si applicherà il meccanismo della collaborazione impossibile e/o irrilevante.

4. Un'occasione sprecata

La necessità di riscrivere l'art. 4-*bis* o.p. scaturisce dalla nota pronuncia della Corte costituzionale (ordinanza n. 97 del 2021), con la quale è stata rilevata l'illegittimità costituzionale della disciplina – in quanto, essendo la collaborazione l'unico strumento per poter acquisire la libertà, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, nonché con l'art. 3 della CEDU – ma non dichiarata, contestualmente, nel dispositivo. In quell'occasione la Corte se, per un verso, ha giudicato ragionevole che la collaborazione sia un positivo strumento di dimostrazione dell'avvenuta rottura dei rapporti col sodalizio criminale, dall'altro, ne ha affermato la incompatibilità con la Costituzione se e in quanto risulti l'unico strumento per poter accedere alla liberazione condizionale, perché, contrariamente, è necessario che la presunzione di pericolosità possa essere vinta da prova contraria, valutabile dalla magistratura di sorveglianza in ordine all'intero percorso carcerario del condannato e non solo sulla base della scelta di non collaborare con la giustizia. Nel rispetto dell'incomprimibile discrezionalità del legislatore, però, il giudice costituzionale ha ritenuto che spettasse al Parlamento individuare il punto di equilibrio fra la lotta alla criminalità organizzata e la funzione rieducativa della pena che, anche per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, o.p., non può non essere orientata alla fine della detenzione.

A seguito di un doppio rinvio dell'udienza, siamo finalmente dinnanzi alla lettura di quella riforma tanto attesa, che avrebbe dovuto esprimere un bilanciamento fra contrapposte esigenze istituzionali e che, all'opposto, pare essere

un'altra occasione mancata per ricomporre la materia in modo conforme al dettato costituzionale. Il Governo, infatti, sull'onda mediatica della sicurezza e della pena certa per i boss-mafiosi, ha innovato in modo insufficiente la legislazione penitenziaria, con delle novelle frammentate, poco coordinate e prive di un generale ripensamento della disciplina relativa alla concessione di benefici, non solo di natura diversa, ma anche nei confronti di condannati per una serie eterogenea di delitti, a volte ben distanti dalla matrice della criminalità organizzata.

Come già evidenziato, il decreto, per taluni versi, aggrava ulteriormente la disciplina censurata dalla Corte costituzionale. Innanzitutto, con una disposizione inutilmente punitiva, di cui non si comprendono a pieno le ragioni, è stato disposto l'aumento da 26 a 30 anni della pena da scontare prima di poter presentare l'istanza di liberazione condizionale; in secondo luogo, la nuova disciplina, con l'impianto probatorio particolarmente oneroso che ne deriva, si applica indistintamente a tutti i benefici penitenziari, tradendo così una noncuranza e non adeguata considerazione dell'importanza della progressione trattamentale del detenuto; in terzo luogo, viene esteso il perimetro dell'ostatività, con la comprensione di altre ipotesi di reato (aggravate *ex* dell'art. 62, n. 2, c.p., o collegate ai sensi dell'art. 371 c.p.p.) ed, infine, viene abrogato il meccanismo della collaborazione impossibile/inesigibile ma, irragionevolmente, solo per i permessi premio e per l'affidamento al lavoro all'esterno.

Già con queste sottolineature si può convenire sul fatto che il legislatore non abbia risposto alle sollecitazioni della Consulta che, quindi, difficilmente potrà dirsi soddisfatta all'udienza dell'8 novembre quando si troverà a valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte dal legislatore. Preme sottolineare come tali determinazioni siano contenute all'interno di un provvedimento, il decreto-legge, che, secondo il disposto dell'art. 77 Cost., è per sua definizione provvisorio, giacché perde efficacia *ex tunc* qualora non sia convertito in legge entro 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Conseguentemente, peculiare e di non facile risoluzione è la situazione in cui incorrerà la Corte, che, nonostante il doppio rinvio in chiave di collaborazione istituzionale, dovrà vagliare sì una novella legislativa ma racchiusa in un atto privo di stabilizzazione normativa, per la quale bisognerà attendere almeno la scadenza del termine per la conversione. Ancora una volta, dunque, potrebbe sovrapporsi il termine della legalità costituzionale col tempo della legislazione¹², con un'indebita confusione fra il compito di rendere giustizia costituzionale, appartenente al Giudice delle leggi, e quello di stabilire i tempi di attuazione, ovvero di non attuazione (con tutti i rischi che ne derivano sul piano ordinamentale) della nostra Carta fondamentale, che compete invece al Parlamento.

¹² Per questo aspetto cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 191.

Non essendo in alcun modo presagibile l'operato della Corte, quel che pare potersi dire con maggiore certezza è che il legislatore, di nuovo, non ha ascoltato in pieno i moniti che gli erano stati rivolti, tanto che si è parlato di una "truffa delle etichette" nella quale cambiano i termini ma non la sostanza della disciplina¹³. Ad ogni modo, le opzioni decisorie a disposizione della Consulta potrebbero essere, da un lato, il trasferimento del giudizio dalla vecchia alla nuova disciplina, e, dall'altro, la restituzione degli atti al giudice ordinario che aveva originariamente sollevato la questione di costituzionalità sulla precedente legge. La prima ipotesi pare difficilmente praticabile, in ragione della diversità di contenuto fra le due normative, mentre la seconda potrebbe essere forse la più opportuna, poiché consentirebbe sia al giudice del caso concreto di valutare se permangono i dubbi di costituzionalità nonostante l'intervento legislativo, sia al giudice costituzionale di «guadagnare il tempo necessario alla conversione in legge del decreto»¹⁴.

Per converso, qualora si scegliesse di giudicare nel merito la nuova disciplina dell'ergastolo ostativo (o meglio, la nuova disciplina probatoria per accedere ai benefici penitenziari) e la si ritenesse costituzionalmente compatibile, sembra quantomeno auspicabile che vengano fornite delle indicazioni per una conversione in legge con modificazioni, tale da rendere la normativa pienamente rispettosa degli artt. 3 e 27 della Costituzione, nonché dell'art. 3 CEDU, in relazione al quale la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo è stata ritenuta non conforme nella celebre sentenza *Viola c. Italia (n.2)*¹⁵. Al contrario, se la conversione in legge non

¹³ Cfr. A. MORRONE, *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in *Editoriale Domani*, 7 novembre 2022.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sinteticamente, vale la pena segnalare che la sentenza richiamata rappresenta la prima statuizione della giurisprudenza convenzionale in tema di ergastolo ostativo. In quell'occasione la Corte Edu ha sostenuto che la normativa italiana, prevedendo una presunzione assoluta e inconfutabile di pericolosità derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia, ha l'effetto di privare il detenuto di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione, quest'ultimo, infatti «si trova nell'impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e [...] pertanto tale mantenimento è contrario all'articolo 3 della Convenzione, in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, [...] riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna» (Corte Edu, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia (n. 2)*, § 128). Fino a quel momento, invece, la Corte Edu si era pronunciata esclusivamente sulla compatibilità con l'art. 3 CEDU dell'ergastolo comune (casi *Scoppola c. Italia* e *Garagin c. Italia*), ritenendolo non incompatibile poiché, essendoci la prospettiva concreta di liberazione, il mantenimento in carcere, anche per un lungo periodo di tempo, non costituisce un trattamento inumano e

dovesse dare gli esiti sperati, sarà di nuovo compito dei giudici *a quo*, che si troveranno ad applicare la normativa al caso concreto, sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte.

degradante. Più in generale, ai fini della valutazione della riducibilità della pena, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato i c.d. criteri Murray, v. Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, § 99-100, in base ai quali, i meccanismi di controllo sull'esecuzione della pena ed eventualmente di riduzione della stessa devono: i) essere regolati da una legge chiara ed accessibile; ii) tener conto delle istanze di reinserimento sociale; iii) essere accessibili a partire da non oltre 25 anni dall'inizio dell'espiazione e attivabili su base periodica; iv) essere assistiti da adeguate garanzie processuali. Da ultimo, può risultare non del tutto superfluo richiamare la recente sentenza *Sanchez v. UK* nella quale, sia pure nel diverso contesto dell'extradizione, il giudice di Strasburgo sembra compiere un *revirement* proprio sull'art. 3 CEDU, cfr. Corte Edu, 3 novembre 2022, *Sanchez v. UK*.

I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*

FRANCESCA POLACCHINI**

Sommario: 1. Osservazioni introduttive: la perimetrazione dell’oggetto dell’indagine. – 2. Le peculiarità del Pnrr rispetto alle precedenti esperienze di riforma. – 3. Le fasi di elaborazione del Pnrr: la fase europea di guida degli Stati verso la costruzione dei contenuti e della *governance* del Piano. – 3.1. La fase governativa di costruzione del Pnrr e la funzione di indirizzo e controllo in chiave prospettica del Parlamento. – 3.2. Il coinvolgimento (debole) dei soggetti dello Stato-ordinamento: il ruolo delle Regioni e dei gruppi di interesse. – 4. La *governance* del Pnrr: un focus sulla Cabina di regia. – 4.1. I riflessi della *governance* sull’equilibrio tra i principi, monocratico e collegiale, espressi dall’art. 95 della Costituzione – 5. L’impatto del Pnrr sui processi di decisione politica: quali margini per un ripensamento dei contenuti del Piano? – 5.1. Le prospettive di rinegoziabilità del Pnrr alla luce delle nuove emergenze. – 6. Il ruolo del Parlamento nell’attuazione del Pnrr. – 7. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 14 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

F. POLACCHINI, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Nel fascicolo n. 3/2021 di *Quaderni costituzionali* è stato pubblicato il bando di concorso sul tema *Assemblee parlamentari e collegialità governativa nella definizione e attuazione del PNRR*. Il saggio risultato vincitore è stato pubblicato nel fascicolo n. 4/2022 della Rivista. Nell’ambito del concorso la Commissione valutatrice ha altresì ritenuto meritevole di segnalazione il contributo dell’Autrice, raccomandandone la pubblicazione in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*.

** Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nell’Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: francesca.polacchini@unibo.it.

1. Osservazioni introduttive: la perimetrazione dell'oggetto dell'indagine

Il procedimento euro-nazionale di elaborazione del Pnrr e la gestione delle risorse e degli interventi previsti da questo programma epocale di riforme ed investimenti, affidato ad una articolata geografia di poteri e funzioni riconducibili in larga parte alla attività di direzione e coordinamento del Presidente del Consiglio dei ministri, conducono lo studioso a interrogarsi sul ruolo assunto dal Parlamento nella formulazione dei contenuti del Piano e a riflettere sulla perdurante vitalità del principio collegiale come valore cardine dei processi di definizione e conduzione delle scelte di indirizzo politico.

Il primo ambito di analisi deve essere colto da una duplice prospettiva: volgendo lo sguardo al passato, occorre interrogarsi sul grado di coinvolgimento del Parlamento, delle regioni e degli attori sociali nei processi di decisione politica che hanno accompagnato la formazione del Piano e, guardando alle traiettorie future, non si può non riflettere sull'intensità del vincolo che il Piano è in grado di esercitare sulle nuove forze politiche, con particolare riferimento alla ipotesi di rinegoziazione dei suoi contenuti e scadenze, frequentemente invocata da alcuni partiti. I recenti avvenimenti politici e istituzionali, che hanno visto la prematura conclusione del Governo Draghi e il conseguente mutamento sia della compagine governativa sia della composizione del Parlamento, impongono una riflessione sulle prospettive di tenuta dell'impianto complessivo del Pnrr e sulle possibili modifiche della sua articolazione interna, formulata nel 2020 attraverso un processo decisionale congiunto euro-nazionale e formalizzata nell'aprile del 2021 con la ufficiale presentazione del Piano alla Commissione europea. A ciò devono aggiungersi la considerazione dell'attuale congiuntura geopolitica e la nascita di nuove emergenze, che portano ad integrare l'orizzonte dell'indagine con un elemento di sicura novità, ovvero il Piano *REPowerEU* (COM (2022)230), presentato il 18 maggio scorso dalla Commissione allo scopo di affrancare l'Unione europea dalla dipendenza dalle risorse fossili importate dalla Russia e di creare le condizioni per l'autosufficienza energetica della Unione.

L'analisi del momento decisionale che ha guidato le attività connesse al Piano deve essere combinata con la disamina della struttura organizzativa di gestione delle risorse e degli interventi del Piano medesimo, i cui tratti verticistici sollevano alcuni profili di frizione con il principio di collegialità governativa, nella sua veste di centro motore dei processi di indirizzo politico. Conclusa la ricognizione delle fasi di costruzione del Pnrr, il lavoro esaminerà, quindi, la *governance* del Pnrr, elemento cruciale sia sul versante del diritto costituzionale, in considerazione dei riflessi che genera sui rapporti endogovernativi, come forgiati dall'art. 95 Cost., sia sul versante politico, atteso che è sulla definizione della *governance* che si è consumato, come noto, lo strappo tra Italia Viva e le altre forze politiche che

sostenevano il Governo Conte II, costretto a dare successivamente le dimissioni. Anticipando quanto sarà successivamente sviluppato, l'impianto organizzativo del Pnrr definisce un modello organizzativo speciale, una sorta di microcosmo di strutture, in cui dialogano organi che hanno la capacità di adottare con ampi spazi di autonomia scelte e indirizzi che condizioneranno l'attività normativa e amministrativa a livello centrale e periferico almeno fino al 2026, assumendosi la responsabilità di un indirizzo politico "emergenziale" all'interno dell'indirizzo politico generale. Come è stato osservato, il Pnrr rappresenta un concentrato massimo di "indirizzo politico" in un contesto dai contorni economici e politici eccezionali¹. Il d.l. 77/2021 costruisce un innovativo apparato organizzativo la cui missione risiede nel conseguimento degli obiettivi negoziati con l'Europa e scanditi da rigide regole di condizionalità, a cui si affiancano, tuttavia, anche forme di mutualità che si sono tradotte nella previsione di somme che verranno trasferite a fondo perduto in relazione al diverso fabbisogno degli Stati². Secondo quanto previsto dal regolamento Ue 2021/241, la Commissione europea ed il Consiglio possono deliberare la sospensione parziale o totale degli impegni e dei pagamenti sia nel caso in cui lo Stato beneficiario abbia disatteso il conseguimento di uno degli obiettivi cui è subordinata l'erogazione del sostegno finanziario ovvero i pertinenti target intermedi e finali contenuti nel suo Pnrr (art. 24, reg.), sia nel caso in cui abbia violato quanto prescritto dall'art. 10 RRF recante le Misure per collegare il dispositivo a una sana *governance* economica³. Emerge, quindi, l'esigenza teorica di inquadrare questo inedito apparato organizzativo all'interno delle norme costituzionali che affidano la determinazione dell'indirizzo politico alla collegialità del Governo, atteso che con il Pnrr si assiste al tentativo di spostare le decisioni dal Consiglio dei ministri al Presidente del Consiglio o, al massimo, ad un numero circoscritto di ministri, individuati in relazione alla materia trattata⁴. Dopo aver ricostruito la complessa geometria di organi e funzioni connessi al Pnrr, si procederà quindi ad un tentativo di loro sistemazione all'interno dell'impianto costituzionale, al fine di valutare se gli stessi si inseriscano fisiologicamente all'interno dei principi che presiedono la "Costituzione dei poteri" oppure se rappresentino, invece, uno strappo all'equilibrio delineato dal Costituente.

¹ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *federalismi.it*, 18/2021, p. 253; E. CATELANI, *P.n.r.r. e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista Aic*, 3/2022, p. 213, che rinviene nel Pnrr contenuti dall'altissimo rilievo per l'indirizzo politico attuale e futuro.

² S. GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 219

³ F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, p. 68.

⁴ E. CATELANI, *P.n.r.r. e ordinamento costituzionale*, cit., p. 213.

2. Le peculiarità del Pnrr rispetto alle precedenti esperienze di riforma

Le peculiarità del Pnrr emergono innanzitutto dalla sua fonte, rinvenibile nel regolamento Ue 2021/241, istitutivo del Dispositivo di ripresa e resilienza, uno strumento inedito che ha promosso un programma di debito comune destinato a finanziare le risorse erogate agli Stati, marcando un cambio di paradigma nell'approccio europeo alla politica economica⁵. Le iniziative intraprese dall'Unione hanno avviato un ambizioso esperimento di solidarietà europea, volto a sostenere la ripresa e la resilienza degli Stati membri, a partire da quelli economicamente più fragili⁶.

Profili di sicura novità risiedono, altresì, nella sua origine, rintracciabile nell'integrazione dei lavori diretti da due Presidenti del Consiglio «laici», ovvero estranei alla tradizione politica italiana, che hanno condotto una sintesi tra analisi empirica della realtà sociale, culturale, produttiva del Paese e specificità e tecnicità degli obiettivi perseguiti, combinando le ideologie e le posizioni partitiche con il ricorso alle conoscenze di tipo scientifico e ai dati empirico-fattuali⁷, nella consapevolezza che le risorse del nuovo strumento europeo possono contribuire al superamento dei ritardi accumulati dall'economia italiana negli ultimi trent'anni, a cominciare dalla bassa crescita e dalla debole produttività.

Sul versante del metodo seguito per l'elaborazione del Piano, è stata adottata una tecnica fondata sulla focalizzazione dei problemi che storicamente hanno ostacolato la crescita del Paese, che ha richiesto l'individuazione delle riforme necessarie e degli investimenti opportuni, osservando le indicazioni provenienti dall'analisi compiuta sui singoli Paesi dalle istituzioni dell'Unione europea. Come è stato osservato, si assiste ad una «modalità di focalizzazione delle questioni problematiche e formulazione di ipotesi risolutive poco diffusa nella tradizione politico-governativa del nostro Paese, propensa più che alla loro cruda rappresentazione, al nascondimento o all'omissione di quei dati ritenuti «allarmanti» o inadatti ad una opinione pubblica considerata, evidentemente, poco matura⁸. In altri termini, la progettualità inscritta nel Pnrr ha richiesto una fortissima interdipendenza tra politica e tecnica nella fase del processo decisionale e un metodo di elaborazione «*mission-oriented*». I contenuti del Piano e la sua

⁵ F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Diritto Pubblico*, 1/2021, pp. 41 ss.; A. SCIORTINO, *L'impatto del Pnrr sulle diseguaglianze territoriali: note introduttive*, in *Rivista Aic*, 3/2022, p. 271.

⁶ M. FERRERA, *L'Unione Europea tra crisi, Brexit e pandemia*, in *il Mulino*, 2/2021, p. 19.

⁷ G. DOMENICI, *Next Generation EU e rinascita dell'Europa. Il Piano Nazionale italiano di Ripresa e Resilienza: verso un nuovo Rinascimento?*, in *ECPS Journal*, 23/2021, p. 14.

⁸ *Ivi*, p. 14.

articolazione riflettono un insieme coordinato di misure e interventi regolativi concepiti per conseguire specifici obiettivi relativi a grandi sfide sociali che esigono di essere affrontate in un lasso di tempo definito. Grazie al Pnrr e alle risorse che è in grado di mobilitare, l'Italia si trova di fronte a una vera e propria "giuntura critica", che offre una occasione irripetibile non solo per rilanciare, ma anche per modificare il suo modello di sviluppo⁹.

Le peculiarità e la complessità contenutistica del Piano si riflettono nell'articolazione dell'apparato organizzativo strumentale al conseguimento degli obiettivi e alla gestione delle risorse. La natura reticolare dell'articolazione dei soggetti che governeranno le risorse, le riforme e gli investimenti previsti dal Piano trova il proprio fondamento nella rilevanza strategica e nell'alto tecnicismo della misura in esame, che si distingue dalla gran parte degli interventi di riforma che hanno interessato il nostro Paese sia sotto il profilo quantitativo, data l'entità delle risorse coinvolte, sia sotto il profilo qualitativo, contraddistinto dalla contestuale pianificazione di eterogenee riforme strutturali capaci di conformare in termini nuovi i settori nevralgici per lo sviluppo del sistema economico e sociale del Paese (digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute). In questa prospettiva, la logica che guida il Piano risente di una contraddizione interna, ravvisabile nel connubio tra la natura emergenziale dell'operazione e la sua attitudine a riscrivere su nuove basi il futuro del Paese, innovando trasversalmente alcuni settori fondamentali per la crescita e la stabilità della vita economica e sociale del Paese, ovvero la pubblica amministrazione, la giustizia, la semplificazione e la concorrenza. In altri termini, da un lato, il Piano è stato concepito e adottato in una situazione emergenziale, con tempi di redazione stringenti e contingentati, che hanno trascurato il ruolo del Parlamento come centro di produzione normativa; dall'altro, esprime contenuti e progettualità che hanno la capacità di innovare in modo stabile la struttura economica e sociale del paese, ciò che a rigore avrebbe richiesto tempi di maturazione più estesi e un coinvolgimento più incisivo del Parlamento.

3. Le fasi di elaborazione del Pnrr: la fase europea di guida degli Stati verso la costruzione dei contenuti e della *governance* del Piano

Il Pnrr rappresenta un piano di riforme, missioni e investimenti elaborato in adempimento del regolamento 2021/241, che ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza finanziato dal programma *Next generation EU*, formulato nel corso del 2020 per offrire una risposta alla crisi economica generata dalla pandemia e per definire la traiettoria di sviluppo e consolidamento di un'Europa digitale,

⁹ F. RAMELLA, *Pnrr. Una giuntura critica per l'Italia*, in *Il Mulino*, 2022, p. 3.

verde, coesa e resiliente, capace di correggere i principali squilibri attualmente presenti nel contesto europeo¹⁰. Il regolamento 2021/241, insieme alle linee guida predisposte dalla Commissione europea, fissa i pilastri e gli obiettivi dei piani nazionali di ripresa e resilienza, che devono destinare le risorse europee al perseguimento delle missioni individuate a livello sovranazionale, conferendo almeno il 37% dei contributi alla transizione ecologica e il 20% alla transizione digitale (art. 16, par. 2). I contenuti e gli obiettivi del Pnrr sono, quindi, in larga parte mutuati dalle analisi e dalle valutazioni compiute nelle linee guida della Commissione europea e nel regolamento *de quo*, che imprimono una precisa direzione all'articolazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza sia sul versante delle missioni sia sul versante della ripartizione delle risorse tra gli obiettivi individuati. Lo spazio per la libera determinazione degli Stati è, quindi, piuttosto circoscritto, in quanto perimetrato e vincolato dalle priorità indicate nei sei pilastri, a cui si aggiungono le priorità specifiche per ciascun Paese indicate nell'ambito del Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche. Gli ambiti proposti sono già rintracciabili nella Strategia annuale di crescita (2020) e nel contributo alla realizzazione degli obiettivi dell'UE (artt. 120 e 121 TFUE), che ciascuno Stato membro è tenuto a garantire nell'elaborazione della propria politica economica tenendo conto del raggiungimento degli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale (art. 174 TFUE)¹¹. Emerge, quindi, una significativa continuità nell'identificazione delle priorità di *policy* per il Paese, largamente indipendente dalla configurazione della maggioranza di governo, in quanto dettata dalle coordinate tracciate dalla normativa europea¹². L'autonomia del Governo nella costruzione dei contenuti del Piano ha, quindi, risentito della necessaria acquisizione della progettualità europea, alla cui definizione, peraltro, l'Esecutivo italiano ha contribuito partecipando ai consessi europei di discussione e di decisione.

Anche gli elementi portanti dell'architettura della *governance* sono tratteggiati dalle istituzioni dell'Unione, che hanno previsto una serie di momenti di monitoraggio, supervisione, coordinamento e *audit* che devono essere affidati a strutture *ad hoc*. In particolare, il regolamento e le linee guida del RRF richiedono agli Stati di definire, all'interno dei piani, una struttura amministrativa di *governance* che sia in grado di rispondere ad alcuni requisiti minimi, tra i quali la individuazione di una "*leading authority*" che funga da struttura di coordinamento (Sezione 3.3 delle Linee guida del RRF), che abbia la responsabilità completa per

¹⁰ E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

¹¹ A. SCIORTINO, *L'impatto del Pnrr sulle diseguaglianze territoriali*, cit., pp. 241-242.

¹² M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2021, p. 424.

il piano e agisca come interlocutore unico della Commissione europea, nonché un'autorità preposta all'audit e ai controlli, che operi in nome e per conto della Commissione medesima e in modo indipendente dagli organi preposti alla rendicontazione dei risultati conseguiti.

3.1 La fase governativa di costruzione del Pnrr e la funzione di indirizzo e controllo in chiave prospettica del Parlamento

Il processo nazionale di costruzione sia dei contenuti sia della *governance* del Pnrr ha visto come protagonisti il Governo, il Presidente del Consiglio dei ministri e il Ciae, che hanno disciplinato la programmazione delle riforme e delle risorse europee attraverso l'adozione di linee guida, del documento contenente il Pnrr, di decreti-legge e di Dpcm. Grazie ad un'intensa attività conoscitiva svolta dalle Commissioni parlamentari competenti, la formulazione del Piano è avvenuta in costante dialogo con il Parlamento, che ha esercitato un controllo preventivo volto ad orientare le scelte del Governo, che ha così potuto acquisire e valutare le proposte emerse dalla dialettica parlamentare. Come ha rilevato il Comitato per la legislazione, le Commissioni permanenti e l'Assemblea sono intervenute in tutte le fasi del processo decisionale che ha accompagnato la predisposizione del Piano, ovvero il negoziato a livello europeo sulla strategia e le misure dell'UE per la risposta alla crisi economica generata dalla pandemia (aprile-ottobre 2020), l'analisi delle linee guida per la redazione del piano presentate alle Camere il 15 settembre 2020 e, infine, l'esame della proposta di Pnrr trasmessa prima dal Governo Conte II, poi dal Governo Draghi¹³.

In prospettiva diacronica, l'atto che ha dato avvio al processo di elaborazione del Piano è la proposta di linee guida per la redazione del Pnrr, approvata dal Ciae nel settembre 2020 in modo coerente con i contenuti del Pniec, del Pnr e del Piano di Rilancio, quest'ultimo presentato dal Presidente del Consiglio a conclusione di una complessa fase preliminare di analisi e studio, durante la quale il Governo si è avvalso del contributo del Comitato di Esperti in materia economica e sociale coordinato da Vittorio Colao.

Le linee guida definite dal Comitato interministeriale sono state sottoposte all'esame delle Camere, che hanno adottato un atto di indirizzo che invitava il Governo a predisporre il Piano garantendo nella fase progettuale e attuativa del medesimo un ampio coinvolgimento delle assemblee, del settore privato, degli enti locali e delle forze produttive del Paese. L'attività parlamentare di indirizzo in tale fase si è conclusa, il 13 ottobre 2020, con l'approvazione di due distinte risoluzioni da parte di Camera e Senato, che hanno fornito elementi utili al Governo per

¹³ Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, regioni e Unione europea, rapporto 2021*, p. 125.

avviare il dialogo informale con la *task force* della Commissione europea in vista della presentazione del Pnrr. Come noto, la fase di redazione del Piano è il risultato della sovrapposizione e integrazione tra le proposte attivate dal Governo Conte e quelle promosse dal Governo Draghi, entrambe sottoposte all'esame delle Camere, che hanno proceduto, tramite le Commissioni competenti per materia, ad una approfondita analisi della struttura del documento. Il 31 marzo 2021 si è conclusa l'attività conoscitiva sulla proposta di Pnrr svolta dalle Commissioni bilancio della Camera e del Senato, congiuntamente alle altre Commissioni parlamentari permanenti, cui hanno preso parte numerosi attori del partenariato economico e sociale. Le Relazioni prodotte al termine del ciclo di audizioni dalle Commissioni competenti (Relazione della V Commissione della Camera del 30 marzo 2021 e Relazione delle Commissioni riunite V e XIV del Senato del 31 marzo 2021) sono state acquisite dal Governo anche nella prospettiva dell'adattamento del Piano alle istanze del dialogo economico-sociale e territoriale. Le risoluzioni finali approvate dalle Camere, che hanno tracciato le linee di indirizzo per il lavoro di stesura finale del Piano, contenevano proposte di integrazione e modifica del testo del Pnrr e impegnavano il Governo a rendere comunicazioni al Parlamento prima della formale trasmissione del documento alle istituzioni dell'Unione europea. Precisamente, la relazione della V Commissione della Camera ha insistito sull'esigenza di assicurare un coinvolgimento del Parlamento sia nella fase di predisposizione del Pnrr, sia nella fase di successiva attuazione. In ottemperanza a questa direttiva, il 26 e 27 aprile 2021 il Presidente Draghi ha reso comunicazioni sul nuovo testo alle Assemblee, che hanno approvato il documento¹⁴.

Il confronto intercorso tra Governo e Camere nelle fasi di elaborazione del Piano mostra tutte le potenzialità insite nella valorizzazione della funzione di indirizzo e controllo in chiave prospettica del Parlamento. Invero, la funzione che ha contraddistinto in modo precipuo il ruolo svolto dalle Camere si sostanzia in un controllo volto non solo a mettere in discussione le scelte dell'Esecutivo, ma anche a sensibilizzarne le scelte nell'ambito degli indirizzi tracciati¹⁵. Nel contesto di quella che è stata definita come "polivalenza"¹⁶ e "polifunzionalità dei procedimenti parlamentari"¹⁷, si possono ricondurre al controllo parlamentare non solo tutti quei procedimenti in grado di attivare la responsabilità del Governo, ma

¹⁴ Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, regioni e Unione europea, rapporto 2021*, p. 128, 129.

¹⁵ P. PICCIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, in *federalismi.it*, 3/2019, p. 141.

¹⁶ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, 1977, p. 302.

¹⁷ N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 4 marzo 2009, p. 3, disponibile all'indirizzo <https://amministrazioneincammino.luiss.it/>.

anche quelli volti all'acquisizione di elementi conoscitivi e di informazione legati da un nesso strumentale al controllo medesimo. Superata la sola dimensione del controllo finalizzato alla sanzione, si apre un orizzonte entro cui le Camere possono diventare interlocutori privilegiati nella definizione delle linee di indirizzo in alcuni ambiti specifici, al di là delle dinamiche che interessano i conflitti tra maggioranza ed opposizione¹⁸. Si tratta di una funzione di controllo che richiede l'ampliamento della capacità informativa delle Assemblee al fine di mantenere una equilibrata dialettica (politica ed istituzionale) con l'Esecutivo nelle fasi di invero degli interventi connessi al Piano¹⁹. In questa direzione, diventa strategica non solo la funzione di controllo di verifica (*oversight*) dell'operato del Governo portato avanti con gli strumenti parlamentari "classici", ma anche (e forse soprattutto) una funzione di controllo preventivo (*foresight*), tesa cioè a condizionare e influenzare le scelte del Governo, che può così tener conto della dialettica parlamentare nella fase di implementazione delle misure previste dal Pnrr. In questa dimensione, la funzione di controllo, che «semberebbe essere quella che si presta, più delle altre, ad accogliere le sfide che il futuro riserva alle istituzioni parlamentari»²⁰ potrebbe essere declinata in un "*preventive control*", individuabile, essenzialmente, nella possibilità di contribuire al miglioramento della qualità delle *policy* e dei programmi governativi, e, in secondo luogo, nella possibilità per le proposte governative di acquisire maggiore legittimazione.

Di queste potenzialità è stato ben consapevole il Parlamento, che, all'art. 1 del ddl di conversione del d.l. 77/2021, ha aggiunto i commi da 2 a 7 relativi agli obblighi di trasmissione alle Camere della documentazione necessaria ad assicurare il monitoraggio parlamentare sull'attuazione dei progetti previsti dal Pnrr e sulle relative scadenze. Attraverso le previsioni inserite nell'art. 1, il Parlamento potrà prevenire, rilevare e correggere eventuali criticità relative all'attuazione del Piano e formulare osservazioni con le quali indirizzare il Governo verso una migliore attuazione del Piano medesimo nei tempi previsti.

¹⁸ P. PICIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, in *federalismi.it*, 3/2019, p. 140.

¹⁹ P. TORRETTA, *Metamorfosi del controllo parlamentare in Italia e nell'Unione europea. Un focus sul sindacato ispettivo*, in L. GORI, F. PACINI, E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento "interlocutore"*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 57.

²⁰ P. PICIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, cit., p. 140.

3.2 Il coinvolgimento (debole) dei soggetti dello Stato-ordinamento: il ruolo delle Regioni e dei gruppi di interesse

La direttrice metodologica in tema di elaborazione del Piano proposta agli Stati dalle istituzioni europee e dallo stesso regolamento 2021/241²¹ insisteva sul coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali nella fase di predisposizione del Piano²², nonché sulla consultazione di tutti i soggetti economico-sociali (*stakeholder*) interessati dal Piano²³.

Nonostante le indicazioni europee, la scrittura del Piano ha seguito dinamiche centralizzate, che hanno trascurato l'apporto che le regioni avrebbero potuto offrire in fase di elaborazione dei contenuti. Sin dall'approvazione da parte del Consiglio del *Next Generation EU*, a fronte della scelta del Governo di affidare al Ciae la predisposizione delle linee guida per la preparazione del Piano, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha espresso la preoccupazione e l'urgenza di definire modalità e tempi di coinvolgimento degli enti territoriali nella preparazione del documento e ha lamentato la mancata conoscenza dei progetti che le amministrazioni centrali stavano discutendo.

Nel periodo di predisposizione del Pnrr, le Regioni sono state coinvolte attraverso una fase di proposta, ossia mediante contributi che avrebbero dovuto rappresentare la base di partenza per la formulazione dell'intero Piano. Tali contributi, tuttavia, non compaiono citati nel Piano e, sebbene alcune richieste

²¹ Si rinvia, ad esempio, al Parere ECON-VII/009 del Comitato delle Regioni, 12-14 ottobre 2020; «EU's President Michel wants to involve regions more closely in recovery plans», 18 marzo 2021, disponibile all'indirizzo <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/eus-michel-wants-to-involve-regions-more-closely-in-recovery-plans/>; Commissione Europea, 22 gennaio 2021, *Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans – Part 2*, p. 10.

²² Nel “Commission staff working document guidance to member states recovery and resilience plans” si prevede infatti che “Member States should detail the processes and structures set up at national, regional and local levels to ensure complementarity and coordination of the management of various Union sources of funding in line with Article 22 of the Regulation and avoidance of double funding in line with Article 8 of the Regulation”.

²³ Nel “Commission staff working document guidance to member states recovery and resilience plans” si prevede infatti che “Member States should in particular provide a summary of the consultation process conducted in accordance with the national legal framework when preparing the recovery and resilience plan, and describe how stakeholder inputs have been taken into account and are reflected in the plan. The summary should describe the scope (list of consulted social partners, civil society organisations, stakeholders etc.), the type (conference, bilateral, tripartite etc.), and timing of the outreach efforts and whether stakeholders have been consulted selectively on specific components or whether a general consultation has taken place on a comprehensive draft plan”.

provenienti dalle Regioni siano state prese in considerazione, è evidente come la partecipazione nella fase di elaborazione non sia stata sufficientemente curata²⁴.

L'esame delle fonti e, in particolare, degli ordini del giorno delle convocazioni mostra che le conferenze istituzionali (Stato-regioni e unificata) non sono mai state convocate nella fase del Governo Conte II, mentre il Governo Draghi ha proceduto a sei convocazioni della Conferenza unificata tutte concentrate nel mese di aprile, a ridosso dell'invio del Pnrr alla Commissione europea²⁵.

Con la pubblicazione del testo definitivo del Pnrr, la Conferenza delle Regioni ha reso noto un comunicato e una serie di emendamenti che andavano ad incidere fortemente sul testo e sulla *governance*, lamentando una sostanziale mancanza di coordinamento con le Regioni e un insufficiente coinvolgimento. Nel comunicato si legge che "Il testo di decreto-legge, acquisito informalmente, presenta criticità in ordine alla compatibilità costituzionale delle norme introdotte. Non può che ritenersi che lo sviluppo economico e sociale dei territori sia in maniera indiscutibile attribuito alla competenza delle Regioni e delle Province autonome e, in questo testo, esse sono di fatto escluse da tutti i meccanismi decisionali e dalle sedi più rilevanti, peraltro in assoluto contrasto con quanto precisato dall'Unione Europea che ha rilevato la necessità di una *governance* multilivello dei Piani nazionali"²⁶.

Sostanzialmente escluse dalla fase di progettazione, le Regioni recuperano un ruolo significativo in qualità di soggetti attuatori: secondo l'art. 9 del d.l. 77/2021, il contributo delle Regioni si inserisce in una fase esecutiva e successiva a quella di coordinamento e progettazione, che è stata centralizzata in capo alle Amministrazioni centrali²⁷. La verticalizzazione della elaborazione e della *governance* del Piano incontra, quindi, un momento di temperamento nella fase gestionale ed esecutiva, condivisa con le regioni e gli enti locali in qualità di soggetti attuatori.

Con riguardo al coinvolgimento degli attori sociali, la fase di elaborazione del Piano è stata accompagnata da una attività di approfondimento conoscitivo svolta da tutte le Commissioni permanenti, che hanno provveduto a plurime audizioni di

²⁴ M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra Pnrr e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista Aic*, 4/2021, p. 182.

²⁵ S. PROFETI, B. BALDI, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2021, p. 436.

²⁶ Così il documento della Conferenza delle Regioni del 28 maggio 2021 "PNRR, Decreto Legge Semplificazione e *Governance*: proposte ed emendamenti" pubblicato sul sito della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

²⁷ M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *federalismi.it*, 18/2022, p. 154.

soggetti istituzionali e di rappresentanti del mondo produttivo e della società civile. La creazione di punti di contatto e confronto tra Camere e società civile testimonia l'interesse dell'organo parlamentare ad un avvicinamento ai centri esponentiali delle categorie produttive e sociali del Paese, nella prospettiva del superamento, in questa fase storica di importanza cruciale, della marginalizzazione delle Camere nel dialogo con le realtà produttive, da sempre interlocutrici del Governo. Pur non disconoscendo l'importanza di questi momenti istituzionali di confronto, molti gruppi di interesse hanno evidenziato che le consultazioni istituzionali condotte attraverso la procedura delle audizioni parlamentari si sono rivelate poco più che ritualistiche. Da alcune interviste agli esponenti delle categorie sociali è emersa l'incapacità di queste occasioni di discussione a creare un reale percorso di dialogo. In particolare, i sindacati hanno lamentato l'assenza di un «dialogo puntuale sui progetti»²⁸ e hanno rivendicato la necessità di creare una cabina di regia *ad hoc* con le parti sociali²⁹. Anche Confartigianato ha denunciato la mancanza di trasparenza relativa al dettaglio delle misure e interventi del Pnrr, osservando che «mentre in altri Paesi europei le organizzazioni si sono potute confrontare nel merito dei progetti, in Italia sono rimasti nei cassetti e poi spediti direttamente a Bruxelles»³⁰. Legambiente ha rilevato che «la mancanza di schede progettuali non ha consentito alle organizzazioni e alla cittadinanza di poter valutare effettivamente i contenuti del Pnrr e il suo impatto, a cominciare da quello ambientale»³¹. Le doglianze sul mancato coinvolgimento degli attori sociali in sede di individuazione di priorità, interventi e riforme mostrano un processo decisionale molto vicino a ciò che in passato è stato descritto nei termini della disintermediazione³² e, persino, della *unmediated democracy*³³ imputabile, nel contesto legato alla scrittura del Pnrr, alla urgenza per il Governo di definire in pochi mesi un piano di riforme da alcune centinaia di miliardi di euro, dislocate lungo un arco temporale di cinque anni e riguardanti sostanzialmente tutti (o quasi) gli ambiti di *policy*. Se è vero che una delle caratteristiche principali dei gruppi di interesse è proprio quella resilienza più volte richiamata nel Piano stesso, è dunque nel lungo periodo, più che nella

²⁸ Vice-segretaria generale. Segreteria nazionale. Confederazione Generale Italiana del Lavoro – 17 maggio 2021, Roma.

²⁹ Segretaria Confederale. Segreteria nazionale. Unione Italiana del Lavoro – 3 giugno 2021, Roma.

³⁰ Direttore. Direzione Politiche Economiche. Confartigianato – 20 maggio 2021, Roma.

³¹ Componente della segreteria nazionale. Legambiente – 4 maggio 2021, Roma.

³² R. LIZZI, A. PRITONI, *Lobbying in tempi difficili. Gruppi di interesse e policy-making nell'Italia della disintermediazione*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2/2019.

³³ P.D. CULPEPPER, *The political economy of unmediated democracy: Italian austerity under Mario Monti*, in *West European Politics*, 2014, vol. 37, n. 6.

fase di agenda, che il ruolo degli interessi organizzati potrà avere occasione di crescere di intensità e di rilevanza³⁴.

4. La *governance* del Pnrr: un focus sulla Cabina di regia

Le peculiarità e la complessità contenutistica del Piano si riflettono nell'articolazione dell'apparato organizzativo strumentale al conseguimento degli obiettivi e alla gestione delle risorse. La *governance* del Pnrr delinea e stabilizza sino al 2026 un complesso di competenze riconducibili alla figura del Presidente del Consiglio e a strutture dallo stesso dirette e coordinate, a cui vengono conferite funzioni di indirizzo politico, impulso e coordinamento, oltre a poteri di direzione e correzione delle misure di attuazione del piano, tra cui la decisione di provvedere a commissariamenti in tempi strettissimi tutte le volte in cui «sia messo anche solo potenzialmente a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali» del Piano, cui si aggiunge l'attivazione dei poteri sostitutivi «in caso di diniego, dissenso, opposizione o altro atto equivalente» con cui le amministrazioni potrebbero ostacolare un intervento riconducibile al Pnrr. Se l'indirizzo politico del Piano è affidato alla Cabina di regia, incardinata presso la Presidenza del Consiglio e coadiuvata dalla Segreteria tecnica e dall'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, le attività di monitoraggio, rendicontazione e di coordinamento operativo rinvengono la propria guida nel Ministero dell'economia e delle finanze e nelle strutture dallo stesso dirette, tra le quali figura il Servizio centrale per il Pnrr, che rappresenta il punto di contatto nazionale della Commissione europea per l'attuazione del Piano.

La struttura di *governance* rappresenta una componente strategica del Piano sia perché deve essere in grado di perseguire le missioni individuate dal Regolamento UE sia perché la sua adeguatezza rappresenta una condizione per l'accesso alle risorse previste a favore dell'Italia.

Una volta definite le missioni, occorre individuare gli organi e gli enti preposti a condurre, monitorare ed attuare i progetti, gli investimenti e le riforme. La straordinaria complessità della gestione del Piano ha comportato la necessità di definire una adeguata rete di uffici ed amministrazioni *ad hoc*, con l'intento di garantire una resa dei processi decisionali rapida ed efficace³⁵. Il d.l. 77/2021 delinea un impianto organizzativo strutturato su tre livelli: le funzioni di indirizzo, esercitate da organi incardinati presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, le

³⁴ A. BITONTI, G. MONTALBANO, A. PRITONI, G. VICENTINI, *Chi detta l'agenda? Le dichiarazioni pubbliche dei gruppi di interesse sul Recovery Fund*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3/2021, p. 481.

³⁵ F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 21.

funzioni di monitoraggio, rendicontazione, controllo e coordinamento operativo del Pnrr, affidate alle strutture istituite in seno al Ministero dell'economia e delle finanze, e le funzioni di concreta attuazione degli interventi del Piano, che competono alle amministrazioni di settore, alle regioni e agli enti locali. Due decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 28 giugno 2021 hanno istituito presso la Presidenza del Consiglio le strutture di missione previste dagli articoli 4 e 5 del d.l. 77/2021, ossia la Segreteria tecnica del Pnrr e l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, che opereranno sino al completamento del Pnrr e comunque non oltre il 31 dicembre 2026, con ciò derogando all'art. 7, d.lgs. 303/1999, con cui si dispone che le strutture di missione istituite per lo svolgimento di particolari compiti non debbano avere una durata superiore a quella del Governo che le ha istituite. Sempre con Dpcm è stato istituito il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, che svolge funzioni consultive nelle materie connesse all'attuazione del Pnrr.

Il primo dato caratterizzante il profilo decisionale del Piano risiede, dunque, nell'istituzione di una Cabina di regia, incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e presieduta dal Presidente del Consiglio, che rappresenta l'organo con poteri di indirizzo politico, impulso e coordinamento generale dell'attuazione del Piano. La Cabina di regia si struttura come un organo a composizione variabile, in quanto alla stessa partecipano, oltre al Presidente del Consiglio, i Ministri e i Sottosegretari competenti in ragione delle materie trattate, nonché i Presidenti delle regioni e delle province autonome e il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome nell'ipotesi in cui l'oggetto della discussione investa rispettivamente questioni di competenza di una singola regione o provincia autonoma o di più regioni o province autonome. Si tratta di una struttura eccentrica rispetto al quadro degli organi governativi "non necessari", come definiti dalla legge n. 400/1988, stante l'impossibilità di ricondurla ad un Comitato interministeriale, a un Consiglio di Gabinetto o ad altri organi previsti dalla legge medesima³⁶ o, secondo una prospettiva parzialmente differente, attesa la sua natura "ibrida", che combina i caratteri di organi che connotano la nostra forma di governo attraverso un riuso selettivo delle strutture esistenti³⁷.

Le funzioni della Cabina di regia riflettono l'esigenza di garantire, al massimo livello di responsabilità politica, il controllo sull'attuazione del Piano, affinché questa sia tempestiva e coerente con gli obiettivi e i traguardi individuati. In questa prospettiva, la Cabina riceve informative regolari sull'attuazione degli interventi,

³⁶ F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility*, cit., p. 24.

³⁷ S. NICCOLAI, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, in *Rivista Aic*, 3/2022, pp. 224-225.

esamina ostacoli e criticità, promuove il coordinamento tra i diversi livelli di governo, propone, ove ne ricorrano le condizioni, l'attivazione dei poteri sostitutivi, formula indirizzi specifici sull'attività di monitoraggio e controllo svolta dal Servizio centrale per il Pnrr, si avvale dell'Ufficio per il programma di governo della Presidenza del Consiglio per il monitoraggio degli interventi che richiedono adempimenti normativi, segnala eventuali interventi legislativi all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione. Le funzioni di indirizzo della Cabina di regia non interferiscono con le competenze del Comitato interministeriale per la transizione digitale e del Comitato interministeriale per la transizione ecologica, istituiti dal d.l. 22/2021 presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e presieduti dal Pdc. Entrambi svolgono, sull'attuazione degli interventi del Pnrr e nelle materie di rispettiva competenza, le funzioni di indirizzo, impulso e coordinamento tecnico, tenendo informata la Cabina di regia che ha la facoltà di partecipare attraverso un delegato.

Il quadro della *governance* è completato dal ruolo di presidio e vigilanza sull'attuazione riservato al Parlamento, a cui la Cabina di regia deve presentare relazioni periodiche che diano conto dell'utilizzo delle risorse del programma *Next Generation EU*, dei risultati raggiunti e delle eventuali misure necessarie per accelerare l'avanzamento dei progetti. Nella discussione che ha preceduto la deliberazione della legge di conversione del d.l. 77/2021 è, infatti, emersa la necessità di garantire un controllo costante da parte del Parlamento sulla base delle informazioni e dei documenti periodicamente trasmessi dal Presidente del Consiglio alle Camere. Precisamente, «la Cabina di regia trasmette alle Camere con cadenza semestrale, per il tramite del Ministro per i rapporti con il Parlamento, una relazione sullo stato di attuazione del Pnrr, recante le informazioni di cui all'articolo 1, comma 1045, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, nonché, anche su richiesta delle Commissioni parlamentari, ogni elemento utile a valutare lo stato di avanzamento degli interventi, il loro impatto e l'efficacia rispetto agli obiettivi perseguiti». Gli obblighi informativi sono funzionali a garantire il costante monitoraggio dello stato di realizzazione del Pnrr, assicurando alle Camere la possibilità di esprimere osservazioni e valutazioni in modo che il Governo (e, in ambito regionale, i consigli regionali in dialogo con le giunte) possano condividere, in sede di programmazione, la scelta degli strumenti normativi adeguati ad assicurare la migliore attuazione del Piano nei tempi previsti.

Al fine di garantire una piena condivisione delle informazioni con le Camere, è, inoltre, prevista l'abilitazione dei sistemi informatici del Parlamento all'accesso ai dati del sistema informativo "Regis", sviluppato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per consentire il monitoraggio dell'attuazione del Piano.

4.1 I riflessi della *governance* sull'equilibrio tra i principi, monocratico e collegiale, espressi dall'art. 95 della Costituzione

L'articolazione delle strutture individuate per la realizzazione del Piano evidenzia la promozione del ruolo del PdcM come coordinatore dei processi decisionali legati al Piano e garante del conseguimento dei risultati previsti.

La caratterizzazione centripeta del Piano può essere compresa alla luce di due fattori di *policy*. Da un lato, la *legacy*, ovvero la discutibile reputazione dell'Italia (e soprattutto di alcune sue regioni) riguardo alla capacità di utilizzare i fondi strutturali europei, che ha sicuramente concorso ad accentuare la spinta alla centralizzazione in seno al Governo Draghi, nato con la specifica missione di realizzare il Pnrr, e dunque particolarmente attento ad evitare gli errori del passato nella gestione dei fondi europei³⁸, ovvero dispersione, frammentazione, debole capacità progettuale e conseguente difficoltà di spesa³⁹. Dall'altro lato, vengono in rilievo le competenze che la guida «tecnica» del governo in carica ha voluto assicurare puntando su una salda regia centrale capace di garantire controllo e competenza nell'elaborazione, selezione e valutazione dei progetti di rilevanza strategica nazionale, in un dialogo stretto con la Commissione europea. In altre parole, la rigida tempistica che scandisce la realizzazione degli interventi del Piano e la necessità di conseguire gli obiettivi prefissati rende inevitabile compatibilizzare le scelte di natura politica con le decisioni dettate da ragioni tecniche.

Sebbene mantenga intatte le funzioni che l'art. 2 della l. 400/1988 affida al Consiglio dei ministri, il d.l. 77/2021 valorizza strutture esterne al Governo nel suo complesso, in cui spicca il ruolo di direzione e coordinamento del PdcM, portatore di una visione politica generale che può esercitare la sua influenza in tutte le sedi decisionali legate alla attuazione del Piano⁴⁰, nonché il ruolo del Ministro del dicastero competente. Si assiste all'accentuazione e al consolidamento del potere propulsivo del PdcM, centro motore della direzione, coordinamento e promozione della realizzazione dei traguardi e degli obiettivi concordati con l'UE, con il supporto delle strutture prima elencate, tutte collocate all'interno della Presidenza del Consiglio.

Suonano di grande attualità le parole con cui Giuliano Amato, nella relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti del 2001, descrivendo la propria esperienza osservava che «il contesto allargato valorizza e potenzia la figura del Presidente del Consiglio. Il plus-potere politico che gli viene dai diversi livelli e luoghi istituzionali in cui è comunque un vertice lo aiuta ad imporsi più

³⁸ S. PROFETI, B. BALDI, *Le regioni italiane e il PNRR*, cit., pp. 450-451.

³⁹ C. TRIGILIA, *Chi deve indirizzare i fondi del Recovery Plan?*, in *il Mulino*, 7 dicembre 2020.

⁴⁰ A. SCIORTINO, *L'impatto del Pnrr sulle diseguaglianze territoriali*, cit., p. 255.

facilmente nella sede tradizionale del Consiglio dei Ministri e nei rapporti bilaterali con gli stessi Ministri»⁴¹. In altri termini, al generale rafforzamento degli esecutivi si somma quello del loro vertice, anche nelle forme di governo parlamentari.

L'assetto organizzativo sopra descritto probabilmente si rifletterà sui rapporti endogovernativi, innescando una torsione verso il principio monocratico, sempre presente in rapporto di tensione dialettica in seno all'art. 95 Cost, accanto al principio collegiale. Se ancor prima della *governance* disegnata nel d.l. 77/2021 non si poteva affermare l'esistenza di un unico modello di relazioni endogovernative, a maggior ragione oggi il contesto istituzionale in cui opera il Governo mostra una trama articolata in cui strutture nuove convivono con quelle già esistenti, contribuendo a quel processo di destrutturazione della collegialità⁴² in seno al Consiglio dei ministri a favore di altre forme di inveroimento della collegialità nel contesto di strutture e apparati tecnici di varia natura.

La Costituzione tratteggia, con grande sinteticità, alcuni profili caratterizzanti la figura del PdCm⁴³, collocandola in un luogo istituzionale mediano, tra i due poli delle concezioni monocratica e collegiale del Governo, attribuendo i formali poteri decisionali alla sede collegiale, ma conferendo all'istanza monocratica gli indispensabili poteri di impulso, sollecitazione, direzione e coordinamento senza i quali un collegio non può operare⁴⁴. L'art. 95 Cost. rappresenta la cornice di un dipinto in cui sono soltanto abbozzate le direttrici del temperamento tra principio monocratico e principio collegiale, che sono destinate ad essere integrate e sviluppate dalla Costituzione materiale⁴⁵. In questa dimensione, si inserisce l'ipotesi ricostruttiva secondo cui è la dinamica politica che condiziona il modo in cui, di volta in volta, il principio collegiale e monocratico impostano il loro

⁴¹ G. AMATO, *Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Annuario 2001. Il Governo. Atti del XVI convegno annuale A.I.C. - Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 259.

⁴² M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 57.

⁴³ Per un inquadramento costituzionale della figura del PdCm si rinvia a A. MANZELLA, *Il presidente del governo*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana: storia, politica, istituzioni*, vol. 2, Laterza, Roma-Bari, 2022; I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi: il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli, 2018; F. PITRUZZELLA, *Il presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del governo*, Cedam, Padova, 1986.

⁴⁴ M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione disponibile*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 618-619.

⁴⁵ A. RUGGERI, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 12-13.

rapporto di “coabitazione”. Ritenendo che la formulazione linguistica dell’art. 95 Cost. contribuisca ben poco alla definizione di un modello di prevalenza del principio monocratico su quello collegiale o viceversa⁴⁶, questa opzione interpretativa rigetta una astratta affermazione della preminenza dell’uno o dell’altro, che trascurerebbe la storia della elaborazione compromissoria dell’art. 95 Cost. e non terrebbe conto che i rapporti endogovernativi sono intrinseci delle regole della politica, il cui esercizio costituisce metodo di soluzione delle eventuali divergenze⁴⁷.

Come noto, in seno alla Costituente si registrò un vivace dibattito sul ruolo costituzionale da attribuire al Pdc, tratteggiato all’esito di una difficile sintesi tra i divergenti orientamenti assunti dalle forze politiche presenti in Assemblea. La discussione sul Presidente del Consiglio e sul Governo ebbe come teatro la Seconda Sottocommissione e come premessa il dibattito sulla scelta tra le diverse forme di governo, illustrate nelle loro diverse declinazioni dall’intervento di Mortati⁴⁸, che propose una relazione sulla comparazione tra i diversi modelli di governo, parlamentare, direttoriale e presidenziale, con alcuni cenni anche alla forma assembleare. Illustrate queste quattro forme classiche, Mortati si espresse a favore del governo parlamentare, l’unico in grado di combinare un certo margine di flessibilità - necessario in un sistema politico caratterizzato da una pluralità di partiti fortemente divisi - con un buon livello di rappresentatività⁴⁹. Questa scelta avrebbe dovuto essere accompagnata dalla individuazione di alcuni meccanismi volti ad assicurare la stabilità degli esecutivi, come, ad esempio, la costituzione di esecutivi a termine. Propose, pertanto, una forma di governo mista tra la forma di governo parlamentare e la forma di governo direttoriale, nella quale, dopo la concessione della fiducia, il Governo sarebbe rimasto in carica due anni, e gli eventuali, insanabili contrasti tra Assemblea e Governo sarebbero stati risolti dal Presidente della Repubblica mediante la revoca del Governo o lo scioglimento anticipato dell’Assemblea.

Sulle riflessioni di Mortati si aprì lo straordinario dibattito che condusse all’approvazione dell’ordine del giorno Perassi, che prevedeva una forma di

⁴⁶ L. ARCIDIACONO, *Relazione generale*, in A.A.V.V., *Annuario 2001. Il Governo. Atti del XVI Convegno Annuale. Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 140.

⁴⁷ F. STADERINI, *L’ordinamento della Presidenza del Consiglio*, in E. SPAGNA MUSSO (a cura di), *Costituzione e struttura del governo. Il problema della Presidenza del Consiglio*, Cedam, Padova, 1979, p. 143.

⁴⁸ Relazione di Costantino Mortati alla seduta del 3 settembre 1946, in *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. VIII, Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, Camera dei Deputati, Roma, 1976, pp. 81-94.

⁴⁹ E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 12. Seminario 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 69.

parlamentarismo razionalizzato in cui la centralità del Parlamento veniva bilanciata dalla previsione di una serie di correttivi finalizzati a garantire l'efficienza e la stabilità del Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo. In questa prospettiva, la questione della definizione del ruolo e dei poteri del PdcM si poneva a cavallo tra il riconoscimento della centralità del Parlamento, come organo rappresentativo della sovranità popolare, e l'esigenza di garantire, attraverso meccanismi di bilanciamento e di controllo dei poteri, l'efficienza e la stabilità del Governo.

La forte contrapposizione di orientamenti in Assemblea costituente condusse a delineare la compresenza di tre principi apparentemente inconciliabili fra loro: collegialità, direzione individuale e responsabilità ministeriale⁵⁰. Icasticamente, il Governo è stato rappresentato come «uno e trino»⁵¹, irrisolto nei suoi equilibri e suscettibile di diverse modulazioni nella prassi⁵². Le divergenti posizioni dei Costituenti determinarono il permanere, nella fase successiva all'approvazione della Costituzione, di una situazione di difficoltà in ordine all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 95 Cost. Con questa norma si conferisce infatti al Presidente del Consiglio il compito di dirigere la politica generale del governo, di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, di promuovere e coordinare l'attività dei ministri, evocando attività suscettibili di plurime opzioni ricostruttive⁵³.

Dal complesso delle norme costituzionali relative al Governo non appare agevole stabilire quale organo tra il Presidente del Consiglio e il Consiglio dei ministri sia destinato a prevalere sull'altro nella determinazione della politica governativa e comunque ad assumere le deliberazioni di maggior impatto politico-costituzionale rimesse all'Esecutivo⁵⁴. È stato osservato che le norme costituzionali non segnano una netta affermazione del principio monocratico o di quello collegiale nella determinazione dell'indirizzo politico di governo, ma rappresentano piuttosto un compromesso risultante da un dibattito contraddittorio ed incerto e caratterizzato dalla sostanziale ambivalenza della

⁵⁰ E. CATELANI, *Art. 95 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006, p. 1850.

⁵¹ G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1981, p. 184.

⁵² T. GUARNIER, *L'esperienza del "contratto di governo"*, in *www.gruppodipisa.it*, 2019, n. 3, p. 211.

⁵³ E. CATELANI, *Art. 95 Cost.*, cit., p. 1850.

⁵⁴ A. D'ANDREA, *Commento all'art. 92*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006.

formulazione usata, la quale, oltre tutto, contiene formule ripetitive di disposizioni appartenenti a testi legislativi di epoche precedenti⁵⁵.

I più significativi rapporti politici – segnatamente, la definizione dei rapporti endogovernativi, i poteri del Governo in Parlamento, il potere di scioglimento delle Camere – furono, quindi, lasciati in uno stato di relativa indeterminazione, affidati a disposizioni elastiche, tali da lasciare a un momento successivo la specificazione del loro *ubi consistam*⁵⁶. Come osservato, l’ambigua formulazione dell’art. 95 Cost. è potenzialmente idonea a far ritenere legittima sia l’espansione del principio collegiale che l’espansione del principio monocratico, al punto da aver ingenerato dubbi sulla sua natura giuridico-prescrittiva⁵⁷.

Il progetto di organizzazione di governo che complessivamente si può ricavare dai lavori dell’Assemblea costituente, nonostante l’indeterminatezza dell’art. 95 Cost., si concreta in una sorta di contemperamento tra il principio collegiale e quello monocratico, che si dovrebbe attuare nella reciproca integrazione tra la competenza collegiale del Consiglio nella determinazione della politica generale del Governo e la competenza del Presidente a promuovere e coordinare, al di fuori del Consiglio, l’attività dei ministri⁵⁸. L’Assemblea costituente, che aveva ben presente i due modelli dicotomici di Presidente come *primus inter pares* e di Presidente come Capo del Governo, decise di intraprendere una terza direzione, in cui la centralità del momento collegiale non risultasse compromessa dal riconoscimento pieno (che pure si ammetteva) dei poteri d’indirizzo presidenziali⁵⁹.

Alla luce delle considerazioni svolte, occorre, dunque, valutare come la *governance* del Pnrr si inserisca nell’impianto costituzionale. Sul punto, occorre rilevare che al Consiglio dei ministri, che dovrebbe rappresentare la sede principale della formazione della politica di governo, si è affiancata, nell’esercizio dei poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale del Pnrr, la Cabina di regia, sede

⁵⁵ P.A. CAPOTOSTI, *Il Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 139.

⁵⁶ R. CHERCHI, *La forma di governo: dall’Assemblea costituente alle prospettive di revisione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009, p. 4.

⁵⁷ L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1976, p. 676: “le relazioni fra gli organi essenziali del Governo (per non parlare delle rispettive funzioni e responsabilità) sono regolate in termini talmente equivoci, da metterne in forse il loro stesso carattere giuridico”. In senso analogo, P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 181.

⁵⁸ P.A. CAPOTOSTI, *Il Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 139.

⁵⁹ E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L’istituzione Governo: analisi e prospettive*, Edizioni di comunità, Milano, 1977, p. 45 ss.

di discussione ed elaborazione di decisioni che dovrebbero poi essere approvate, ma, dati i tempi serrati, verosimilmente ratificate, dal Governo nella sua collegialità. La Cabina di regia è supportata dal Tavolo permanente e dalla Segreteria tecnica, a cui può sempre partecipare il Pdc, mentre gli altri Ministri e Sottosegretari sono chiamati a intervenire solo “in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta”, coinvolgendo, se interessati, i Presidenti delle regioni speciali o il Presidente della Conferenza Stato regioni. In altri termini, il d.l. n. 77/2021 delinea un nuovo insieme di organi di supporto per la formazione, coordinamento e promozione dell’indirizzo politico che interferiscono fortemente con il modo di operare degli organi costituzionali, impattando significativamente sulla forma di governo⁶⁰. Precisamente, la loro operatività determina una compressione della più significativa attribuzione del Consiglio dei ministri, ovvero la determinazione dell’indirizzo politico del governo. Questa funzione, non prevista in modo espresso da alcuna disposizione costituzionale, può essere desunta dal sistema complessivo e, in particolare, dalle attribuzioni conferite al Pdc di direzione della politica generale del Governo e di mantenimento dell’unità di indirizzo politico, che presuppongono che siano già state fissate dal Consiglio dei ministri le linee fondamentali della politica governativa.

5. L’impatto del Pnrr sui processi di decisione politica: quali margini per un ripensamento dei contenuti del Piano?

La realizzazione del Pnrr prevede obiettivi e priorità trasversali in macro ambiti (missioni) predeterminati a livello europeo (pilastri) e declinati nel Pnrr nel contesto di un sistema complesso e interdipendente tra indirizzo politico, sistema di norme giuridiche e struttura organizzativa. Le scelte politiche “di sistema” sono già state compiute in seno al Piano e ai conseguenti decreti, che verosimilmente saranno in grado di imporsi lungo più legislature e oltre la maggioranza di Governo che ne ha “sorretto” la costruzione e l’approvazione a livello sovranazionale⁶¹.

In altri termini, la fase teleologica dell’indirizzo politico è in gran parte mutuata da quanto deciso in ambito europeo, potendosi affermare che, con riguardo al Pnrr, l’attività di governo non è determinatrice in via esclusiva del fine, atteso che gli scopi sono stati formulati attraverso un procedimento decisionale euro-nazionale, esattamente come i tempi e le modalità per il loro conseguimento. Anche la fase strumentale dell’indirizzo politico, definita da Martines come

⁶⁰ E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti – La Lettera*, 5/2022, disponibile all’indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/05-2022-profili-costituzionali-del-pnrr>.

⁶¹ E. CAVASINO, *L’esperienza del Pnrr: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista Aic*, 3/2022, p. 250.

l'orientamento e la direzione della volontà verso il raggiungimento del fine⁶², risente del condizionamento proveniente dalla dimensione sovranazionale, che si riflette sia sulla struttura organizzativa sia sul cronoprogramma di realizzazione degli interventi, entrambi fissati dagli organi dell'Unione⁶³.

Stante l'attuale configurazione del Piano, che si mostra come un'inedita manifestazione di un esercizio congiunto della attività di indirizzo politico, occorre, dunque, interrogarsi sull'intensità del vincolo che la predeterminazione europea di una parte dell'indirizzo politico nazionale eserciterà sui processi di decisione politica, con particolare riferimento alla possibilità di modifica del Pnrr e, quindi, al ripensamento di parte degli obiettivi nello stesso definiti o all'inversione delle priorità individuate dal Governo italiano nell'aprile del 2021 ed approvate dalla Commissione e dal Consiglio.

Come è stato rilevato, lo spettro delle materie coperte dalle linee di intervento necessarie a conseguire i traguardi e gli obiettivi del Piano non esaurisce naturalmente l'intera agenda normativa e amministrativa dei pubblici poteri da qui al 2026, ma certamente appare «assai ampio e sfidante per qualsivoglia sistema politico e istituzionale»⁶⁴.

Su questo versante, la letteratura propone soluzioni ricostruttive differenti. Assumendo il Pnrr come un concentrato di indirizzo politico, una prima opzione interpretativa ritiene che lo svolgimento dell'attività normativa e amministrativa entro un programma rigidamente definito, scandito da una rigorosa tempistica e dalla adozione di atti normativi già individuati anche nel tipo, abbia condotto ad una declinazione dell'indirizzo politico in chiave “normativa”⁶⁵, con conseguente possibilità di monitorare e segnalare, sul piano giuridico, le determinazioni volitive non coerenti con i contenuti della fase teleologica euro-nazionale. Se già prima dell'emergenza pandemica e della elaborazione del Pnrr non si poteva dubitare del crescente peso della dimensione progettuale sovranazionale nella determinazione dell'indirizzo politico interno, con l'adozione del Piano il procedimento euro-nazionale di indirizzo politico ha raggiunto una fisionomia inedita, sia per qualità dei contenuti sia per entità delle risorse, tale da “impegnare” l'indirizzo politico anche di Parlamento e Governo futuri.

Una posizione più radicale argomenta nella direzione di una sorta di “commissariamento”, di una “vera e propria intromissione nella struttura politica, istituzionale e sociale dei Paesi che hanno richiesto l'assistenza finanziaria del

⁶² T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXI, 1971, p. 140.

⁶³ A. SCIORTINO, *L'impatto del Pnrr sulle diseguaglianze territoriali*, cit., p. 235.

⁶⁴ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 1/2022, p. V.

⁶⁵ A. SCIORTINO, *L'impatto del Pnrr sulle diseguaglianze territoriali*, cit., p. 260.

Recovery, che potrebbe portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo”⁶⁶.

Altra Dottrina ritiene che sia sorto un vincolo giuridico in capo agli organi politici e amministrativi e ne individua la fonte più che nella legislazione italiana attuativa del Piano (a partire dai decreti-legge n. 77 e n. 152 del 2021, come convertiti), nella dimensione procedurale del diritto dell’Unione europea, specificamente richiamato dagli artt. 81 e 97 Cost., come riformati nel 2012⁶⁷. Sebbene non esistano ostacoli giuridici all’attivazione di modifiche future del Pnrr, consentite dall’art. 21 del Regolamento UE, è verosimile ritenere che le stesse saranno di difficile realizzazione in quanto condizionate dal procedimento delineato nel Regolamento medesimo e di non sicura approvazione da parte delle istituzioni dell’Unione. Le modifiche del Piano, che devono essere giustificate da circostanze oggettive, sono, infatti, oggetto di una nuova valutazione della Commissione e di una nuova approvazione da parte del Consiglio dell’Unione, anch’essa a maggioranza qualificata ex art. 16, parr. 3 e 4, TUE. Dunque, il Pnrr si potrebbe modificare, ma occorrerebbe che queste modifiche fossero condivise dalla Commissione e dagli altri Stati membri, convincendoli perciò a rivedere la valutazione positiva che essi hanno già espresso sulle riforme e gli investimenti originariamente proposti dai singoli Paesi nei rispettivi Piani. Alla luce di questo percorso procedurale, il vincolo derivante dal Pnrr, ove anche lo si volesse ritenere esclusivamente di natura politica, “pare invero piuttosto stringente, posto che il suo mancato rispetto, anche per uno soltanto dei 520 *target* e *milestone* ivi indicati, rischia di determinare il ritardato o omesso versamento delle risorse economiche”⁶⁸.

In senso difforme, altra Dottrina riconosce nel Pnrr uno strumento di pianificazione per obiettivi a valenza principalmente politica e con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione. In particolare, considera non ipotizzabile, sotto il profilo anzitutto costituzionale, che il Pnrr possa creare vincoli giuridici per il Parlamento, né in ordine alle tempistiche previste per le numerose leggi da approvare, né per quanto riguarda i contenuti⁶⁹.

⁶⁶ F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, p. 80.

⁶⁷ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, cit., pp. VI-VII.

⁶⁸ *Ivi*, p. VII.

⁶⁹ M. CLARICH, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corriere Giuridico*, 8-9/2021, p. 1025.

Invero, non sembra possibile disconoscere il valore dei contenuti e delle scadenze indicati nel Pnrr come punti di riferimento obbligati per tutti i pubblici poteri, dovendosi, quindi, ammettere l'esistenza di un vincolo giuridico in capo agli organi politici e amministrativi, peraltro intrinseco al meccanismo incentivante definito dal regolamento 2021/241, che collega l'erogazione dei contributi al raggiungimento degli obiettivi intermedi e dei traguardi.

5.1 Le prospettive di rinegoziabilità del Pnrr alla luce delle nuove emergenze

Volgendo lo sguardo al dato normativo e procedurale, sembrano non esserci ostacoli alla richiesta di modifica del Piano, come emerge dagli articoli 14, 18 e 21 del regolamento Ue 2021/241, che gli orientamenti formulati dalla Commissione nella comunicazione 2022/C 214/01 configurano come le basi giuridiche per le proposte di rinegoziazione dei Pnrr. Si tratta di norme che collegano le modifiche ad ipotesi specifiche, ovvero ad una richiesta di prestito (art. 14), ad un aggiornamento per tenere conto del contributo finanziario massimo riveduto (art. 18, par. 2) e, infine, alla impossibilità, totale o parziale, di raggiungere gli obiettivi del Piano dovuta a circostanze oggettive (art. 21). Le richieste di modifica, precedute da un dialogo informale con i servizi della Commissione, devono, quindi, fondarsi su una delle basi giuridiche menzionate e devono essere corredate da un solido e dettagliato impianto motivazionale e progettuale. Sembrano, pertanto, escluse quelle revisioni che sottendono un ripensamento delle scelte e delle priorità strategiche condivise con l'Ue nel corso del 2020 o una incapacità dello Stato richiedente di far fronte agli impegni assunti non supportata da circostanze oggettive. Il rigore e la serietà della programmazione delle misure per la ripresa e resilienza si inserisce, infatti, in un preciso orizzonte finalistico, secondo il quale gli Stati, grazie all'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nei Piani nazionali, saranno in grado di restituire quanto ricevuto, onorando il patto di solidarietà stretto con il *Ngeu*.

Le domande di rinegoziazione devono seguire un percorso che richiede tempo e risorse sia per le autorità nazionali sia per le istituzioni dell'Unione; pertanto, la Commissione ha invitato gli Stati a far convergere in un'unica richiesta tutte le modifiche che intendono apportare al proprio piano. Sul versante procedurale, le proposte di revisione sono oggetto di una nuova valutazione da parte della Commissione e di una nuova approvazione da parte del Consiglio dell'Unione, che dovrebbe orientarsi, peraltro a maggioranza qualificata, a investire, in termini rinnovati e sulla base di una progettualità parzialmente differente, sulla affidabilità delle istituzioni nazionali nell'onorare gli impegni assunti, che, come noto, sono finanziati in modo condiviso da tutti i Paesi dell'Unione. Occorre, inoltre, tenere presente che durante lo svolgimento del percorso procedurale descritto, il trascorrere del tempo rischia di compromettere il rispetto del cronoprogramma

che scandisce l'esecuzione degli interventi previsti nel Piano e, di conseguenza, apre la strada alla sanzione del ritardato od omesso versamento delle risorse economiche collegate al raggiungimento degli obiettivi. Pertanto, sebbene non esistano ostacoli giuridici alle modifiche del Piano, è verosimile che le stesse saranno di difficile realizzazione in quanto condizionate dal procedimento delineato nel Regolamento medesimo e di non sicura approvazione da parte delle istituzioni dell'Unione.

L'attuale congiuntura geopolitica e l'emergenza energetica conducono ad integrare il quadro descritto con un elemento di sicura novità, ovvero il Piano *REPowerEU* (COM (2022)230), presentato il 18 maggio scorso dalla Commissione allo scopo di affrancare l'Unione europea dalla dipendenza dalle risorse fossili importate dalla Russia, di creare le condizioni per l'autosufficienza energetica dell'Unione e di imprimere un'accelerazione alla transizione verso l'energia pulita. Al fine di mobilitare i finanziamenti necessari per la copertura degli investimenti a breve termine di *REPowerEU*, la Commissione ha proposto una modifica mirata e rapida del regolamento 2021/241 (COM (2022) 231), che consentirà agli Stati di introdurre all'interno dei Pnrr capitoli dedicati al piano *REPowerEU*, che illustrino le riforme e gli investimenti volti al conseguimento degli obiettivi di indipendenza energetica (art. 21 bis). In questa prospettiva, i Pnrr fungeranno da quadro strategico per le riforme e gli investimenti connessi al *REPowerEU*, al fine di garantire un'azione europea comune per il consolidamento di sistemi energetici più resilienti, sicuri e sostenibili. Nella comunicazione 2022/C 214/01, la Commissione ha elaborato alcuni orientamenti per la formulazione dei capitoli *REPowerEU*, concentrandosi sul processo di modifica dei piani esistenti, che dovrebbe seguire il medesimo metodo e coinvolgere i medesimi soggetti, ovvero la Commissione stessa e il Consiglio⁷⁰.

In conclusione, la richiesta di modifiche dei Pnrr non è libera nel fine, ma, sul versante sostanziale, deve essere attivata in conformità agli artt. 14, 18, 21 e, *pro futuro*, all'art. 21 bis del regolamento 2021/241, mentre, sul piano procedurale è sottoposta all'iter previsto dall'art. 20 del regolamento medesimo. In definitiva, le richieste di rinegoziazione del Piano rappresentano uno strumento da impiegare con la stessa serietà e lo stesso rigore che ha contraddistinto la redazione del documento originario, allontanando la tentazione di farne un intervento per marcare una discontinuità rispetto alle scelte compiute dalla precedente compagine governativa.

⁷⁰ N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 7 settembre 2022, pp. 2-3.

6. Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del Pnrr

Sebbene la maggior parte delle misure di attuazione del piano si risolva in interventi e attività di carattere amministrativo, residua uno spazio di implementazione del Pnrr affidato ad atti normativi, ovvero a decreti legge e disegni di legge. Quasi un terzo di *milestone* e *target* (154 su 520) indicati nel Pnrr richiedono l'approvazione di "riforme", di cui più di un terzo (59 su 154) dovrà essere realizzato mediante l'approvazione di disposizioni legislative, che richiederanno misure normative di attuazione da parte del Governo e atti amministrativi, secondo una sequenza di interventi che devono rispettare tempistiche prestabilite⁷¹. Paradigmatico è il caso della delega per la riforma del codice degli appalti, che deve essere approvata entro il 30 giugno 2022, seguita dalla deliberazione dei relativi decreti legislativi entro il termine del 30 marzo 2023, mentre per la predisposizione di tutti gli atti attuativi (dunque, regolamenti di esecuzione, linee guida e quant'altro) sono disponibili solo ulteriori 3 mesi⁷². Accanto alle tempistiche relative all'approvazione delle misure legislative, sono quindi indicate scadenze tassative anche per gli atti attuativi - normativi e amministrativi - del Governo, spesso significativamente ravvicinati rispetto all'entrata in vigore delle leggi in questione⁷³. Il fitto cronoprogramma definito dal Pnrr offre, quindi, un inedito quadro di pianificazione di medio periodo, che impegna le Camere e il Governo nella definizione e piena realizzazione delle riforme e degli investimenti previsti nel Piano, possibilmente evitando il ricorso, in prossimità delle scadenze, a decreti-legge multisettoriali il cui esame in Parlamento risentirebbe di tempi ristretti⁷⁴. A questo proposito, nell'ottica di scongiurare il pericolo di una compressione del dibattito parlamentare sugli interventi di natura sistemica previsti dal Pnrr, l'Osservatorio sulla legislazione ha proposto l'istituzione di una sede parlamentare *ad hoc* incaricata di svolgere una costante attività conoscitiva e di indirizzo, in modo da stabilire un raccordo simmetrico alla Cabina di regia istituita a livello governativo. Come nella Cabina di regia vengono convogliate anche le istanze dei livelli di governo territoriale, così la sede

⁷¹ Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, 21 dicembre 2021, disponibile all'indirizzo https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Relazione_Parlamento_stato_attuazione_PNRR.pdf, p. 24.

⁷² *Ivi*, p. 25.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Il Pnrr e le assemblee legislative. Nota tematica per il seminario Torino del 1° aprile 2022*, Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, p. 8.

parlamentare individuata dovrebbe essere luogo di confronto e di elaborazione di metodologie comuni con i legislativi regionali⁷⁵.

7. Riflessioni conclusive

Sul versante della progettazione, si può osservare come le dinamiche che hanno contraddistinto la redazione del Piano abbiano accentuato lo spostamento del baricentro decisionale a favore dell'Esecutivo, anche per quanto riguarda l'attività legislativa, in ragione delle esigenze di celerità e stabilità imposte dal conseguimento degli obiettivi collegati al Piano. La straordinaria complessità contenutistica del Piano ha determinato una marginalizzazione del ruolo attivo del Parlamento, che è intervenuto in funzione di recepimento e approvazione della capacità progettuale espressa dal Governo. Durante la fase di elaborazione del Piano il ruolo del Parlamento si è manifestato prevalentemente sul versante della funzione di controllo e di indirizzo, con una sostanziale esclusione dalla attività di produzione normativa. In questa dimensione, operare una rivalutazione della funzione di controllo come potere ancora effettivo delle Assemblee elettive consentirebbe di preservare l'essenza rappresentativa degli organi legislativi, reinterpretata in termini di garanzia di coerenza delle scelte politiche del Governo rispetto agli interessi della collettività⁷⁶, contribuendo a mantenere il legame tra popolo e potere sovrano inscritto nell'art. 1 Cost.⁷⁷. Nella prospettiva di assicurare una maggiore democraticità alle scelte politiche connesse al Piano occorre, quindi, emancipare la funzione di controllo dalle mere finalità di denuncia e sanzione, che fino ad ora ne hanno oscurato le potenzialità come strumento di condizionamento dei processi decisionali del Governo. L'attuazione delle misure del Pnrr offre, quindi, l'occasione per rilanciare la funzione di controllo sul versante dell'apprendimento, da intendersi come acquisizione di conoscenze specifiche in ordine ai percorsi attuativi e ai risultati delle progettualità politiche espresse dall'Esecutivo⁷⁸.

Con riguardo al profilo della *governance*, la struttura organizzativa delineata dal Pnrr, lontana dal principio di collegialità governativa e vicina ad un modello di decisione/amministrazione frammentata in una rigida suddivisione di funzioni affidate ad una pluralità di strutture, riflette l'esigenza e l'urgenza di superare le

⁷⁵ Il Pnrr e le assemblee legislative. Nota tematica per il seminario Torino del 1° aprile 2022, Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, p. 9.

⁷⁶ P. TORRETTA, *Metamorfosi del controllo parlamentare in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 71.

⁷⁷ A. MANZELLA, *Il Parlamento come organo costituzionale di controllo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2017, p. 3.

⁷⁸ P. TORRETTA, *Metamorfosi del controllo parlamentare in Italia e nell'Unione europea*, cit., pp. 73-74.

debolezze storicamente incontrate nell'assicurare la corretta connessione tra le tre fasi dell'indirizzo politico, ovvero l'ideazione dei fini, la individuazione di un idoneo apparato organizzativo strumentale al conseguimento degli obiettivi e, infine, l'attuazione amministrativa delle misure. In questo contesto, la predisposizione della struttura organizzativa deputata a orientare la volontà verso il raggiungimento dei fini non è un dato neutro, in quanto esprime la scelta in favore della centralizzazione o, viceversa, della condivisione dell'attività di indirizzo. La scelta adottata è nella direzione di un significativo accentramento del processo decisionale nelle mani dell'Esecutivo sia nella fase della formulazione delle politiche di ripresa e resilienza (come si evince dalla marginalizzazione delle regioni e dei gruppi di interesse), sia nella programmazione dei futuri interventi (come si evince dalla *governance* del Pnrr). Tale accentramento può essere ricondotto alla particolare congiuntura durante la quale si è sviluppato *Ngeu*: una volta individuato il compromesso a livello europeo, si è aperto, infatti, per il sistema politico italiano un quadro inedito di aspettative di riforme di sistema da realizzare in tempi rapidi⁷⁹. Le insidie teoriche che emergono da questa unione strettissima tra struttura organizzativa reticolare lontana dalla collegialità del Governo e obiettivi di efficienza e celerità risiedono nel rischio che maturi un pensiero critico circa la capacità dello strumento della discussione, della ponderazione e del confronto a perseguire in modo efficace gli obiettivi strategici per la vita del nostro Paese.

In conclusione, la recente crisi sanitaria, economica e sociale ha determinato una alterazione degli equilibri tra i due principi, monocratico e collegiale, che presiedono l'esercizio della funzione di indirizzo politico, oggi in grado di esprimersi in tutte le sue potenzialità nel governo delle risorse del Pnrr. Secondo la formulazione del d.l. 77/2021, che fa salve le fattispecie tassative di deliberazione del Consiglio dei ministri e che consente al PdcM di deferire al Consiglio dei ministri singole questioni, si potrebbe obiettare che la *governance* del Piano delinea un sistema coerente con l'elasticità della formulazione dell'art. 95 Cost. e con il ragionevole bilanciamento tra i principi monocratico e collegiale, orientato dalla prassi e dalle dinamiche politiche. Tuttavia, è verosimile ritenere che in molte occasioni, data la ristrettezza dei tempi, l'attività del Consiglio si ridurrà ad una ratifica di processi decisionali già definiti dalla Cabina di regia e dal PdcM, confinando l'organo collegiale a svolgere, con riguardo al Pnrr, una funzione di controllo più che di indirizzo e di elaborazione della politica generale del Governo⁸⁰. Come rilevato, «se il Pnrr “attua” l'art. 95 nella parte in cui esso riguarda i poteri di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio, rimane

⁷⁹ M. MOSCHELLA, L. VERZICHELLI, *Il sistema politico italiano alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3/2021, p. 342.

⁸⁰ E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, cit.

effettivamente poco chiaro che cosa ne sia della funzione del Consiglio dei Ministri di determinare la politica generale del Governo»⁸¹.

La principale domanda che occorre porsi sulle prospettive del nostro sistema giuridico-istituzionale sembra, quindi, essere la seguente: dobbiamo interpretare il ruolo di primo piano assunto dal Pdcn come il frutto di una condizione straordinaria imposta dall'emergenza sanitaria ed economico-finanziaria, che dunque cesserà con la fine dell'emergenza stessa, oppure dobbiamo considerarlo come il segnale di un cambiamento permanente, a Costituzione invariata, nelle relazioni fra Pdcn e Governo? Sul punto, sembra doversi riconoscere che la valorizzazione della capacità decisionale del Pdcn, lungi dal rappresentare una parentesi isolata di questa fase della storia costituzionale, costituisce, invece, il tassello di una traiettoria evolutiva che da tempo sia il sistema istituzionale sia il sistema delle fonti stanno percorrendo con estesi profili di intersezione, all'interno di un contesto di personalizzazione e verticalizzazione del potere decisionale che si riflette inevitabilmente sulla forma di governo. Lo spiccato ruolo propulsivo del Pdcn induce, pertanto, a porre in discussione la perdurante vitalità dell'art. 95 Cost. nel forgiare le relazioni endogovernative e nel contenere le spinte verso un parlamentarismo maggioritario.

D'altra parte, non si possono non considerare le esigenze connesse alla governabilità e alla funzionalità del sistema, oggi particolarmente sentite in quanto essenziali per la corretta esecuzione del Pnrr. Sul punto, giova richiamare il pensiero di Calamandrei, secondo il quale «la democrazia per funzionare deve avere un governo stabile, se un regime democratico non riesce a darsi un governo che governi, esso è condannato»⁸² e l'idea di Crisafulli, che individuò il punto di maggior debolezza del disegno costituente e, quindi, la necessaria linea direttrice di una strategia di riforma istituzionale, negli esiti deludenti del tentativo di razionalizzare lo schema del sistema di governo parlamentare. La recente conclusione del Governo Draghi conduce a ricordare anche le parole di Sabino Cassese che, agli inizi degli anni Ottanta, si chiedeva se esistesse un governo in Italia, osservando come il multipartitismo congiunto al meccanismo coalizionale, sostenuto dalle regole elettorali di natura proporzionale, stimolasse la natura spartitoria dell'attività governativa, a scapito della attuazione di un indirizzo politico unitario⁸³. Come noto, l'idea di superare una “repubblica senza governo” è stata alla base dell'avvio dei tanti progetti di revisione costituzionale volti a dare

⁸¹ S. NICCOLAI, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, in *Rivista Aic*, 3/2022, p. 232.

⁸² P. CALAMANDREI, *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 5 settembre 1946*, p. 45, disponibile all'indirizzo www.camera.it.

⁸³ S. CASSESE, *Esiste un governo in Italia?*, Officina, Roma, 1980.

impulso e stabilità all'azione dell'Esecutivo anche a costo di ridimensionarne la collegialità⁸⁴. La fase storica che il Paese sta attraversando, intrisa degli obiettivi e delle riforme collegati al Pnrr, offre quindi l'occasione per riflettere su meccanismi e istituti in grado di superare la fragilità dell'istituzione Governo, che rappresenta un forte elemento di criticità per il conseguimento degli obiettivi previsti da questa operazione epocale, occasione irripetibile per la vita della nostra Repubblica.

⁸⁴ F. MUSELLA, *Introduzione. Il Governo in Italia tra partiti e presidenti*, in ID. (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 12.

Il problema dei finanziamenti pubblici nelle scuole statunitensi: una riflessione sulle *Religion Clauses* (a partire da *Carson v. Makin*) *

ALESSIA RICCIOLI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 20–1088, decided June 21, 2022.
Disponibile all'indirizzo: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1088_dbfi.pdf.

Abstract (EN): *In a 6-to-3 decision, the Court discussed its own precedents once again, intervening on the relationship between the Free Exercise Clause and the Establishment Clause. In Carson v. Makin, the Court ruled about the exclusion of religious schools from a neutral benefit program guaranteed by Maine's laws. The decision was linked to other precedents such as Espinoza and Trinity, which had so far struck a balance between the Religion Clauses. This analysis focuses also on the consequences linked to the Carson decision. To better understand the issue, it seems to be helpful a comparison with a slightly later ruled case, Kennedy v. Bremerton School District, which is far more impactful in the earlier system.*

Sommario: 1. Premessa – 2. Il caso *Carson* – 3. *Background* normativo – 4. *Majority opinion* – 5. *Dissenting opinions* – 5.1 Riflessioni sulle *dissenting opinion* – 6. Il parallelismo tra *Carson* e *Kennedy*: perché le due sentenze in realtà non si assomigliano – 6.1 Il caso *Kennedy* – 6.2 *Kennedy* e il “*detenté*” – 7. Le conseguenze di *Kennedy* e *Carson* – 7.1 Le conseguenze di *Kennedy* – 7.2 Le conseguenze di *Carson* – 7.2.1 *Carson* e le *charter school* – 7.2.2. *Carson* e i suoi precedenti – 8. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 31 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

A. RICCIOLI, *Il problema dei finanziamenti pubblici nelle scuole statunitensi: una riflessione sulle Religion Clauses (a partire da Carson v. Makin)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottoranda di ricerca in Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale e comparazione giuridica nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: a.riccioli@phd.unipi.it.

1. Premessa

La decisione *Carson v. Makin*¹ interviene sul delicato equilibrio delle *Religion Clauses*² ed incide su posizioni precedentemente consolidate in tema di finanziamento pubblico ad istituti scolastici.

Il caso *Carson* si inserisce nel lungo dibattito giurisprudenziale circa l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, che rappresentano, invero, un problema perenne del diritto costituzionale³.

Il discorso si inquadra nel più ampio tema della libertà religiosa, considerata un diritto inalienabile⁴. Il concetto di libertà religiosa fa riferimento non solo al diritto di scegliere un determinato credo religioso o al diritto di culto in un luogo sacro, ma comprende l'osservanza e la pratica religiosa, tale che, eccetto in circostanze eccezionali, nessuno dovrebbe essere costretto a scegliere tra vivere la propria fede o rispettare la legge. Ne consegue che, nella misura più estesa possibile, ma sempre nel limite del rispetto della legge, l'osservanza e la pratica religiosa devono essere ragionevolmente accolte in tutte le attività governative⁵.

Nella Costituzione la libertà religiosa è tutelata costituzionalmente nel *First Amendment*⁶, che descrive la *Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, la cui intersezione è conosciuta come *Religion Clauses*.

¹ 142 S. Ct., 1987 (2022).

² Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*, § 1.

³ Per uno studio empirico su come l'ideologia dei giudici influenzi decisioni circa l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, cfr.: M. HEISE, G.C. SISK, *Religion, Schools, and Judicial Decision Making: An Empirical Perspective*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n. 1/2012, pp. 185-212.

⁴ Cfr. J. MADISON, *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments* (June 20, 1785), in P.B. KURLAND, R. LERNER, *The Founders' Constitution*, vol. 5, 1987, p. 82, secondo cui il dovere dell'individuo verso la sua stessa fede “*is precedent, both in order of time and in degree of obligation, to the claims of Civil Society*”.

⁵ Cfr. *Federal Law Protections for Religious Liberty* (A Notice by the [Justice Department](#), 26 ott. 2017), in *Federal Register* (*The Daily Journal of the United States Government*), disponibile all'indirizzo <https://www.federalregister.gov/documents/2017/10/26/2017-23269/federal-law-protections-for-religious-liberty#citation-1-p49668>, che elenca i venti principi che dovrebbero guidare l'azione delle “*administrative agencies*” e degli “*executive departments*” nel rispetto della libertà religiosa.

⁶ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*. Cfr. K.L. KARST, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 43, n. 1/1975, pp. 20-68, secondo cui i tre scopi contenuti nel Primo Emendamento sono i seguenti: (1) permettere ai cittadini di fare scelte consapevoli in una democrazia autogestita, (2) aiutare la ricerca della verità (lett. “*to aid in the search for truth*”) e (3) permettere ad ogni persona di sviluppare ed esercitare le proprie capacità, promuovendo così il senso di autostima

Nel *First Amendment* si legge che “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*”⁷.

La prima parte della disposizione descrive l’*Establishment Clause*, che impedisce al governo⁸ di sostenere direttamente un certo credo religioso⁹ e determina l’impossibilità da parte delle istituzioni pubbliche di riconoscere una religione nazionale ufficiale, ma anche di essere direttamente coinvolte in attività di carattere religioso¹⁰ (altrimenti ledendo il principio di laicità dello stato che tale clausola intende tutelare).

La seconda parte della disposizione descrive la *Free Exercise Clause*, che proibisce alle istituzioni pubbliche di adottare atteggiamenti ostili nei confronti della religione, richiedendo un atteggiamento neutrale rispetto ai “*religious beliefs*”¹¹.

In effetti, rispetto a tali clausole, il comportamento della Corte Suprema è sempre stato ispirato ad un principio di neutralità, coerentemente rapportandosi con gruppi di credenti e di non credenti¹² e definendo, sulla base di tale neutralità, alcuni principi guida nella concreta applicazione della *Establishment Clause*¹³.

Tuttavia, la Corte ha anche riconosciuto l’esistenza di un margine tra le due Clausole (c.d. “*play in the joints*”, che verrà analizzato in seguito), che dà al singolo Stato un certo margine di autonomia nello scegliere quale atteggiamento adottare nel rispetto delle clausole in questione, sebbene sempre nel segno di una

individuale. La realizzazione di questi obiettivi implica la realizzazione del “*first amendment’s equality principle*”.

⁷ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*, § 1.

⁸ Si intende il governo statale. Sebbene la disposizione faccia esplicito riferimento al Congresso, in via giurisprudenziale ne è stata data una lettura estensiva sulla base del Quattordicesimo Emendamento, ritenendola “*applicable to the states*”, cfr. *Everson v. Bd. of Educ.*, 330 U.S. 1, 5 (1947). Per un esplicito riferimento al governo dei singoli Stati e non solo al Congresso cfr. *Evaluating Federal Financial Assistance Under the Constitution’s Religion Clauses*, in *Congressional Research Service* (9 settembre 2020), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46517>.

⁹ Cfr. *Everson*, 330 U.S. 15–16; *Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756, 771–72 (1973).

¹⁰ Cfr. *Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, ult. cit.

¹¹ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm’n*, 138 S. Ct. 1719, 1731 (2018).

¹² Cfr. *Everson*, 330 U.S. 18.

¹³ Cfr. *McCreary County v. Am. Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844, 874 (2005), disponibile all’indirizzo https://cite.case.law/us/545/844/?full_case=true&format=html; *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 60 (1985), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep472/usrep472038/usrep472038.pdf>.

“*benevolent neutrality*” che garantisca l’esercizio della libertà religiosa e sempre “*without sponsorship and without interference*”¹⁴.

In *Carson*, la Corte mette in discussione proprio quel margine di azione riconosciuto agli Stati, dichiarando che il Maine aveva violato la *Free Exercise Clause*, avendo impedito agli studenti di utilizzare un programma di sovvenzione statale per frequentare scuole private che offrivano attività anche di carattere religioso, e invece considerando idonee scuole private di carattere “*nonsectarian*” (ovvero laiche)¹⁵. Facendo ciò, la Corte dà un’interpretazione nuova circa la distinzione tra ciò che, ai sensi della *Free Exercise Clause*, è permesso e ciò che è richiesto, sulla scia di un filone giurisprudenziale recente, che, come notato dalla giudice Sotomayor, ha comportato una rapida trasformazione delle *Religion Clauses*¹⁶. In particolare, *Carson* ha introdotto una concezione eccessivamente ampia della *Free Exercise Clause* (e, di conseguenza, una concezione asfittica della *Establishment Clause*)¹⁷.

Per comprendere al meglio la questione, è necessario innanzitutto introdurre il caso, sottolineando, in via preliminare, che la cornice normativa del caso *Carson* può essere analizzata su due fronti: da un lato le norme direttamente coinvolte nella decisione, dall’altro i precedenti della stessa Corte, dai quali lei stessa sembra starsi pericolosamente allontanando.

La sentenza in questione si pone infatti in quell’interessante nucleo di sentenze, molto recenti, approvate con il *pattern* 6-3, che sembra nel tempo starsi consolidando¹⁸.

Tuttavia, mentre *Carson* non necessariamente comporta uno stravolgimento dei precedenti, un’altra sentenza (*Kennedy v. Bremerton School District*¹⁹), di solo una settimana successiva, rischia di ottenere risultati ben più disastrosi.

¹⁴ Cfr. *Walz v. Tax Comm’n*, 397 U.S. 664, 669 (1970). Il tema verrà ripreso e approfondito più avanti nell’analisi.

¹⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002.

¹⁶ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2013, 2014 (*Sotomayor, J., dissenting*).

¹⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002 (*Breyer, J., dissenting*). La giudice Sotomayor non ha aderito alla Parte I-B dell’opinione dissenziente del giudice Breyer.

¹⁸ La sentenza più nota che dà origine a questo *pattern* è la recente decisione *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. (2022), che ha stravolto la giurisprudenza precedente in tema di vicenda abortiva.

¹⁹ 142 S. Ct. 2407 (2022).

2. Il caso *Carson*

Il caso nasce nel 2018, quando Amy e David Carson²⁰, residenti a Glenburg, nel Maine, avrebbero voluto attingere ad un programma statale di assistenza scolastica al fine di iscrivere la figlia nel complesso scolastico *Bangor Christian Schools*²¹, vedendosi però esclusi dal programma a causa del carattere religioso della scuola da loro scelta.

La Costituzione del Maine garantisce a tutti i propri cittadini un servizio scolastico pubblico²², secondo le modalità ulteriormente definite dalla legislazione statale²³, al fine di assicurare che tutti gli abitanti del Maine, in ogni distretto scolastico (SAU)²⁴, possano usufruire di questo servizio.²⁵ Tuttavia, dei 260 distretti scolastici che il Maine comprende, meno della metà riescono ad offrire un servizio pubblico di scuola secondaria.

Per far fronte a tale problematica, il richiamato Statuto prevede la possibilità di: (1) contrarre con scuole di altri distretti, sia pubbliche che private (purché siano “*approved*”) o (2) distanziare dei fondi (“*tuition assistance program*”) a scuole pubbliche o private (sempre “*approved*” dallo Stato), scelte dal nucleo familiare²⁶.

²⁰ Il caso è stato promosso dai Carson e da altre due coppie di coniugi: “*The plaintiffs are David and Amy Carson and their daughter O.C., for whom they sue as next friends; Alan and Judith Gillis and their daughter I.G., for whom they sue as next friends; and Troy and Angela Nelson and their children A.N. and R.N., for whom they sue as next friends*” cfr. *Carson v. Makin*, 979 F. 3d 26 (1st Circuit 2020).

²¹ Cfr. *Carson v. Makin*, 142 S. Ct. 1994–95 (2022). Da notare che in realtà è coinvolto anche un altro edificio scolastico, chiamato *Temple Academy* (“*a “sectarian” school affiliated with Centerpoint Community Church*”), scelto per la figlia da un’altra coppia di coniugi ricorrenti, i Nelson. *Id.*, 1996.

²² La Costituzione del Maine richiede alla legislazione statale “*to require [...] the several towns to make suitable provision, at their own expense, for the support and maintenance of public schools*”, cfr. *Me. Const.* art. VIII, pt. 1, § 1.

²³ In riferimento a *Me. Stat.* tit. 20-A.

²⁴ Da notare che il Maine si riferisce ai suoi distretti scolastici come “*school administrative units (SAUs)*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 1993.

²⁵ Lo statuto prevede che siano adottate tutte le leggi “*that are necessary to assure that all school administrative units make suitable provisions for the support and maintenance of the public schools*” cosicché ogni bambino in età scolastica si veda dallo stato garantita “*an opportunity to receive the benefits of a free public education*”, cfr. *Me. Stat.* tit. 20-A, § 2(1).

²⁶ *Me. Stat.* tit. 20-A, §§ 2701-2702, 5204(3) (per la prima ipotesi) e § 5204(4) (per la seconda ipotesi). Per essere definite *approved*, le scuole private devono presentare la relativa richiesta presso il *Maine Department of Education*. L’approvazione deve essere richiesta annualmente (cfr. *Me. Stat.* tit. 20-A, §2952). La scuola privata che richiede l’approvazione inizia il procedimento verificando che la sua stessa organizzazione sia idonea a quella richiesta dallo Stato e aggiornando le informazioni sul proprio staff nel

Il Distretto di Glenburg, nel quale abitavano i coniugi Carson, non riusciva a garantire il servizio costituzionalmente richiesto, data la scarsità della popolazione e la zona remota nel quale è locato²⁷. Né, come da Statuto, il Distretto aveva stipulato un accordo con una scuola pubblica situata nelle zone limitrofe²⁸.

Conseguentemente, la famiglia Carson effettivamente risultava possedere tutti i requisiti necessari per essere inserita nel programma di assistenza scolastica statale, di cui alla seconda ipotesi dello statuto²⁹, ma la scuola da loro scelta era qualificata come “*nonsectarian*”³⁰ (prevedendo anche insegnamenti religiosi tra quelli offerti dal suo programma scolastico³¹) e dunque non possedeva il requisito necessario per essere inserita nel programma di sovvenzione statale.

I Carson, vedendosi esclusi dall'utilizzo dei relativi fondi, hanno citato in giudizio il Maine ritenendo che l'esclusione della scuola violasse la *Free Exercise Clauses*³².

Sia il Tribunale di primo grado (“*the district court*”)³³, che la Corte di Appello (“*U.S. Court of Appeals for the First Circuit*”)³⁴ si sono pronunciate a favore dello Stato del Maine.

In particolare la Corte di Appello ha ritenuto che la disposizione statutaria in questione fosse costituzionalmente valida in quanto rispettosa della *Free Exercise Clause*, essendo la restrizione in essa contenuta legata ad un *vincolo d'uso*³⁵ dei

sistema informativo *NEO* del *Maine Department of Education*. Qualsiasi richiesta di approvazione per il ricevimento di fondi pubblici per le tasse scolastiche sarà subordinata all'approvazione della scuola di riferimento e al ricevimento del *Private School Approval to Receive Public Tuition Funds form* (anche chiamato *Form EF-M 240*). Indicazioni più specifiche sono disponibili nel sito ufficiale del relativo dipartimento: <https://www.maine.gov/doe/schools/schoolops/privatechoolapproval>, in cui è possibile notare una sezione specificatamente dedicata a *Carson v. Makin* (disponibile all'indirizzo <https://www.maine.gov/doe/carsonvmakin>), nel quale vengono spiegati in brevissima sintesi gli effetti della sentenza, spiegando che “*in other words, a sectarian school that meets all of the other requirements for approval for the receipt of public funds for tuition purposes must be approved in the same manner as a non-sectarian school*”. Per i requisiti richiesti fare riferimento a: *Me. Stat.* tit. 20-A, §2951.

²⁷ *Joint Appendix*, 16, *Carson* (No. 20-1088).

²⁸ *Id.*, 18.

²⁹ *Id.*, 18-19.

³⁰ Cfr. *FindLaw.com - Maine Revised Statutes Title 20-A. Education § 2951. Approval for tuition purposes - last updated January 01, 2019*, disponibile all'indirizzo <https://codes.findlaw.com/me/title-20-a-education/me-rev-st-tit-20-a-sect-2951.html>.

³¹ *Carson*, 142 S. Ct. 1994.

³² *Id.*, 1995.

³³ *Carson v. Makin*, 401 F. Supp. 3d 207 (D. Me. 2019).

³⁴ *Carson v. Makin*, 979 F.3d 21 (1st Cir. 2020).

³⁵ *Id.*, 35.

fondi e non al mero *status* religioso dell'istituto scolastico (infatti per la Corte l'esclusione si giustificava alla luce della volontà di impedire che i fondi venissero *utilizzati* per finanziare attività di carattere religioso, non fondandosi solo sul mero *status* religioso della scuola). Dunque, secondo la Corte, la disposizione statutaria del Maine non era sintomo di alcuna ostilità religiosa, ma rifletteva al contrario un "*legitimate concerns about excessive entanglement with religion*"³⁶. Emerge una preoccupazione della Corte circa il principio di laicità dello stato, tutelato dalla *Establishment Clause* e che definisce una linea di demarcazione tra Chiesa e Stato.

A seguito di tali risultati giudiziari, i coniugi Carson hanno deciso di appellare la decisione alla Corte Suprema, che il 2 luglio 2021 ha deciso di rivedere il caso³⁷ e che si è espressa a favore degli stessi ricorrenti³⁸.

3. *Background normativo*

"*Nonsectarian*" è la parola chiave per capire questa vicenda giudiziaria.

Il già richiamato Statuto del Maine³⁹, in tema di servizio scolastico offerto dai relativi distretti, ha definito che un istituto scolastico privato, al fine di contrarre con lo Stato o essere eventuale destinatario indiretto di determinati fondi pubblici debba essere laico (ovvero qualificabile come "*nonsectarian school*", cioè un istituto scolastico "*in accordance with the First Amendment of the United States Constitution*"⁴⁰).

L'articolo VIII della Costituzione del Maine, di cui tale requisito rappresenta un'applicazione, fa esplicito riferimento al *First Amendment*⁴¹, che, come detto, descrive le *Religion Clauses*.

³⁶ *Id.*, 40.

³⁷ *Id.*

³⁸ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002.

³⁹ Tale riforma è intervenuta sul titolo 20-A ("*Education*"), par. 2951 ("*Approval for tuition purposes*"). Cfr. *FindLaw.com - Maine Revised Statutes Title 20-A. Education § 2951. Approval for tuition purposes*, cit.

⁴⁰ Cfr. *Me. Stat. tit. 20-A, § 2951 (2)*.

⁴¹ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I, § 1*: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*". Cfr. K. L. KARST, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 43, n. 1/1975, pp. 20-68, secondo cui i tre scopi contenuti nel Primo Emendamento sono i seguenti: (1) permettere ai cittadini di fare scelte consapevoli in una democrazia autogestita, (2) aiutare la ricerca della verità (lett. "*to aid in the search for truth*") e (3) permettere ad ogni persona di sviluppare ed esercitare le proprie capacità, promuovendo così il senso di autostima individuale. La realizzazione di questi obiettivi implica la realizzazione del "*first amendment's equality principle*".

Sebbene l'atteggiamento della Corte Suprema rispetto a tali clausole sia sempre stato improntato sul principio di neutralità, tuttavia sono nel tempo cambiati i criteri alla luce dei quali la Corte ha definito neutrale o meno un certo approccio⁴².

Negli anni '70, infatti, la Corte ha specificato ciò che si debba intendere per "establishment" di una religione, identificandolo nel sostegno finanziario ("sponsorship, financial support, and active involvement of the sovereign") di una "religious activity"⁴³.

Già a proposito di istituti scolastici, nel 1973 la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità di un programma dello stato di New York che prevedeva il rimborso delle tasse scolastiche per famiglie a basso reddito i cui figli frequentavano scuole private. Il programma governativo si qualificava come finanziamento diretto perché forniva direttamente denaro alle istituzioni religiose, mancando però di assicurare che il denaro fosse usato "exclusively for secular, neutral, and nonideological purposes"⁴⁴.

In tal caso, la Corte ha utilizzato il test derivante dalla sentenza *Lemon v. Kurtzman*⁴⁵ per invalidare lo statuto⁴⁶. Il test si suddivide in tre fasi e prevede che per evitare un conflitto con la *Establishment Clause* un programma di finanziamento deve avere (1) uno scopo laico, (2) il suo effetto primario o principale non deve far progredire né inibire il sentimento religioso, e (3) non deve risultare in un'eccessiva sovrapposizione tra governo e ambito religioso⁴⁷. Se ne evince che ci sono casi in cui i governi possono essere statutariamente (o costituzionalmente) impediti a concedere fondi pubblici ad attività religiose⁴⁸.

Ben prima, nella decisione *Everson*⁴⁹, la Corte aveva affermato che "no tax in any amount, large or small" possono essere stanziati al fine di finanziare qualsiasi tipo di attività o istituto religioso "whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion"⁵⁰. Tuttavia, la stessa sentenza in realtà già riconosce la legittimità di sostegni governativi ad entità religiose, purché lo

⁴² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793, 837–38 (2000).

⁴³ Cfr. *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, 668 (1970).

⁴⁴ Cfr. *Committee for Public Education v. Nyquist* 413 U.S. 769 (1973).

⁴⁵ 403 U.S. 602 (1971).

⁴⁶ 413 U.S. 478-82.

⁴⁷ Cfr. S. TAXY, *Pressure to Pray? Thinking beyond the Coercion Test for Legislator-Led Prayer*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 1/2019, p. 149; *Evaluating Federal Financial Assistance Under the Constitution's Religion Clauses*, in *Congressional Research Service*, cit.

⁴⁸ Cfr. *Levitt v. Committee for Public Education and Religious Liberty*, 113 U.S. 472 (1973).

⁴⁹ Cfr. *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 18.

⁵⁰ 330 U. S. 16, disponibile all'indirizzo https://scholar.google.com/scholar_case?case=3620075287275437211&hl=it&as_sdt=0.

Stato estenda tali benefici “*to all its citizens without regard to their religious belief*”⁵¹.

Progressivamente, la posizione della Corte è divenuta più elastica, prevedendo che non fosse più necessario, anche in caso di finanziamento diretto, esplicitare il divieto di utilizzo dei fondi a scopo religioso e considerando il carattere laico delle attività sovvenzionate una presunzione relativa⁵².

Con questa prospettiva, nel 1988, la Corte, da un lato, ha ritenuto costituzionalmente valido un programma di sovvenzioni statali che non prevedeva esplicitamente un vincolo d’uso dei fondi stanziati⁵³, ma, dall’altro, ha confermato la validità implicita di quel vincolo, affermando l’impossibilità di un finanziamento diretto del governo verso attività religiose⁵⁴.

Dunque, un istituto religioso può essere finanziato sia attraverso programmi di finanziamento diretto, che indiretto. Tuttavia, nel caso di finanziamento diretto, la Corte richiede necessariamente il carattere laico dell’attività sovvenzionata⁵⁵, mentre il requisito diventa non più necessario in caso di finanziamento indiretto, come affermato nel caso *Zelman v. Simmons-Harris*⁵⁶. In *Zelman*, nel 2002 la Corte Suprema ha confermato la costituzionalità di un programma di *voucher* a Cleveland, nell’Ohio, che permetteva agli studenti provenienti da famiglie a basso reddito di utilizzare i fondi pubblici per frequentare scuole private, comprese quelle di carattere religioso, senza alcun vincolo nell’utilizzo dei fondi stanziati⁵⁷, considerando questi ultimi una forma di finanziamento indiretto e neutro.

Inoltre, la posizione della Corte, già prima di *Carson*, si era evoluta al punto da suggerire che nel momento in cui un programma statale preveda benefici non in contrasto con la *Establishment Clause*, la *Free Exercise Clause* potrebbe

⁵¹ Cfr. *Committee for Public Education and Religious Liberty et al. v. Regan, comptroller of new york, et al.* 444 U.S. 646 (1980)

⁵² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 US, 857 (2000), in cui si legge: “*To establish a First Amendment violation, plaintiffs must prove that the aid in question actually is, or has been, used for religious purposes*”.

⁵³ Cfr. *Bowen v. Kendrick*, 487 US 612 (1988).

⁵⁴ *Ibidem*, 615.

⁵⁵ Cfr. *Committee for Public Education v. Regan*, cit., 659.

⁵⁶ 536 U.S. 639 (2002). Da notare che *Zelman* non venne apprezzata da molti commentatori: S.M. FELDMAN, *Religious Minorities and the First Amendment: The History, the Doctrine, and the Future*, pp. 222, 263–265, disponibile all’indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1522259; D. LITHWICK, *The Supremes Pledge Allegiance to God*, in *Slate*, 27 giugno 2002, disponibile all’indirizzo <https://slate.com/news-and-politics/2002/06/the-supremes-pledge-allegiance-to-god.html> [https://perma.cc/Q8J9-MYPB].

⁵⁷ *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639, 662–63 (2002).

comportare l'estensione di quei benefici tanto ai beneficiari religiosi che a quelli laici.

In tale ottica, nel 2017, nella sentenza *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*⁵⁸, la Corte ha ritenuto che la *Free Exercise Clause* fosse violata da un programma di sovvenzioni offerto dallo stato del Missouri che escludeva le organizzazioni religiose come possibili beneficiari, affermando che negare tale beneficio solo “*on account of religious identity*” fosse incostituzionale, a meno che tale esclusione non fosse giustificata “*only by a state interest “of the highest order”*”⁵⁹ (in specie, il finanziamento sarebbe stato utilizzato per il rifacimento di un parco giochi).

L'interesse di “*achieving greater separation of Church and State*” e quindi il rispetto della *Establishment Clause*, per il Missouri giustificava l'esclusione di enti religiosi dal programma. Tuttavia, la Corte ritenne che il rispetto della *Establishment Clause* non potesse giustificare un'eccessiva compressione della *Free Exercise Clause* (in specie data dal fatto che lo Stato richiedeva esplicitamente alla *Trinity Lutheran* di rinunciare al suo carattere religioso al fine di partecipare al programma di sovvenzione menzionato)⁶⁰.

In sintesi, la Corte ha ritenuto inammissibile escludere un ente religioso per il mero fatto di essere religioso, coerentemente con quanto detto sopra, cioè con la presunzione di ritenere che i fondi siano utilizzati a scopo laico fino a prova contraria.

Per spiegare il punto, la Corte stessa ha svolto un parallelismo con un precedente, *Locke v. Davey*⁶¹, in cui aveva ritenuto legittima la decisione dello stato di Washington di proibire agli studenti di utilizzare borse di studio finanziate con fondi pubblici per conseguire una laurea in teologia⁶². In *Locke*, i fondi erano stati negati al ricorrente non “*because of who he was; he was denied a scholarship because of what he proposed to do — use the funds to prepare for the ministry*”.

⁵⁸ 582 U.S. 577 (2017).

⁵⁹ *Trinity*, 582 U.S. 582.

⁶⁰ “*The State in this case expressly requires Trinity Lutheran to renounce its religious character in order to participate in an otherwise generally available public benefit program, for which it is fully qualified*”, *Trinity*, 582 U.S. 590.

⁶¹ Cfr. *Locke v. Davey*, 540 US 712 (2004). Per un ragionamento critico su questa decisione, cfr. D.F. LAYCOCK, *The Supreme Court, 2003 Term — Comment: Theology Scholarships, the Pledge of Allegiance, and Religious Liberty: Avoiding the Extremes but Missing the Liberty*, in *Harvard Law Review*, n. 118/2004, pp. 155, 162-218.

⁶² D. F LAYCOCK, *The Supreme Court, 2003 Term — Comment*, cit., p. 725, in cui la Corte afferma che: “*Given the historic and substantial state interest at issue, we therefore cannot conclude that the denial of funding for vocational religious instruction alone is inherently constitutionally suspect*”.

In *Trinity* la questione è diversa, perché la scuola viene esclusa dalla sovvenzione “*simply because of what it is — a church*”⁶³.

In una parziale *concurring opinion*, il giudice Gorsuch, forse anticipando una posizione che prenderà successivamente, in *Kennedy* (che risulterà ai fini di questo discorso ben più problematica di *Carson*), ha spiegato che in *Locke* la Corte aveva legittimato il programma statale in virtù del margine (c.d. “*play in the joints*”⁶⁴) esistente tra il rispetto di una delle due *Religion Clauses* e la violazione dell’altra⁶⁵.

Inoltre, Gorsuch ha messo in discussione il discrimine tra “*laws that discriminate on the basis of religious status and religious use,*” affermando che in molti casi, “*the same facts can be described both ways*”⁶⁶.

La posizione della Corte in *Trinity* è stata ulteriormente sviluppata in *Espinoza*⁶⁷, che ancora riprende il binomio “*religious status*” e “*religious use*”. Nella sentenza, la Corte ha dichiarato incostituzionale l’esclusione di scuole religiose da un programma di sovvenzionamento statale essendo l’esclusione giustificata solo dallo “*status*” religioso delle scuole⁶⁸.

Si nota che *Espinoza* rimane coerente al ragionamento seguito dalla Corte anche nei suoi precedenti, perché se da un lato ha riaffermato che i governi non possono discriminare i beneficiari solo sulla base del loro carattere religioso, dall’altro ancora richiamata il limite derivato dall’impossibilità di utilizzare fondi pubblici per *usi* religiosi.

Limite che invece verrà messo in discussione in *Carson*, come vedremo.

⁶³ Cfr. *Trinity*, 137 S. Ct. 2016.

⁶⁴ L’espressione, mai citata dalla maggioranza, viene riportata nella *dissenting opinion* del giudice Breyer (spiegando che “*that “play” gives States some degree of legislative leeway*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002), ricordando implicitamente altre sentenze, cfr. *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712, 718 (2004) (“*Although the Establishment Clause and the Free Exercise Clause [] are frequently in tension [,]... we have long said that ‘there is room for play in the joints’ between them.*” (citazione omessa) (citando *Walz v. Tax Comm’n*, 397 U.S. 664, 669 (1970))). Cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/when-religion-and-the-public-education-mission-collide#_ftnref. Per un approfondimento sul tema, S.M. ISGUR, “*Play in the joints*”: *the struggle to define permissive accommodation under the first amendment*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 31/2008, pp. 371-392 (criticando una legislazione lacunosa non chiara su cosa la *Establishment Clause* proibisce e la *Free Exercise Clause* richiede).

⁶⁵ Cfr. *Trinity*, 137 S. Ct. 2036.

⁶⁶ *Id.*, 2026.

⁶⁷ Cfr. *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 140 S. Ct. 2246 (2020).

⁶⁸ Cfr. *Espinoza*, 140 S. Ct. 2256.

4. *Majority opinion*

La decisione *Carson* è stata scritta direttamente dal Presidente Roberts, inserendosi in quel gruppo sempre più numeroso di sentenze, adottate con il voto favorevole dei sei giudici di carattere più conservatore e osteggiate dagli altri tre. La *dissenting opinion* è stata scritta dal giudice Breyer, mentre la giudice Sotomayor ha aggiunto autonomamente una parte, rievocando, in particolare, una *dissenting opinion* precedente⁶⁹.

La *majority opinion* si concentra inizialmente sulla descrizione del programma di sovvenzione previsto dalla legislazione del Maine⁷⁰, ed in particolare sul carattere “*nonsectarian*”⁷¹ che caratterizza le scuole private al fine di essere considerate idonee per ottenere il sovvenzionamento. Lo Stato considera una scuola “*sectarian*” se legata ad un particolare credo o associazione religiosa, offrendo insegnamenti di carattere religioso, promuovendo la religione a cui fa riferimento e/o interpretando il materiale oggetto di insegnamento alla luce della sua fede⁷².

Il giudice Roberts spiega nel dettaglio quali requisiti debbano possedere le scuole private per essere considerate “*approved*” dal Maine, in specie rispettare determinati requisiti curriculari, ad esempio individuando l’inglese come lingua principale nell’insegnamento scolastico offerto, prevedendo corsi sulla storia del Maine, sulla sua costituzione e sulla sua eredità culturale e mantenendo il rapporto insegnante-studente non oltre 1 a 30⁷³.

È interessante notare che il programma di finanziamento pubblico messo in discussione nella sentenza non prevede limitazioni geografiche, comprendendo quindi anche scuole fuori dallo Stato o addirittura estere⁷⁴.

In ogni caso, a differenza di una scuola pubblica e coerentemente al carattere privato delle scuole in questione, gli insegnanti non necessitano di essere certificati e sono ammesse anche scuole *single-sex*⁷⁵.

Il requisito che invece la Corte discute è il carattere “*nonsectarian*” delle scuole, introdotto solo nel 1981 e rimasto in vigore fino alla decisione *Carson*. Nella riflessione della Corte sul punto vengono richiamati più volte alcuni precedenti,

⁶⁹ “ROBERTS, C. J., delivered the opinion of the Court, in which THOMAS, ALITO, GORSUCH, KAVANAUGH, and BARRETT, joined. BREYER, J., filed a dissenting opinion, in which KAGAN J., joined, and in which SOTOMAYOR, J., joined as to all but Part I–B. SOTOMAYOR, J., filed a dissenting opinion”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1991.

⁷⁰ Come già sopra riportato, il riferimento è a *Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 20-A. §2* (2008), in applicazione di *Me. Const., Art. VIII, pt. 1. §1*.

⁷¹Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1993.

⁷² *Id.*, 1994.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

soprattutto *Zelman*, che ha permesso di definire il concetto di finanziamento neutro (come già detto, i *voucher*), permettendo alla Corte di distinguere tra finanziamenti diretti e indiretti in tema di sovvenzioni pubbliche a istituti scolastici.

Anche in *Carson* la Corte interpreta il finanziamento offerto dal Maine come neutro ed indiretto e, dunque, come in *Zelman*, non ritiene costituzionale l'esclusione di scuole dal carattere religioso, ritenendo il requisito sopra citato non rispettoso della *Free Exercise Clause*, che rappresenta una tutela contro qualunque coercizione indiretta della libertà religiosa⁷⁶.

Dopodiché, il giudice Roberts richiama due casi decisi recentemente e che per tematiche e principi applicati sembrano alla Corte affini al caso in questione: le decisioni *Trinity* ed *Espinoza* (che applicano lo stesso tipo di scrutinio), i cui “*unremarkable principles*” sono ritenuti sufficienti per determinare il caso⁷⁷.

In effetti, anche le principali argomentazioni promosse dal Maine tentano di dimostrare che *Carson* differisce da *Trinity* ed *Espinoza*. In *primis*, il Maine argomenta che il programma statale in questione era pensato per supportare un'educazione pubblica, che si presume laica⁷⁸.

Tanto nella *majority opinion*, quanto nella *dissenting opinion*, emerge la difficoltà dei giudici di comprendere appieno le modalità con cui il Maine ha inteso garantire un servizio scolastico pubblico in ogni distretto, fornendo, in alcuni casi, quel servizio pubblico anche attraverso istituti scolastici privati (purché laici). In particolare, la Corte ritiene forzata la distinzione promossa dallo stato del Maine tra scuole private laiche (le uniche poste sullo stesso piano delle scuole private in tema di sovvenzioni statali) e religiose. La Corte sottolinea le numerose differenze esistenti tra una scuola pubblica e una scuola privata (anche laica), sottolineando che il programma didattico proposto spesso differisce ampiamente (al di là del carattere religioso o meno della scuola privata), oltre ad altre differenze strutturali, che verranno successivamente affrontate più nel dettaglio.

Per questo, essendo la secolarità l'unico vero carattere per cui il Maine valuta queste due opzioni scolastiche equivalenti (scuole pubbliche e scuole laiche private), la Corte ritiene tale discriminazione solo un modo per intendere che il “*Maine does not extend tuition assistance payments to parents who choose to educate their children at religious schools.*”⁷⁹ Il Presidente Roberts respinge con forza l'idea che *Carson* richieda in qualche modo al Maine di finanziare l'istruzione privata, ritenendo che lo Stato abbia una larga fascia di possibilità per garantire un servizio

⁷⁶ *Id.*, 1996, citando *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Assn.*, 485 U. S. 439, 450 (1988).

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Id.*, 1999.

⁷⁹ *Ibidem.*

scolastico pubblico⁸⁰. Tuttavia, nel momento in cui sceglie di usufruire di scuole private, lo Stato “cannot disqualify some private schools solely because they are religious”⁸¹.

La seconda principale argomentazione del Maine recupera la distinzione introdotta in *Trinity* tra “*religion status*” e “*religion use*”, affermando di avere escluso scuole di carattere religioso per timore che tali fondi fossero utilizzati per scopi non laici.

Questo punto dell’*opinion* della Corte denota lo scollamento maggiore tra *Carson* e i suoi precedenti.

La Corte considera⁸² legittimo il timore del Maine circa il rispetto della *Establishment Clause*, riconoscendo che l’esclusione prevista dal Maine non facesse riferimento al mero *status* religioso dell’istituto scolastico escluso, ma piuttosto al possibile utilizzo dei fondi stanziati da parte dell’istituto religioso. Tuttavia, la Corte considera comunque questo tipo di esclusione come una violazione della *Free Exercise Clause*⁸³, quantomeno nel conteso di un “*neutral benefit program*”, che quindi non viola l’*Establishment Clause*⁸⁴.

La Corte specifica che in *Trinity* ed *Espinoza* ha sostenuto che la *Free Exercise Clause* proibisce la discriminazione basata sullo *status* religioso, ma in nessun punto di queste decisioni la Corte suggerisce che una “*use-based discrimination is any less offensive to the Free Exercise Clause*”⁸⁵.

Inoltre, la Corte ha distinto il caso *Carson* dal caso *Locke v. Davey*⁸⁶, chiamato in causa sia dal Maine che dai giudici dissenzienti, in supporto alla tesi secondo cui

⁸⁰ In tal senso, il Presidente Roberts afferma che lo Stato ha un vasto numero di opzioni da scegliere, tra cui: “(...) *expand the reach of its public school system, increase the availability of transportation, provide some combination of tutoring, remote learning, and partial attendance, or even operate boarding schools of its own*”, *Id.*, 2000.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Id.*, 2001.

⁸³ Circa la lettura particolarmente ampia della *Free Exercise Clause* data dalla Corte, alcuni Autori parlano di una sorta di “*superstatus*” attribuito alla religione: “*In short, the Court’s evolving jurisprudence suggests that even if religion has not achieved formal elevated status, as a practical matter, religious challenges just keep winning and something resembling superstatus is the next logical step*”, cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, cit. Cfr. anche: M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n. 4/2012, pp. 1351-1427.

⁸⁴ “*As noted, a neutral benefit program in which public funds flow to religious organizations through the independent choices of private benefit recipients does not offend the Establishment Clause*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 2006 (citando *Zelman*, 536 U. S. 652–653).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ 540 U.S. 712 (2004).

uno Stato “*may preclude parents from designating a religious school to receive tuition assistance payments*”⁸⁷.

Il caso *Locke* riguarda un piano di borse di studio offerte dallo stato di Washington al fine di sostenere gli studenti in un percorso scolastico successivo alla scuola secondaria, ritenendo coloro che intendessero conseguire una laurea in teologia inidonei ad ottenere tali borse. La Corte in *Carson* riporta quanto già definito nel precedente, ovvero di non considerare tale esclusione una violazione della *Free Exercise Clause*, ritenendo che lo stato di Washington abbia semplicemente scelto di non sovvenzionare uno specifico percorso accademico, finalizzato alla preparazione per il ministero, ma che altrimenti i fondi avrebbero potuto essere utilizzati per sovvenzionare corsi di teologia⁸⁸. In tal senso, *Locke* riconosceva meramente “*a “narrow” antiestablishment interest*” che non può essere esteso “*beyond [...] vocational religious degrees.*”⁸⁹

5. *Dissenting opinions*

L’opinione dissenziente è stata scritta dal giudice Breyer, a suo nome, del giudice Kagan e (in gran parte) della giudice Sotomayor⁹⁰.

Breyer sostiene che uno spazio troppo ampio attribuito alla *Free Exercise Clause* crei una concezione asfittica della *Establishment Clause*⁹¹.

Il giudice critica fortemente l’interpretazione del primo emendamento data dalla maggioranza, ritenendo che gli altri giudici non abbiano tenuto conto del “*play in the joints*”⁹² che nasce dalla non completa specularità delle due *Religion Clauses*, cioè tra ciò che la *Establishment Clause* proibisce e ciò che il rispetto del libero esercizio richiede. La previsione statutaria del Maine, secondo il giudice Breyer, rientrerebbe pienamente in quel margine di manovra.

Esprimendo preoccupazione per l’allontanamento da questa dottrina consolidata⁹³, il giudice ritiene che la lettura data dalla Corte sulle due clausole non

⁸⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 2001.

⁸⁸ *Id.*, 2002.

⁸⁹ Cfr. *Id.*; *Locke*, 540 U.S. 725.

⁹⁰ *Carson*, 142 S. Ct., 2002.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*, 2004.

riesca ad evitare quel “*religious strife*”⁹⁴ che le due disposizioni vorrebbero eliminare, affermando che quel potenziale conflitto “*is still with us*”⁹⁵.

La giudice Sotomayor ha aggiunto una propria appendice al dissenso di Breyer, per ricordare la sua (solitaria) *dissenting opinion* nel caso *Trinity*⁹⁶. A differenza dei giudici Breyer e Kagan, la giudice Sotomayor sottolinea che lei aveva colto la possibilità che la strada intrapresa nel 2017 potesse avere l’esito che ha avuto oggi. Conclude esprimendo la propria preoccupazione per il principio di laicità dello Stato, affermando: “*today, the Court leads us to a place where separation of church and state becomes a constitutional violation (...) With growing concern for where this Court will lead us next, I respectfully dissent*”⁹⁷.

5.1 Riflessioni sulle *dissenting opinion*

Analizzando l’accurato dissenso del giudice Breyer, è possibile notare come il giudice sembri eludere la distinzione tra scuole pubbliche e private, non riconoscendo che il fenomeno della coercizione religiosa necessita di essere declinato in modo diverso nell’una e nell’altra tipologia di scuola.

Il giudice, infatti, sostiene che costringere il Maine a finanziare scuole che forniscono “*the sort of religiously integrated education offered by Bangor Christian*”

⁹⁴ Si può intendere il “*religious strife*” di cui parla il giudice Breyer come un riferimento alla tensione tra l’interesse pubblico nella separazione tra Stato e Chiesa (rappresentato dalla *Establishment Clause*) e la *Free Exercise Clause*, intesa a proteggere i diritti individuali. Cfr. J. H. MCELROY, *Understanding the First Amendment’s Religion Clauses*, in *The Intercollegiate Review*, 2011, pp. 33-40, disponibile all’indirizzo <https://isiorg.b-cdn.net/wp-content/uploads/2014/10/mcelroy.pdf>, secondo cui le “*twin clauses in the First Amendment were conceived and born together, to ensure that the federal government did not interfere with the states’ reserved rights with respect to religion*”; D. MAYRL, *The Rise and Fall of Church-State Separation*, in *Canopy Forum* (13 ott. 2022), disponibile all’indirizzo <https://canopyforum.org/2022/10/10/the-rise-and-fall-of-church-state-separation/>; circa un’analisi delle due clausole e soprattutto della *Establishment Clause*, cfr.: K. GREENAWALT, *Common Sense About Original and Subsequent Understandings of the Religion Clauses*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 479/2006, disponibile all’indirizzo <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol8/iss3/5> e S. D. SMITH, *The Jurisdiction Establishment Clause: A Reappraisal*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol. 81, n. 1843/2006, disponibile all’indirizzo <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol81/iss5/5>

⁹⁵ *Carson*, 142 S. Ct. 2005. Afferma poco sopra: “*I have previously discussed my views of the relationship between the Religion Clauses and how I believe these Clauses should be interpreted to advance their goal of avoiding religious strife*”, *id.*, 2004.

⁹⁶ *Carson*, 142 S. Ct. 2012 (Sotomayor, J., *dissenting*); cfr. M. SCHWARTZMAN & N. TEBBE, *Establishment Clause Appeasement*, in *Sup. Ct. Rev.*, n. 271/2019, pp. 293-95 (criticando i voti favorevoli di Breyer e Kagan in *Trinity*);

⁹⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2014–15.

determina il rischio di un potenziale “*religious strife*” similmente a quello creato dall’insegnamento religioso nelle scuole pubbliche⁹⁸.

Tuttavia, è evidente la differenza qualitativa tra la pressione che potrebbe subire lo studente di una scuola pubblica che preveda insegnamenti anche di carattere religioso e quando tale insegnamento, in una scuola privata, rappresenti il frutto di una scelta dello studente o del relativo nucleo familiare⁹⁹.

Il fatto che il giudice parli esplicitamente di scuole pubbliche, in più punti¹⁰⁰, stimola una riflessione, dato che il caso *Carson* non riguarda una scuola pubblica, ma riguarda l’esclusione di una scuola privata da un programma di sovvenzione statale, elemento su cui lo stato del Maine e la Corte sembrano non essersi capiti. Il Maine ha il dovere costituzionale di offrire un servizio scolastico pubblico, ma dati i limiti di certi distretti scolastici, lo Stato ha previsto la possibilità che tale istruzione (pubblica e in quanto pubblica laica) sia offerta anche da istituti privati¹⁰¹, che attraverso certe caratteristiche vengono definiti “*approved*” dallo Stato¹⁰².

Quindi, il sistema pubblico del Maine comprende anche alcune scuole private a pagamento¹⁰³. È una nozione che evidentemente ha creato perplessità¹⁰⁴ nella Corte Suprema, che sembra non aver compreso la fluidità con cui il Maine ha voluto garantire un servizio scolastico pubblico nei relativi distretti, definendo la disposizione statutaria in questione una “*discrimination against religion*” dato che l’interesse dello Stato non dovrebbe comportare l’esclusione di alcuni dei suoi membri dal godimento di un “*public benefit*” solo in ragione del loro “*religious exercise*”¹⁰⁵.

In realtà, come alcuni Autori notano, il fatto che la Corte respinga con fermezza questa natura ibrida del sistema scolastico del Maine potrebbe anche rappresentare un vantaggio nel lungo termine.

Il punto rileva nell’ottica delle scuole *charter*, che si pongono in una ambigua zona grigia, a metà tra scuola privata e scuola pubblica e per questo comportano

⁹⁸ *Id.*, 2010 (Breyer, J., *dissenting*).

⁹⁹ “*A distinction in kind, not degree*”, cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys: Carson, Kennedy, and the Fractured Détente over Religion and Education*, in *Harvard Law Review*, vol. 136, 2022, pp. 208, 226.

¹⁰⁰ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2005.

¹⁰¹ Cfr. *Brief of Respondent at 1, Carson (No. 20-1088)*.

¹⁰² *Supra*, § 2-3.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ “*I do want to understand this theory. So... a private entity can provide a public education in Maine?*”, cfr. *Transcript of Oral Argument*, 69, *Carson (No. 20-1088)*, https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/20-1088_7kh7.pdf [<https://perma.cc/5ALK-2H8H>].

¹⁰⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1998–99.

problematiche diverse sia rispetto ai *voucher* di cui si occupa *Zelman*¹⁰⁶, sia al sovvenzionamento di cui parla *Carson*.

Queste scuole sono state definite sia scuole “*quasi-public*” e “*hybrid public school*”¹⁰⁷, rappresentando una zona grigia tra scuola pubblica e scuola privata. Le scuole *charter* possono essere viste come accomunate da tre caratteristiche comuni: (1) tutte firmano un contratto con un ente governativo che conferisce loro l'autorità di funzionamento e ne valuta le prestazioni in base a vari standard¹⁰⁸; (2) sono esentate dai regolamenti e dagli statuti statali che le scuole pubbliche non *charter*, o tradizionali, devono seguire¹⁰⁹ ed infine (3) ricevono un sovvenzionamento statale diretto, proveniente principalmente da tasse statali e locali¹¹⁰.

La questione riguarda la qualifica delle scuole *charter*, ovvero se esse debbano essere considerate pubbliche (vietando così l'esistenza di scuole *charter* legate alla religione in base alla *Establishment Clause*) o essere considerate private (dovendo allora garantire anche agli istituti religiosi di poter gestire scuole *charter* in base alla *Free Exercise Clause*). Il dibattito sulla classificazione di questo tipo di scuole ha assunto maggior vigore dopo *Espinoza*, essendoci chi ha suggerito che il riconoscimento delle scuole *charter* religiose potrebbe essere costituzionalmente richiesto, sostenendo che “*assuming that charter schools are private schools, the Court's ruling [in Espinoza]... would seem to squarely apply to laws prohibiting religious charter schools*”¹¹¹.

La qualifica delle scuole *charter* è pertinente alle questioni sollevate da *Carson*, perché se si considerasse accettabile l'esistenza di una scuola pubblica all'interno di una scuola privata, si potrebbe ipoteticamente anche accettare l'idea speculare

¹⁰⁶ J. MATHEWS, *Can Charter Schools Pick the Best Students? No, But Many Believe the Myth.*, Wash. Post (Jan. 2, 2021, 6:00 AM), https://www.washingtonpost.com/local/education/charter-schools-lotteries/2020/12/31/2816a31e-4aaf-11eb-839a-cf4ba7b7c48c_story.html [https://perma.cc/QN6U-K597].

¹⁰⁷ Cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details: Exploring Features of Charter School Statutes that Blur the Public/Private Distinction*, in *Harv. J. on Legis.*, vol. 40, 2003, pp. 349, 356-357; P.C. GREEN III, B.D. BAKER & J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways: How Charter Schools Try to Obtain Funding of Public Schools and the Autonomy of Private Schools*, in *EMORY Law Journal*, vol. 63, 2013, in riferimento alle “*hybrid characteristics*” delle *charter schools*.

¹⁰⁸ Cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., p. 350.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. P.C. GREEN III, B.D. BAKER & J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways*, cit., p. 303.

¹¹¹ Cfr. N.S. GARNETT, *Religious Charter Schools: Legally Permissible? Constitutionally Required?* (December 1, 2020), in *Manhattan Institute Policy Report* (December 2020), disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3744246>, p. 12.

che una scuola privata possa esistere all'interno di una scuola pubblica. Il corollario ha un'importanza fondamentale, perché indubbiamente aprirebbe un dibattito in tema di scuole *charter* e religione. Infatti, ci si potrebbe domandare, a quel punto, cosa impedirebbe alle chiese di aprire scuole *charter*¹¹².

6. Il parallelismo tra *Carson e Kennedy*: perché le due sentenze in realtà non si assomigliano

Per comprendere l'effettiva portata di *Carson*, è utile contestualizzare la decisione alla luce di un'altra sentenza, di poco successiva: *Kennedy v. Bremerton School District*¹¹³.

Queste due sentenze sono state tendenzialmente analizzate unitariamente, ma il giudizio che ne è derivato differisce in base al segno politico di chi le ha commentate.

Da un punto di vista più conservatore, queste sentenze sono state interpretate come frutto della volontà della Corte di eliminare un sentimento antireligioso interno al sistema. Al contrario, da un punto di vista più liberale, sono state maggiormente criticate, in quanto ritenute lesive del principio di separazione tra spazio religioso e spazio laico¹¹⁴.

Sicuramente, queste sentenze hanno in comune la ripartizione tra giudici favorevoli e giudici dissenzienti, che ricalca la distinzione tra liberali e conservatori all'interno della Corte. Infatti, i sei giudici nominati da Presidenti repubblicani hanno votato in blocco a favore di queste due decisioni, rivendicando un maggiore spazio della *Free Exercise Clause* rispetto ai precedenti¹¹⁵.

¹¹² Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 227.

¹¹³ *Supra*, cfr. nota 3.

¹¹⁴ Cfr. D. LAYCOCK, [The Many Meanings of Separation, Separation of Church and State by Philip Hamburger](#) in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1667-1701; N. FELDMAN, *Opinion, The Supreme Court Has Just Eroded First Amendment Law*, in *Bloomberg* (June 21, 2022, 4:52 PM), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-21/supreme-court-aids-religious-education-and-erodes-first-amendment> [https://perma.cc/3U75-BT6V]; ID., *Opinion, Supreme Court Is Eroding the Wall Between Church and State*, in *Bloomberg* (June 27, 2022, 12:05 PM), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-27/supreme-court-upends-church-state-law-in-case-of-praying-coach> [https://perma.cc/FC3H-LWGK].

¹¹⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1992 (majority opinion written by Chief Justice Roberts and joined by Justices Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, and Barrett); ID., 2002 (Breyer, J., dissenting) (joined by Justice Kagan in full and Justice Sotomayor in part); ID., 2012 (Sotomayor, J., dissenting); *Kennedy*, 142 S. Ct. 2415 (majority opinion written by Justice Gorsuch and joined by Chief Justice Roberts and Justices Thomas, Alito, and Barrett in full and Justice Kavanaugh in part); ID., 2434 (Sotomayor, J., dissenting) (joined by Justices Breyer and Kagan).

Entrambe le sentenze rappresentano un cambiamento, considerando che due decenni fa simili risultati sarebbero stati impensabili, avendo *Zelman* già rappresentato un cambiamento sufficientemente ampio (ammettendo i *voucher* scolastici anche a favore di scuole non laiche, ritenendo che questo non fosse lesivo della *Establishment Clause* e introducendo una distinzione tra finanziamento diretto e indiretto¹¹⁶).

La giurisprudenza della Corte sul punto si sviluppa fino a *Carson*, che introduce un cambiamento in senso lato discutibile, dato che, come detto dal giudice Breyer nel suo dissenso, una cosa è determinare che il finanziamento delle scuole religiose sia *ammissibile* in base all'*Establishment Clause* e un'altra cosa è stabilire che l'inclusione di scuole a orientamento religioso nei programmi di finanziamento sia *richiesto* dalla *Free Exercise Clause*, erodendo quel "*play in the joints*" a cui si è già accennato.

Inoltre, *Carson* elimina la consolidata distinzione tra *status* religioso e uso religioso al fine di valutare la validità di un finanziamento pubblico rivolto verso un istituto scolastico di carattere religioso¹¹⁷.

Inoltre, da *Carson* potrebbero scaturire cambiamenti legali e politici di segno opposto rispetto alle intenzioni della Corte, danneggiando, piuttosto che favorendo, l'inclusione religiosa nello spazio civile. Infatti, alcuni Stati, in cui è particolarmente forte il bisogno di rimarcare la separazione tra Stato e Chiesa, potrebbero decidere di eliminare programmi di rilevanza sociale condotti da enti religiosi¹¹⁸.

Un'altra criticità di *Carson* è la possibilità che certi istituti scolastici siano esentati dal rispetto di certe leggi antidiscriminatorie in virtù del *First Amendment*. Un esempio calzante riguarda il finanziamento di istituti scolastici che a causa del loro orientamento religioso risultano discriminatori, si pensi ad esempio ai rischi riguardanti la comunità LGBTQ¹¹⁹.

¹¹⁶ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris* 536 U.S. 662-663.

¹¹⁷ Cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, in *The Yale Law Journal* (17 nov. 2022), disponibile all'indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/when-religion-and-the-public-education-mission-collide#_ftnref15

¹¹⁸ In tal senso, se questo "*retrenchment*" dovesse applicarsi, allora "*the increased state entanglement with religion ushered in by the Supreme Court will have led, paradoxically, to increased estrangement of religion from the public sphere — reminding us of one reason why keeping the church and the state separate was such a good idea to begin with*", cfr. R. KIM, *Under the Law: Public schools, religion, and equality after Carson v. Makin*, in *Phi Delta Kappan*, n. 104/2022, p. 61, disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1177/00317217221123653>.

¹¹⁹ D. W. BLACK & R. HOLCOMBE, *Could Public Money Finance Private-School Discrimination, Religion and Fake History?*, in *USA Today* (Apr. 12,

Da questo punto di vista entrambi gli istituti scolastici coinvolti nella vicenda *Carson*, cioè la *Bangor Christian School* e la *Temple Academy*, rappresentano infelici esempi di questo rischio.

La *Bangor Christian School* richiede ai propri studenti di affermare che il matrimonio “*joins one man and one woman in a single, covenantal union*”, condannando il sesso fuori dal matrimonio e criticando ogni identità sessuale diversa dall’eterosessualità, affermando che: “*any deviation from the sexual identity that God created will not be accepted*” e che il ruolo della moglie sia di “*submit herself to the Scriptural leadership of her husband as the church submits to the headship of Christ*”¹²⁰.

La *Temple Academy*, d’altra parte, richiede che i docenti firmino una dichiarazione in cui affermano che “*homosexuals and other deviants*” sono “*perverted*”¹²¹.

Entrambe le scuole rifiutano di assumere insegnanti appartenenti alla comunità LGBTQ¹²².

Tali questioni si inseriscono nel preoccupante quadro già definito nel 2020, con la decisione *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*¹²³ (in cui la Corte ha

2021), <https://www.usatoday.com/story/opinion/2021/04/12/public-money-private-schools-religion-science-history-column/7121202002> [<https://perma.cc/5MGD-RZSB>] (sollevando l’ipotesi che *Espinoza* potrebbe aver facilitato legislazioni discriminanti degli Stati in ambito scolastico);

¹²⁰ Il riferimento è al manuale reso disponibile agli studenti della scuola (“*Student Handbook*”), liberamente consultabile sul relativo sito e disponibile all’indirizzo https://assets.speakcdn.com/assets/1940/bcs_student_handbook_2019-2020_7_30_2019.pdf.

¹²¹ Sul punto, molto interessante è il *Transcript of Oral Arguments, Carson*, (n. 20-1088), disponibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/20-1088, in particolare le incalzanti domande poste dal giudice Breyer, pp. 12 ss. e dalla giudice Sotomayor, pp. 16 ss. Cfr., anche, N. LANG, *The U.S. Supreme Court Wants to Force Taxpayers to Fund Anti-Gay Schools*, in *Xtra Mag.* (Dec. 10, 2021, 3:06 PM EDT), <https://xtramagazine.com/power/supreme-court-anti-gay-schools-214548> [<https://perma.cc/3YD8-8M3F>].

¹²² Cfr. N. LANG, op. ult. cit, in cui viene riportata l’acronimo nella sua versione più completa, facendo riferimento a “*LGBTQ2S+ teachers*”.

¹²³ Cfr. *Our Lady of Guadalupe Sch. v. Morrissey-Berru*, 140 S. Ct. 2049 (2020), disponibile all’indirizzo <https://www.oyez.org/cases/2019/19-267>, la cui *majority opinion* è stata adottata con sette voti favorevoli e due contrari. L’*opinion* di maggioranza è stata scritta dal giudice Alito, mentre la *dissenting opinion* dalla giudice Sotomayor, con l’adesione della giudice Ginsburg.

riunito due casi, quello citato e un altro caso: *Kristen Biel v. St. James School*¹²⁴). Nella decisione riguardante i due casi citati, è stata definita una linea di pensiero sicuramente coerente a quella presente in *Carson*, ovvero “*the idea (...) that the government should not be able to tell a religious school how to run its business*”¹²⁵.

Nel caso in questione, la Corte ha ritenuto applicabile la “*ministerial exception*”¹²⁶ fondata sulle *Religion Clauses* del Primo Emendamento¹²⁷, negando le richieste di risarcimento avanzate dagli insegnanti di due scuole elementari cattoliche nei confronti dei loro datori di lavoro a seguito del loro licenziamento, ritenuto dalla corte legittimo poiché, sebbene nessuno degli insegnanti possedesse il titolo di *minister*, entrambi svolgevano funzioni religiose considerate vitali ed entrambe le scuole ritenevano che gli insegnanti avessero un ruolo cruciale nella realizzazione della missione religiosa dettata dalla fede a cui aderivano¹²⁸.

Come si legge nella *majority opinion* scritta dal giudice Alito, dato che “*the religious education and formation of students is the very reason for the existence of most private religious schools*”, allora è evidente che “*the selection and supervision of the teachers upon whom the schools rely to do this work lie at the core of their mission*”¹²⁹.

In tal senso, è interessante notare che il Maine, prevedendo l’*outcome* della vicenda giudiziaria, è intervenuto per evitare il finanziamento a scuole anti-

¹²⁴ *Kristen Biel v. St. James School*, No. 17-55180 (9th Cir. 2019), disponibile all’indirizzo <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/17-55180/17-55180-2019-06-25.html>.

¹²⁵ P. GREENE, *Private Religious Schools. The Okay To Discriminate Freely* (Jul. 16, 2020, 02:43pm EDT), in *Forbes*, disponibile all’indirizzo <https://www.forbes.com/sites/petergreene/2020/07/16/scotus-gives-private-religious-schools-the-okay-to-discriminate-freely/>.

¹²⁶ È il frutto di una riflessione dottrinale sviluppatasi negli Stati Uniti che impedisce l’applicazione di alcune leggi di carattere antidiscriminatorio al rapporto di lavoro tra un’istituzione religiosa e alcuni dipendenti (considerati dall’istituzione “*ministers*”). Il precedente storico sul punto si individua nella decisione *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & Sch. v. E.E.O.C.*, 565 U.S. 171 (2012), in cui si legge che “*the exception (...) ensures that the authority to select and control who will minister to the faithful—a matter strictly ecclesiastical—is the church’s alone*”. Se un dipendente è da qualificare come “*minster*” dipende dalle circostanze, ma questo “*is not limited to the head of a religious congregation*”, *Id.*

¹²⁷ Per una riflessione approfondita sul rapporto tra la *ministerial exception* e le *Religion Clauses*, cfr. *The Ministerial Exception to Title VII: The Case for a Deferential Primary Duties Test*, in *Harvard Law Review*, vol. 121, n. 7/2008, pp. 1779 ss, disponibile all’indirizzo https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/the_ministerial_exception.pdf.

¹²⁸ *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 140 S. Ct. 2055.

¹²⁹ *Ibidem*.

LGBTQ, modificando la legislazione antidiscriminatoria al fine di impedire che venisse posta in atto qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere da parte di qualsiasi scuola privata (religiosa o laica) che accetti fondi pubblici¹³⁰.

Il comportamento encomiabile del Maine sposta il *focus*: dall'atteggiamento della Corte alla reazione degli Stati, rendendo evidente che una legislazione efficace è la miglior risposta da parte dello Stato¹³¹.

Infine, vi è un altro interessante spunto di riflessione che emerge da un'analisi di *Carson*. Una delle principali critiche rivolte alla sentenza ha riguardato il fatto che essa comportava uno spostamento di fondi dalle scuole pubbliche alle scuole private, in specie religiose¹³².

Carson in realtà non comporta veramente questo rischio, dato che il programma di sovvenzioni previsto dal Maine è concepito in modo tale che una famiglia risulta idonea a ricevere un aiuto statale per il pagamento delle tasse scolastiche solo se non c'è una scuola superiore pubblica nel suo distretto scolastico¹³³. In tal senso, il Maine svantaggia l'istruzione pubblica non attraverso il programma in questione, ma in *primis* permettendo ai distretti scolastici di scegliere di non gestire una scuola pubblica¹³⁴.

Tuttavia, se per il Maine il rischio di sottrarre fondi alle scuole pubbliche a favore di quelle private religiose in realtà non sussiste, senza dubbio ciò può accadere in altri Stati che prevedono programmi di sovvenzioni statali in ambito scolastico di tipo diverso. In teoria, *Carson* potrebbe richiedere ad alcuni di questi Stati di permettere alle scuole religiose di ricevere fondi pubblici che altrimenti sarebbero destinati al sistema scolastico pubblico¹³⁵.

¹³⁰ Cfr. *Me. Rev. Stat. Ann. tit. 5*, § 4602(1), (5)(C) (2022).

¹³¹ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all'indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/whos-afraid-of-carson-v-makin#_ftnref21

¹³² Ricordando quanto detto da *Alliance for Justice*: "Public money should go to public schools", cfr. N. HOWE, *This Supreme Court Case Poses a Major Threat to Public Education*, in *Alliance for Justice* (7 dic. 2021), <https://www.afj.org/article/this-supreme-court-case-poses-a-major-threat-to-public-education> [https://perma.cc/MM3V-DD5G].

¹³³ Cfr. *Me. Rev. Stat. Ann. tit. 20-A*, § 5204(4) (2022).

¹³⁴ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, cit.

¹³⁵ Come ad esempio quegli stati che non forniscono alcun tipo di sussidio alle famiglie per le rette delle scuole private, che attualmente sono ventidue: Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, Washington, West Virginia, and Wyoming, ottenuti attraverso la comparazione di due fonti: *50-State Comparison: Vouchers, Educ. Comm'n of the States* (Mar. 2021) disponibile all'indirizzo <https://reports.ecs.org/comparisons/vouchers->

Il discorso, allora, potrebbe essere inquadrato diversamente, focalizzandosi sulla “*educational equity*”, studiando come garantire pari opportunità educative agli studenti a prescindere dalla loro classe sociale. In quest’ottica, l’argomentazione secondo cui *Carson* minerebbe l’equità alla base del sistema educativo sottraendo fondi alle scuole pubbliche non convince, se non nella misura in cui la spesa per le scuole pubbliche - piuttosto che per i programmi che permettono alle famiglie a basso reddito di scegliere la scuola privata - migliora le prospettive educative di questi studenti. Da notare, però, che il confronto tra scuole pubbliche e private nel contesto dei programmi di *voucher* tende a evocare un’immagine idealizzata delle scuole pubbliche (cioè luoghi di inclusione che preparano tutti gli studenti al successo accademico ed economico), confrontandole con le scuole private, di cui invece vengono estremizzati i lati negativi (cioè istituzioni che antepongono il profitto al benessere degli studenti)¹³⁶. Le scuole pubbliche dovrebbero essere viste come un mezzo per raggiungere uno scopo fondamentale: opportunità educative eque¹³⁷. Se le scuole pubbliche siano il mezzo migliore per raggiungere questo fine è una questione di fatti empirici, non una questione di valori soggettivi o di ipotesi abbozzate¹³⁸.

[01 \[https://perma.cc/HH3Y-NFLB\]](https://perma.cc/HH3Y-NFLB) e *50-State Comparison: Scholarship Tax Credits*, *Educ. Comm’n of the States* (Mar. 2021) disponibile all’indirizzo <https://reports.ecs.org/comparisons/scholarship-tax-credits-01> [https://perma.cc/FU88-79GH], come riportato da A. TANG, *Who’s Afraid of Carson v. Makin?*, cit., nota 53.

¹³⁶ Cfr., tra gli altri, J.E. RYAN & M. HEISE, *The Political Economy of School Choice*, in *Yale Law Journal*, n. 111/2022, pp. 2043, 2083.

¹³⁷ C’è chi invece descrive criticamente questo approccio come “*sector agnosticism*”, indicando quell’idea per cui l’istituzione che offre l’educazione (che sia una scuola *charter*, privata o pubblica) è meno importante che il benessere delle classi di studenti più svantaggiate dal punto di vista della qualità dell’educazione loro offerta. Cfr. N.S. GARNETT, *Sector Agnosticism and the Coming Transformation of Education Law* (April 12, 2016) in *Vanderbilt Law Review* 1, n. 70/2017, disponibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2763673>; A. SMARICK, *The Urban School System of the Future*, Rowman & Littlefield Education, 2012.

¹³⁸ Così come sostenuto con forza da A. TANG, op. cit. Per una diversa tesi, cfr. M. BINDAS, *The Once and Future Promise of Religious Schools for Poor and Minority Students*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-once-and-future-promise-of-religious-schools-for-poor-and-minority-students>, secondo cui *Carson* rappresenta un’opportunità per sviluppare un approccio di carattere pluralistico nell’offerta scolastica, che fin ora non è stato garantito, dando l’opportunità a tutti i tipi di scuole, pubbliche e private, religiose o non religiose, di partecipare. Sull’importanza delle scuole pubbliche come luogo di garanzia dei valori democratici: cfr. E.K. WILSON, *Racialized Religious School Segregation*,

Altri rischi riguardano ad esempio lo “*school funding*”, avendo alcuni autori espresso preoccupazione circa un possibile futuro in cui l’educazione religiosa venga finanziata direttamente dai contribuenti¹³⁹. Tuttavia, il rischio principale riguarda in particolare le scuole *charter*, sulle quali varrà la pena spendere qualche parola.

Tuttavia, sebbene le problematiche sollevate da *Carson* non siano irrilevanti, certo esse non rischiano di comportare le disastrose conseguenze che invece potrebbe causare la sentenza *Kennedy*, il cui caso risulta di particolare interesse ai fini di questa analisi.

6.1 Il caso *Kennedy*

In *Kennedy*, il caso è scaturito dal comportamento di un allenatore di *football* che durante un evento sportivo del relativo istituto scolastico, a fine partita, si è inginocchiato per pregare al centro del campo, venendo per questo licenziato dallo stesso istituto presso il quale l’uomo lavorava. La Corte ha ritenuto che il comportamento sanzionatorio della scuola abbia violato il diritto di libero esercizio e di libertà di parola dell’individuo¹⁴⁰.

La Corte ha concentrato la propria riflessione soprattutto sulle “*three prayers that resulted in [Coach Joseph Kennedy’s] suspension*”¹⁴¹, che sono state relativamente brevi e non hanno riguardato i suoi giocatori, benchè egli avesse già chiesto alla squadra di pregare negli spogliatoi e avesse tenuto sermoni post-partita ai giocatori a metà campo¹⁴².

Il giudice Gorsuch¹⁴³, che ha scritto la *majority opinion*, si è rifiutato di riconoscere la tensione giuridica esistente tra le due clausole, affermando, invero, che le tre preghiere pronunciate dal Coach Kennedy erano garantite dalla *Free*

vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo <https://www.yalelawjournal.org/forum/racialized-religious-school-segregation>.

¹³⁹ In tal senso, “*to the extent that charter, voucher, and other subsidy programs destabilize the funding of public-school systems, we can now predict the acceleration of these effects as more religious schools seek to be included in these programs*”, *Id.*, 60; M. SCHWARTZMAN, N. TEBBE, *Establishment Clause Appeasement*, cit., pp. 293-295; E. GRAHAM, *Educators Push Back Against School Voucher Legislation*, in *neaToday* (17 feb. 2022), <https://www.nea.org/advocating-for-change/new-from-nea/educators-push-back-against-school-voucher-legislation> [<https://perma.cc/2Q6J-3JKB>].

¹⁴⁰ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433.

¹⁴¹ *Id.*, 2424-2425.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Il giudice Kavanaugh ha riformulato l’opinione di maggioranza del giudice Gorsuch dalla parte III. B (cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2415). I giudici Thomas e Alito hanno entrambi scritto una breve *concurring opinion*. *Id.*, 2433 (Thomas, J., *concurring*); *Id.* (Alito, J., *concurring*).

Exercise Clause e non proibite dalla *Establishment Clause*¹⁴⁴ e che le due clausole fossero tra loro complementari¹⁴⁵.

Il dissenso della giudice Sotomayor¹⁴⁶ ha criticato il ragionamento della Corte, ritenendo che essa abbia considerato il comportamento del Coach Kennedy in modo completamente isolato da qualsiasi contesto, in particolare non tenendo conto del suo ruolo all'interno dell'istituzione scolastica¹⁴⁷, del fatto che l'uomo avesse posto in essere un comportamento di carattere religioso evidentemente finalizzato ad ottenere visibilità presso gli studenti e senza contare che la persona coinvolta, già in precedenza, durante alcuni eventi scolastici, aveva chiesto agli studenti di prendere parte ad un momento di preghiera¹⁴⁸.

Inoltre, Sotomayor si è opposta con forza¹⁴⁹ al superamento del test derivante da *Lemon v. Kurtzman*¹⁵⁰. Il giudice Gorsuch, infatti, sembra aver definitivamente superato il tanto criticato test dell'*Establishment Clause*, sostituendolo con un test guidato da "*historical practices and understandings*" che devono essere coerenti "*with history and faithfully reflect the understanding of the Founding Fathers*"¹⁵¹

¹⁴⁴ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433 (*majority opinion*).

¹⁴⁵ *Id.*, 2426.

¹⁴⁶ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2428 (virgolette interne omesse) (citando *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 576 (2014)), 2434 (Sotomayor, J., *dissenting*). I giudici Breyer e Kagan si sono uniti al dissenso. *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*, 2444.

¹⁴⁸ *Id.*, 2453

¹⁴⁹ *Id.*, 2447 (Sotomayor, J., *dissenting*) (rimpiangendo che la Corte "*completely repudiates the test established in Lemon*"). In realtà, il ripensamento di *Lemon test* era già stato preannunciato nel giugno 2019, nella decisione *American Legion v. American Humanist Association* (588 U.S. 1717 (2019)) che dette alla Corte l'opportunità di ripensare la propria giurisprudenza sulla *Establishment Clause*, almeno riguardo l'utilizzo di simboli religiosi in un contesto governativo. Tuttavia, la maggioranza non riuscì ad indicare un test che dovesse in futuro sostituire il precedente nella risoluzione delle controversie circa la clausola in questione. Per un approfondimento sulla giurisprudenza in questione cfr. *No More Lemon Law? Supreme Court Rethinks Religious Establishment Analysis*, in *Congressional Research Service* (21 giugno 2019), disponibile all'indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10315>; J. DRIVER, *The schoolhouse gate: public education, the supreme court, and the battle for the american mind*, 2018, p. 399, notando che il *Lemon test* perde sempre più rilievo a favore di una "*anticoercion idea*". Cfr. sul punto S. Taxy, *Pressure to Pray? Thinking beyond the Coercion Test for Legislator-Led Prayer*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 1/2019, pp. 143-186 ("*the coercion test is frequently used to determine whether prayers sponsored by the government or provided in government fora violate the Establishment Clause*").

¹⁵⁰ 403 U.S. 602, 612-13 (1971).

¹⁵¹ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct. 2428 (virgolette interne e citazioni omesse).

che, se effettivamente seguito, promette di ribaltare il sistema scolastico pubblico americano¹⁵².

Infine, *Kennedy* non riporta un precedente che potrebbe valere la pena richiamare: nel caso *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*¹⁵³ la Corte ha dichiarato incostituzionale il comportamento di alcuni studenti che avevano guidato le preghiere durante le partite di football delle scuole superiori pubbliche a Santa Fe, in Texas, violando la *Establishment Clause*¹⁵⁴.

Ne consegue, logicamente, che le preghiere guidate da un funzionario scolastico – come in *Kennedy* – dovrebbero risultare una violazione ancora più lampante della clausola. Inoltre, *Santa Fe* è stata una decisione importante anche dal punto di vista delle indicazioni che ha dettato per valutare l'esistenza di una violazione dell'*Establishment Clause*, richiedendo di considerare sempre un “*fact-specific context*”¹⁵⁵.

6.2 *Kennedy* e il “*détente*”

Nell'analisi delle conseguenze di *Kennedy* e *Carson*, non si può mancare di notare che l'impatto di *Kennedy* risulta ben più drammatico, a causa della frattura che ha creato nel c.d. “*détente*” (lett. distensione¹⁵⁶), che la giurisprudenza della Corte aveva raggiunto circa il rispetto delle *Religion Clauses* in ambito scolastico.

Infatti, è importante considerare che le scuole pubbliche sono spesso state un ambiente in cui la garanzia di certi diritti costituzionali è risultata lacunosa (ad esempio per quanto riguarda il rispetto del *Fourth Amendment*¹⁵⁷ o riguardo la *Due*

¹⁵² Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 239.

¹⁵³ 530 U.S. 290 (2000).

¹⁵⁴ 530 U.S. 290, 310–12 (2000).

¹⁵⁵ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 236.

¹⁵⁶ Si preferisce il termine “*détente*”, piuttosto che “*peace*” per descrivere il rapporto tra la religione ed istruzione scolastica. Cfr. J. DRIVER, *The schoolhouse gate: public education, the Supreme Court, and the battle for the American mind*, 363 (2018), affermando che “*these various developments have introduced a period of détente — even if not absolute peace — into the ‘culture wars’ arguments that have long predominated legal discussions involving religion and education*”. Mentre il termine *détente* denota “*the relaxation of strained relations or tensions*”, il concetto di pace va ben oltre, descrivendo uno stato di “*tranquility or quiet*”.

Confrontando il termine “*Détente*”, v. MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/detente> [https://perma.cc/677Y-HFY2], con il termine “*Peace*”, v. MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/peace> [https://perma.cc/4BFQ-296N].

¹⁵⁷ Non ricevendo gli studenti una protezione dalle perquisizioni scolastiche anche in assenza di una “*probable cause*” e facendo riferimento al più leggero standard di “*reasonable suspicion*”, cfr. *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 345 (1985).

Process Clause, che assume una forma più diluita rispetto ad altri contesti non scolastici¹⁵⁸).

Al contrario, per quanto riguarda le tematiche religiose, la Corte si è spesso espressa in una forma particolarmente garantista, ritenendo che le problematiche legate alla *Establishment Clause* fossero “most pronounced” nel “context of schools,” e che quindi “prayer exercises in public school carry a particular risk of indirect coercion”¹⁵⁹ essendo gli studenti “young and impressionable”¹⁶⁰.

Una particolare attenzione al rischio di coercizione indiretta può originariamente individuarsi già in alcune sentenze degli anni '60. Merita una menzione il caso *Engel v. Vitale*¹⁶¹, in cui la Corte valutò che la preghiera composta dal *New York State Board of Regents* violasse la *Establishment Clause*¹⁶². Come spiegato dal giudice Black, in questo caso il rischio di coercizione indiretta è legato alla pressione di conformarsi alla religione approvata ufficialmente, che

¹⁵⁸Come emerge in *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565, 579–82 (1975), così come notato da J.E. RYAN, *The Supreme Court and Public Schools*, in *Virginia Law.Rev.*, vol. 86, 2000, pp. 1338, 1364.

Nel caso in questione la Corte ha affermato, con una maggioranza di 5 a 4, che gli studenti avessero il diritto di ricevere “some kind of notice and some kind of hearing” prima di essere sospesi per ragioni disciplinari (*Id.*, 579).

La Corte ha affermato che gli studenti hanno un interesse a ricevere un'educazione (*Id.*, 573–74, oltre che a proteggere il loro “good name, honor, or integrity,” *Id.*, 574–75).

La Corte, nel decidere, ha proceduto ad una attenta analisi del contesto (da notare che la già citata sentenza *Santa Fé* è dello stesso anno), al fine di soddisfare “the competing interests involved” (*Id.*, 579, citando *Cafeteria Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886 (1961) and *Morrissey v. Brewer*, 480 U.S. 471, 481 (1982)), cioè l'interesse dello studente ad evitare una “unfair or mistaken exclusion from the educational process, with all of its unfortunate consequences” (*Id.*) e l'interesse del governo nel mantenimento della disciplina, che la Corte ha ritenuto essenziale affinché fosse garantita la funzione educativa (*Id.*, 580).

Il bilanciamento della Corte ha richiamato strumenti abbastanza rudimentali, chiedendo agli ufficiali scolastici e insegnanti di fornire almeno un avviso orale delle accuse e presentare prove a sostegno della loro versione, dando allo studente la possibilità di rispondere (*Id.*, 583).

¹⁵⁹ Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592 (1992) (citando *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Sch. Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) e *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573, 661 (1989) (Kennedy, J., ha concorso nel giudizio e dissentito in parte)).

¹⁶⁰Cfr. J. E. RYAN, *The Supreme Court and Public Schools*, cit., p. 1382, a proposito della decisione *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, 5884 (1987).

¹⁶¹Cfr. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

¹⁶²Cfr. *Engel*, 370 U.S. 424.

potrebbero subire le minoranze religiose qualora si ammettesse un finanziamento governativo rivolto verso una religione specifica¹⁶³.

Oltre *Engel*, varie sentenze hanno rafforzato questo indirizzo della Corte, continuando a proteggere gli studenti delle scuole pubbliche dallo spettro delle preghiere approvate dal governo negli ultimi sessant'anni. All'indomani della sentenza *Engel*, la Corte ha invalidato la lettura della Bibbia sponsorizzata dalle scuole in *School District of Abington Township v. Schempp*¹⁶⁴.

Nel 1980, la Corte, nella causa *Stone v. Graham*¹⁶⁵, ha vietato agli Stati di affiggere copie dei Dieci Comandamenti nelle aule delle scuole pubbliche¹⁶⁶. Dodici anni dopo, la Corte, nella causa *Lee v. Weisman*¹⁶⁷, ha impedito alle scuole pubbliche di scegliere membri del clero per recitare le preghiere durante le cerimonie di consegna dei diplomi delle scuole pubbliche¹⁶⁸. Similmente, nel 2000, nel richiamato caso *Santa Fe*, la Corte ha proibito agli studenti di tenere preghiere ufficiali durante le partite di football delle scuole pubbliche¹⁶⁹.

Allo stesso tempo, negli ultimi decenni si sono verificati tre importanti sviluppi che hanno contribuito alla distensione: in primo luogo, la magistratura ha chiarito che le scuole pubbliche non sono in alcun modo delle “*God-free zone*”¹⁷⁰. Le scuole pubbliche sono, anche all'indomani della *Wallace v. Jaffree*¹⁷¹, invitate ad osservare momenti di silenzio, dando, agli studenti che lo ritengano opportuno, la possibilità di prendersi un momento per pregare¹⁷². Questo sviluppo, insieme a una decisione della Corte Suprema che riconosceva la legittimità dei club religiosi curricolari¹⁷³, ha rassicurato i genitori sul fatto che i loro figli non debbano limitare la loro identità religiosa all'interno della scuola pubblica¹⁷⁴.

¹⁶³*Id.*, 431. Per un'argomentazione a supporto dell'esclusione di entità religiosa da programmi di carattere governativo: Cfr. N. TEBBE, *Excluding Religion*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 156, 2008, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010152.

¹⁶⁴ 374 U.S. 203, 223 (1963).

¹⁶⁵ 449 U.S. 39 (1980) (*per curiam*); “one of the most underappreciated cases in American constitutional law” secondo J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 219.

¹⁶⁶ *Stone*, 449 U.S. 42–43.

¹⁶⁷ 505 U.S. 577 (1992).

¹⁶⁸ *Id.*, 599.

¹⁶⁹ 530 U.S. 290, 312–13 (2000).

¹⁷⁰ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 221.

¹⁷¹ 472 U.S. 38 (1985).

¹⁷² *Id.*, 60–61.

¹⁷³ Cfr. *Bd. of Educ. v. Mergens*, 496 U.S. 226, 253 (1990) (in sostegno dell' *Equal Access Act*).

¹⁷⁴ Cfr. J. DRIVER, *The schoolhouse gate*, cit., p. 395.

Gli altri due fenomeni che hanno contribuito alla creazione di questo clima distensivo sono, da un lato, il notevole aumento dell'*homeschooling* tra le famiglie particolarmente devote a partire dagli anni Novanta¹⁷⁵ e dall'altro la già richiamata sentenza *Zelman*, la quale ha sancito la possibilità di supportare le famiglie che si rivolgano a istituti scolastici non laici attraverso finanziamenti indiretti come i *voucher*.

7. Le conseguenze di *Kennedy* e *Carson*

7.1 Le conseguenze di *Kennedy*

Rispetto a *Carson*, quindi, *Kennedy* risulta ben più lesiva di quella "*neutrality toward religion*"¹⁷⁶ che lo stato dovrebbe dimostrare, rappresentando una frattura di quel clima distensivo a lungo mantenuto dalla Corte nell'interpretazione delle *Religion Clauses*. Tale distensione è stata in parte inficiata dalla scorretta, ma consolidata interpretazione circa il comportamento della Corte per la difesa della *Establishment Clause*, come se essa volesse garantire il rispetto di tale clausola attraverso l'eliminazione di ogni espressione religiosa nelle scuole pubbliche. In effetti, anche gli stessi giudici in *Kennedy* hanno adottato questo punto di vista, sia nella *majority* che nella *dissenting opinion*.

Il giudice Gorsuch, ad esempio, ha affermato che permettere alla scuola di *Bremerton* di sanzionare il Coach Kennedy per le preghiere da lui pronunciate avrebbe permesso alle entità governative di minacciare la "*religious expression as second-class speech*"¹⁷⁷. Ma anche il dissenso del giudice Breyer non è da meno, affermando, in rapida successione, che *Engel* sancisse "*no prayers in public schools*", la sentenza *Schempp* "*no Bible readings in public schools*", quella *Weisman* "*no prayers during public school graduations*" e quella *Santa Fe* "*no prayers during public school football games*"¹⁷⁸. Tuttavia, non può si può mancare di notare come ci sia una grande differenza tra vietare la preghiera nelle scuole e vietare le preghiere sponsorizzate dalle scuole. Quando la preghiera è il frutto di un atto della volontà del singolo nessuna disposizione costituzionale può vietarla, in virtù della *Free Exercise Clause*. Diverso, certo, è quando la preghiera è rappresentativa di un ente pubblico (ed ecco che in tal senso la preghiera promossa da chi rappresenta l'istituto scolastico, come il Coach Kennedy, o comunque promossa durante eventi scolastici, è un elemento diverso che riguarda piuttosto

¹⁷⁵ J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 400.

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 216, nota 50.

¹⁷⁷ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct. 2425.

¹⁷⁸ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2003 (Breyer, J., *dissenting*).

l'*Establishment Clause*¹⁷⁹). Forse proprio in questo sta il più grande fallimento di *Kennedy*, che ha tradito l'interpretazione della Corte in materia di *Establishment Clause* non solo ignorando il contesto peculiare degli ambienti sportivi, ma anche (mal) interpretando la *Bremerton High School* come semplicemente un altro ente governativo¹⁸⁰.

7.2 Le conseguenze di *Carson*

La sentenza *Carson*, nonostante le sue criticità, comporta conseguenze meno drammatiche rispetto a quelle che potrebbe comportare *Kennedy*, sempre che, come accennato, il ragionamento in essa contenuto non venga esteso alle scuole *charter*.

Carson, inoltre, risulta più rispettosa dei precedenti rispetto a *Kennedy*.

7.2.1 *Carson* e le *charter school*

Parlando delle conseguenze che *Carson* potrebbe comportare, è interessante innanzitutto concludere il ragionamento circa l'influenza che tale sentenza potrebbe avere sulla regolazione delle *charter school*, come accennato in precedenza.

Dato che *Carson* prevede che la *Free Exercise Clause* addirittura *richieda* che i benefici di un programma indiretto di sovvenzione statale siano estesi a tutti gli enti, anche quelli religiosi, è ipotizzabile, estremizzando il ragionamento, che in nome del rispetto della stessa clausola, possa essere *richiesto* – o quantomeno non escluso – che gli enti religiosi, ad esempio, gestiscano l'amministrazione delle scuole *charter*¹⁸¹.

¹⁷⁹ La sanzione contenuta in *Engel* certo non riguarda preghiere che lo studente svolge individualmente prima di sostenere un esame importante. Si veda *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 435 (1962).

Schempp ha impedito ai funzionari scolastici di imporre l'insegnamento della Bibbia, ma non ha certo proibito la presenza della Bibbia nei locali scolastici. Si veda *Sch. Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, 374 U.S. 203, 223 (1963).

Allo stesso modo, *Weisman* e *Santa Fe* hanno impedito che alcune preghiere divenissero ufficiali per l'ente di riferimento (cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 599 (1992); *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 313 (2000)) ma sicuramente i genitori e gli studenti - ed anche gli educatori - possono recitare preghiere individuali alle cerimonie di laurea e alle partite di football senza violare l'*Establishment Clause*. Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 253.

¹⁸⁰ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433 (descrivendo "the school district" come "a government entity").

¹⁸¹ Cfr. N.S. GARNETT, *Religious Charter Schools: Legally Permissible? Constitutionally Required?* (December 1, 2020). *Manhattan Institute Policy Report* (December 2020), disponibile all'indirizzo <https://media4.manhattan->

Circa la questione principale legata alle scuole *charter*, ovvero il già citato problema della loro qualificazione come scuole di carattere pubblico o privato, è possibile, in effetti, riconoscere l'ambiguità di *Carson* sul punto, potendo la sentenza essere utilizzata a favore dell'una e dell'altra tesi.

Il dubbio non è casuale – come nota il Presidente Roberts in *Carson* - perché se è vero che, da un lato, le scuole *charter* hanno delle caratteristiche che certo le differenziano dalle scuole private, ovvero il fatto di non essere selettive nella scelta degli studenti¹⁸² e di non richiedere una retta¹⁸³ - essendo finanziate con fondi statali-, tuttavia certo hanno anche rilevanti aspetti in comune con le scuole private, quali, ad esempio, il *curriculum* evidentemente diverso dalle scuole pubbliche¹⁸⁴, la possibilità di assumere anche insegnanti non certificati¹⁸⁵ e la possibilità di prevedere classi *single-sex*¹⁸⁶, caratteristiche certo più vicine ad una scuola privata.

Il Presidente Roberts conclude questa comparazione, affermando, in poche parole, che non vi è ragione per cui le scuole private ammesse nel programma del Maine dovrebbero offrire un'educazione simile a quella delle scuole pubbliche¹⁸⁷.

Dunque, non è inverosimile che la decisione venga interpretata in un senso favorevole anche ad una futura apertura delle *charter school* ad enti religiosi, ma è necessario riflettere sugli effetti certo devastanti che questo avrebbe circa il rispetto della *Establishment Clause*. Basterebbe anche solo pensare al tipo di finanziamento che queste scuole ricevono, dato che, se si ammettesse questa apertura religiosa delle *charter*, si perderebbe quella consolidata distinzione tra finanziamento diretto ed indiretto tracciato dalla Corte in *Zelman* (rimarcando il fatto che i *voucher* fossero rivolti alle famiglie e non direttamente alle scuole¹⁸⁸).

institute.org/sites/default/files/religious-charter-schools-legally-permissible-NSG.pdf
[https://perma.cc/3Z7V-AXM2]. Per la dottrina che esplora il tema dello *status* legale delle *charter school*, cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., pp. 349, 356-357; P.C. GREEN III, B.D. BAKER, J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways*, cit.

¹⁸² Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 1999.

¹⁸³ In tal senso Roberts distingue le scuole *charter* dalle scuole private incluse nel programma del Maine, dato che queste ultime richiedevano una retta che il Maine si impegnava a pagare, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1999. Circa il finanziamento delle scuole *charter* v. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., p. 367.

¹⁸⁴ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1999.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 649.

7.2.2 *Carson* e i suoi precedenti

Tra i precedenti da richiamare, merita una menzione particolare la decisione *Meyer v. Nebraska*¹⁸⁹. Sebbene il Presidente della Corte Suprema Roberts non abbia menzionato questa storica sentenza, le due decisioni sembrano tra loro particolarmente coerenti, soprattutto nell'ottica di garantire quel "détente" a cui sopra accennato, confermando l'idea che *Carson*, ben più di *Kennedy*, risulti in realtà coerente ai propri precedenti¹⁹⁰.

Oggi *Meyer* è ricordata per aver invalidato uno statuto xenofobo che vietava alle scuole del Nebraska l'insegnamento di lingue diverse dall'inglese a causa di un forte sentimento anti-tedesco che aveva fatto seguito alla Prima guerra mondiale¹⁹¹.

Il caso scaturì dal fatto che il signor Robert Meyer, che teneva un insegnamento sulla Bibbia, aveva scelto di spiegare la materia in tedesco e non in inglese e fu per questo denunciato da un funzionario del Nebraska che, nel 1920, si affacciò all'ingresso della sua classe nella *Zion Parochial School*¹⁹². Meyer si giustificò affermando che, a suo parere, era particolarmente importante per i suoi studenti imparare a conoscere la materia religiosa nella lingua natia¹⁹³.

La Corte Suprema invalidò lo statuto del Nebraska, considerandolo in contrasto con la *Due Process Clause*¹⁹⁴ contenuta nel Quattordicesimo

¹⁸⁹ 262 U.S. 390 (1923).

¹⁹⁰ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1993–2002, con *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

¹⁹¹ Cfr. *Meyer*, 262 U.S. 403.

¹⁹² Cfr. *Id.*, 396–97.

¹⁹³ Cfr. W.G. ROSS, *Forging new freedoms: nativism, education, and the constitution 1917–1927*, Lincoln: University of Nebraska Press, 1994, pp. 3-4.

¹⁹⁴ La *Due Process Clause* è stata fondamentale per il riconoscimento, in via giurisprudenziale, di una lunga serie di diritti che altrimenti non avrebbero avuto protezione costituzionale. Essa introduce, da un lato, garanzie procedurali che garantiscono il giusto processo e la tutela di diritti individuali elencati nel *Bill of Rights* (la c.d. *procedural due process*) e diritti fondamentali non specificatamente indicati nella Costituzione (coerentemente al Nono Emendamento che prevede che i diritti meritevoli di tutela costituzionale non si esauriscano nella Costituzione, potendone essere riconosciuti "others retained by the people", cfr. *U.S. Const., Nine Amend.*) Questo secondo filone, definito come *substantive due process*, originariamente giustifica la tutela di libertà di tipo prevalentemente contrattuale. Il riferimento è, in *primis*, alla storica sentenza che fondava questa interpretazione: la decisione *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), disponibile all'indirizzo <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45>. Tale clausola era, infatti, inizialmente definita come *economic substantive due process*.

Successivamente, la Corte si distaccherà da questa sentenza, come si dirà meglio in seguito. Cfr. N.S. CHAPMAN, K. YOSHINO, *The Fourteenth Amendment Due Process Clause*, in *National Constitution Center*, disponibile all'indirizzo <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>.

Emendamento¹⁹⁵. Il giudice McReynolds concluse la *majority opinion* affermando che: “*the statute as applied is arbitrary and without reasonable relation to any end within the competency of the state*”¹⁹⁶, previamente specificando che: “*mere knowledge of the German language cannot reasonably be regarded as harmful*”¹⁹⁷. Facendo riferimento alla *Due Process Clause*, la Corte recuperò il ragionamento già sviluppato in *Lochner v. New York*¹⁹⁸, ma estendendone la logica al di là della sfera economica.

Secondo la Corte, la libertà protetta dalla clausola in questione includeva il diritto “*to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”¹⁹⁹.

Mentre la Corte si è nel tempo distaccata da precedenti quali la sentenza *Lochner*,²⁰⁰ *Meyer*, invece, si è consolidato come precedente rilevante (venendo, ad esempio, recuperato nel celebre *Footnote 4*²⁰¹ della decisione *United States v.*

¹⁹⁵Cfr. U.S. Const., *Fourteenth Amend.* Circa l’interpretazione secondo cui *Meyer* è stato un precedente importante per lo sviluppo della *Due Process Clause* (in specie della *substantive due process*), cfr. D. E. BERNSTEIN, *Meyer v. Nebraska* (1923), in *The First Amendment Encyclopedia* (originariamente pubblicato nel 2009), disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/786/meyer-v-nebraska>. Per una riflessione più approfondita e che adotta un atteggiamento critico sulla giurisprudenza della Corte sviluppatasi intorno alla clausola in questione, cfr. R. A. BROWN, *Due Process of Law, Police Power, and the Supreme Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 40, n. 7/1927, pp. 943-968. Per un’analisi storica sul punto: P. J. RAMSEY, *The War against German-American Culture: The Removal of German-Language Instruction from the Indianapolis Schools, 1917–1919*, in *Indiana Magazine of History*, vol. 98, n. 4/ 2002, p. 302.

¹⁹⁶ Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 403 (1923)

¹⁹⁷ Cfr. *Id.*, 400.

¹⁹⁸ Cfr. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): “*There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker [...] to the common understanding the trade of a baker has never been regarded as an unhealthy one*”, *Id.*, 45, 57, 59.

¹⁹⁹ Cfr. *Meyer*, 262 U.S. 399.

²⁰⁰ Esplicitamente discostandosene in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

²⁰¹ Disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/80/gitlow-v-new-york>, considerato fondamentale perché ha rappresentato un cambiamento nell’atteggiamento della Corte Suprema verso la tutela dei diritti, passando da una protezione rivolta prevalentemente ai diritti reali verso la protezione di altri diritti individuali, come quelli definiti nel *First Amendment*. Così, cfr. D. SCHULTZ, *Carolene Products Footnote Four*, in *Amendment Encyclopedia* (originariamente pubblicato nel 2009), disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/5/carolene->

*Carolene Products*²⁰²). Successivamente *Meyer* divenne un precedente importante per lo sviluppo della giurisprudenza intorno alla *substantive due process*, riconoscendo diritti nuovi rispetto a quelli esplicitamente previsti nella Costituzione, in casi storici come *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade* (1973)²⁰³.

In conclusione, non può che essere rimarcata l'importanza di *Meyer* in quanto decisione che ha voluto garantire il rispetto della *Free Exercise Clause*, impedendo allo stato del Nebraska di questionare le scelte didattiche della *Zion Parochial School*.

Anche in *Carson* può ravvisarsi uno scopo simile, avendo eliminato l'incentivo per le scuole private a orientamento religioso a diventare laiche nel tentativo di qualificarsi idonee per il programma offerto dal Maine, utilizzando la *Free Exercise Clause* per impedire al Maine di interferire con la capacità delle scuole religiose di gestire i loro affari nel modo che ritengono opportuno.

Questa interpretazione di *Carson* la distingue da *Kennedy*. Entrambe le decisioni sanciscono la violazione della *Free Exercise Clause*, determinata nel primo caso dall'esclusione delle scuole private di carattere religioso da programmi di finanziamento pubblico e nel secondo caso dalla sanzione prevista da un istituto scolastico verso un insegnante che ha posto in essere un comportamento di carattere religioso durante un evento scolastico.

Tuttavia, le due sentenze affrontano due questioni tra loro ben distinte: *Kennedy*, a differenza di *Carson*, affronta il rapporto insegnante-studente, non riconoscendo il ruolo educativo che il primo riveste verso il secondo e non considerando il luogo in cui il loro rapporto prende forma: non certo in un luogo di culto, ma nella scuola pubblica²⁰⁴

[products-footnote-four](#). Per un approfondimento: B.A. ACKERMAN, *Beyond "Carolene Products"*, in *Harvard Law Review*, vol. 98, n. 4/1985, pp. 713-746.

²⁰² Cfr. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁰³ Rispettivamente: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), disponibile all'indirizzo <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>. *Griswold* è la sentenza attraverso cui la Corte ha riconosciuto l'esistenza del diritto alla *privacy*, nella cui *penumbras* verranno successivamente riconosciuti una lunga lista di diritti fondamentali non esplicitamente inseriti nella Costituzione, ma tutelati in via giurisprudenziale, tra cui, ad esempio, il diritto a scegliere di abortire sancito nella decisione *Roe* (e messo in discussione proprio in tempi recentissimi, attraverso un *overruling* che ha stravolto la precedente giurisprudenza in tema di vicenda abortiva: cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 1392 (2022)). Cfr. P.G. KAUPER, *Penumbra, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case*, in *Michigan Law Review*, vol. 64, n. 2/1965, pp. 235-258.

²⁰⁴ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 234.

8. Considerazioni conclusive

In tema di legislazione federale, già dopo *Trinity* ed *Espinoza*, il Dipartimento di Giustizia aveva espresso preoccupazione per la costituzionalità di alcuni programmi federali, in particolare per un programma²⁰⁵ che esclude alcune istituzioni di carattere religioso dal finanziamento destinato a “*historically black colleges and universities*”²⁰⁶ e un secondo programma²⁰⁷ che esclude le istituzioni religiose da un programma di sovvenzioni per le scuole *charter*.

In effetti, *Carson*, da questo punto di vista, può rendere ancora più complesso escludere istituzioni religiose attraverso il vincolo d’uso fondi sanzionati.

Tuttavia, una distinzione fondamentale tra queste disposizioni federali e quelle del Maine è che queste disposizioni federali sembrano trattare di finanziamento diretto.

La sentenza che davvero mette in discussione anche questo consolidato confine tra finanziamenti diretti e indiretti non è *Carson* ma *Kennedy*, che ha abbandonato il precedente rappresentato da *Lemon* su cui si basava l’approccio della Corte circa il finanziamento delle attività religiose.

Non è chiaro quale effetto avrà questa sentenza sui tribunali, seguendo la direzione della Corte Suprema nel non applicare più il test di *Lemon*. *Carson*, emessa una settimana prima di *Kennedy*, suggerisce in realtà che la Corte Suprema potrebbe continuare ad utilizzare lo schema, utilizzando sempre il consolidato test.

Ne consegue che, ad oggi, non vi è certezza su come i programmi di aiuto finanziario potranno in futuro essere esaminati²⁰⁸.

In ogni caso, pensando al modo in cui meglio rispondere alle incertezze derivanti da queste decisioni di carattere antiprogressista della Corte Suprema, alcuni autori distinguono tra due casistiche: in una, gli effetti delle sentenze in questione possono essere mitigati da un’efficace attività legislativa, nell’altro caso no.

²⁰⁵ Cfr. *Memorandum Opinion for the acting General Counsel Department of Education*, Re: *Religious Restrictions on Capital Financing for Historically Black Colleges and Universities* (15 agosto 2019).

²⁰⁶ Cfr. *Carson v. Makin: Using Government Funds for Religious Activity*, *Congressional Research Service*, (6 luglio 2022), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10785>.

²⁰⁷ Cfr. *Memorandum Opinion for the Principal Deputy General Counsel Department of Education*, Re: *Exclusion of Religiously Affiliated Schools from Charter-School Grant Program* (18 febbraio 2020).

²⁰⁸ *Carson v. Makin: Using Government Funds for Religious Activity*, *Congressional Research Service*, (6 luglio 2022), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10785>, p. 5.

In tal senso, alcune clamorose sconfitte sono in realtà ben più sopportabili di altre, proprio grazie alla possibilità di intervento legislativo. In effetti, la Corte ha già in precedenza applicato questo tipo di ragionamento in tutta una serie di sentenze²⁰⁹, basandosi sul “*least harm principle*”, pronunciandosi a favore della parte con minor capacità di proteggere i suoi interessi.

Carson è coerente con questo principio. E forse proprio questa è la risposta migliore ad una decisione di chiaro segno conservatore: una “*good, old-fashioned progressive lawmaking*”²¹⁰.

²⁰⁹ Cfr. A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 117 (in pubblicazione nel 2023), <https://ssrn.com/abstract=4081462> [https://perma.cc/R5MF-PUNY]; *Id.*, *Harm-Avoider Constitutionalism*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 109, 2021, pp. 1847, 1854, 1878-79.

²¹⁰ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, cit.

Il *Bundesverfassungsgericht* tra paradossi e ragion di Stato. Le strade dell'integrazione europea alla luce della *Eigenmittelbeschluss-Urteil*

GIUSEPPE NAGLIERI*

Sommario: 1. Le porte del BVerfG, sempre più spalancate al neoliberalismo euroscettico. – 2. Considerazioni sulla fase cautelare. – 3. Questioni preliminari concernenti la Decisione 2020/2053 sulle risorse proprie dell'Unione. – 4. Il controllo *ultra-vires* del BVerfG. – 4.1. Il vaglio della finalità. – 4.2. Le limitazioni al ricorso al credito da parte dell'Unione. – 4.3. Sul rispetto del divieto di *bail-out*. – 5. Il controllo di identità del BVerfG. – 6. Una corte suprema dell'Unione o un perdurante ostacolo all'integrazione europea?

Data della pubblicazione sul sito: 31 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

G. NAGLIERI, *Il Bundesverfassungsgericht tra paradossi e ragion di stato. Le strade dell'integrazione europea alla luce della Eigenmittelbeschluss-Urteil*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di ricerca in Principi giuridici e istituzioni tra mercati globali e diritti fondamentali nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro". Indirizzo mail: giuseppe.naglieri@uniba.it.

1. Le porte del BVerfG, sempre più spalancate al neoliberalismo euroscettico

È stato sostenuto, a margine della *EZB-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht* del maggio 2020 sulla legittimità del *Public Sector Purchase Program*, che la Corte di Karlsruhe abbia preso ad esercitare la sua giurisdizione con l'attitudine di una corte suprema dell'Unione Europea¹. In quella circostanza, come noto, applicando la giurisprudenza sul controllo *ultra-vires* degli atti delle istituzioni europee forgiata nel tempo e risalente alla *Maastricht-Urteil*², il Tribunale costituzionale federale aveva per la prima volta dichiarato incompatibile con il programma di integrazione europeo (*Integrationsprogramm*) gli atti di avvio ed emendativi del piano di acquisto di titoli di stato varato dalla BCE nel 2015.

Pur dovendo rilevare come le conseguenze della decisione si siano rivelate – anche alla luce dei toni ben più pacati e dell'attitudine deferente rivelata dal BVerfG nella successiva ordinanza sull'esecuzione (*Vollsteckungsanordnung*) della decisione³, adottata nel 2021 – decisamente meno intense rispetto alle aspettative della dottrina e dell'opinione pubblica all'alba della pronuncia, si è legittimamente segnalato come il Tribunale, con un tale orientamento che proietta il diritto all'autodeterminazione democratica (*Recht auf demokratische Selbstbestimmung*), riveniente dalla lettura sistematica dagli artt. 38 comma 1, 20 comma 1 e 79 comma 3 del *Grundgesetz* sugli atti delle istituzioni europee abbia finito per incoraggiare i soliti gruppi di inveterati oppositori dell'unione monetaria a ricorrere incessantemente al Tribunale costituzionale e a condurre in quella sede le loro battaglie politiche⁴.

Delle aperture operate con la pronuncia sul PSPP ha così approfittato un gruppo di cittadini, a seguito della approvazione, nel marzo 2021, da parte del *Bundestag* e del *Bundesrat* della legge di ratifica della Decisione 2020/2053 del 14 dicembre 2020 del Consiglio dell'Unione Europea sul sistema di risorse proprie dell'Unione, che ha costituito lo *European Union Recovery Instrument* (EURI), meccanismo preposto al finanziamento del piano *Next Generation EU*.

In particolare, oltre duemiladuecento cittadini, aderenti all'organizzazione *Bündnis Bürgerwille*, guidata da Bernd Lucke, economista e fondatore del partito della destra radicale *Alternative für Deutschland*, balzato alle cronache per le

¹ H. SAUER, *Substantive EU law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as Supreme Court of the EU*, in *EU Law Live*, n. 16/2020, p. 1.

² Cfr. D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's judgment in the Weiss case and its European implications*, in *EU Law Live*, n. 16/2020, p. 10.

³ **Beschluss vom 29. April 2021 - 2 BvR 1651/15.**

⁴ H. SAUER, *Substantive EU law review beyond the veil of democracy*, cit., p. 8.

posizioni conservatrici ed euroscettiche, sono ricorsi al BVerfG tramite *Verfassungsbeschwerde* a seguito dell'approvazione della legge di ratifica (*Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz*), altresì presentando una istanza cautelare ai sensi dell'art. 32 BVerfGG, ai fini di inibire la promulgazione della legge da parte del *Bundespräsident*.

Alla decisione cautelare, emessa il 29 aprile 2021, è seguita, il 6 dicembre scorso, la pronuncia di merito⁵, che con una corposa motivazione ha rigettato il ricorso non rilevando nella decisione che istituisce lo EURI gli estremi di un atto delle istituzioni europee adottato *ultra-vires*, e ritenendo che la sua ratifica non costituisca un trasferimento di poteri sovrani alle istituzioni europee idoneo a svuotare le competenze in materia di bilancio del *Bundestag* e dunque a sopprimere il nucleo centrale del diritto all'autodeterminazione democratica, non minando dunque l'identità costituzionale.

La decisione merita di essere sottoposta ad attenta analisi, tanto in ragione del suo rilievo rispetto alle sorti del programma *Next Generation EU*, quanto alla luce delle considerazioni svolte dal Tribunale costituzionale e che hanno un indubbio impatto sulle prospettive di integrazione europea, sulla capacità di costituire meccanismi più stabili finalizzati a un debito comune europeo, nonché sulle aspettative e sulle discussioni concernenti l'integrazione fiscale e di bilancio nella zona euro.

2. Considerazioni sulla fase cautelare

La fase cautelare del procedimento ha condensato l'attenzione della dottrina giuridica⁶, delle forze politiche e dell'opinione pubblica tedesca ed europea, considerato che, dato il disposto dell'art. 311 comma 3 del TFUE a norma del quale la Decisione del Consiglio sulle risorse proprie dell'Unione, per entrare in vigore, deve essere approvata all'unanimità dagli Stati membri e poi da tutti ratificata secondo le proprie norme di diritto costituzionale, la concessione dell'ingiunzione provvisoria da parte del BVerfG, impedendo la promulgazione al *Bundespräsident* e la notificazione della ratifica da parte del Governo federale, avrebbe di fatto paralizzato l'avvio dell'intero *Recovery Plan*.

⁵ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2022 - 2 BvR 547/21.

⁶ Con riguardo alla dottrina italiana, si veda A. FERRARI ZUMBINI, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in *DCPE Online*, n. 3/2021, p. 3265 ss., nonché M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE Online*, n. 1/2021, p. 2759 ss. Quanto alla dottrina tedesca, si vedano le riflessioni C. WALTER, *Die Relativierung der ultra-vires-Kontrolle im Eilrechtsschutz*, in *Verfassungsblog*, 23/04/2021, nonché di H. KUBE, *Eine erleichternde Entscheidung*, in *Verfassungsblog*, 22/04/2021.

In una prima fase, attraverso il procedimento super-cautelare di cui al comma 7 dell'art. 32 BVerfGG, che consente al Tribunale, in casi di particolare urgenza, di pronunciare ingiunzioni temporanee pur in assenza del *quorum* necessario per deliberare purché siano presenti almeno tre giudici e la decisione sia adottata all'unanimità, il secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* ha pronunciato, il 26 marzo 2021, una ingiunzione temporanea che vietava al Presidente federale di procedere alla promulgazione della legge di ratifica sino alla decisione finale della totalità del Senato sulla domanda cautelare presentata dai ricorrenti. La successiva decisione cautelare collegiale, adottata il 29 aprile successivo, ha ribaltato la precedente pronuncia, privandola di effetti e rigettando l'istanza cautelare.

Come suole procedere allorquando investito di questioni concernenti la concessione di ingiunzioni temporanee, il Tribunale ha invocato l'applicazione di uno *standard* rigoroso nel valutare l'ammissibilità del provvedimento, in ragione delle conseguenze di vasta portata dell'ingiunzione, conseguenze ancor più rilevanti nel caso in cui sia richiesta la sospensione di un atto di natura legislativa, che comporta una notevole ingerenza nella competenza originaria del legislatore.

Evocando la sua giurisprudenza sull'art. 32 BVerfGG, il Tribunale rammenta che in via generale, nella decisione sull'ingiunzione temporanea, le ragioni di incostituzionalità addotte dai ricorrenti non vadano vagliate, salvo nell'ipotesi in cui la domanda non risulti manifestamente inammissibile o infondata, dovendosi limitare il giudice costituzionale a una mera ponderazione delle conseguenze tra gli effetti pregiudizievoli dell'eventuale ingiunzione sugli interessi tutelati dalla legge impugnata con gli effetti negativi sui diritti fondamentali invocati dai ricorrenti nell'ipotesi in cui il Tribunale non adotti l'ingiunzione ma successivamente rilevi, nel giudizio di merito, l'incostituzionalità della legge.

A tale orientamento fa eccezione il caso in cui oggetto del giudizio sia una legge di ratifica di un trattato internazionale, circostanza nella quale è conveniente non limitarsi ad un bilanciamento delle conseguenze, ma effettuare una valutazione sommaria del merito per stabilire se le ragioni addotte dai ricorrenti possano dare luogo, con un alto grado di probabilità, ad una successiva declaratoria di incostituzionalità. Ciò, secondo la corte, garantisce che lo Stato non assuma obblighi internazionali incompatibili con i diritti fondamentali nonché che un atto in violazione dei diritti fondamentali non possa più essere annullato con atti di solo diritto interno in ragione dell'entrata in vigore di un accordo di diritto internazionale. Gli stessi *standard* si applicano, secondo il Tribunale, alla Decisione sulle risorse proprie oggetto del giudizio, che è assimilabile, in quanto ad effetti, alla legge di approvazione di un accordo internazionale. Tuttavia, compiuta una sommaria valutazione sul merito – limitata in particolare alle censure concernenti la limitazione dei poteri di bilancio del *Bundestag* e dunque al cd. controllo di identità – il Tribunale ha ritenuto che la Legge di ratifica della decisione sulle risorse proprie non violi con alto grado di probabilità (*mit einem hohen Grad an*

Wahrscheinlichkeit) le norme del GG invocate e dunque, non raggiungendo le censure dei ricorrenti un tale *standard*, si procede alla sola ponderazione delle conseguenze, che mostrerebbe come «gli svantaggi che si verificherebbero se l'ingiunzione temporanea venisse emessa, ma il reclamo costituzionale venisse successivamente respinto nel merito, superano sostanzialmente gli svantaggi che si temono se l'ingiunzione temporanea non venisse emessa, ma il reclamo costituzionale avesse poi successo nel giudizio di merito».

Secondo il Tribunale, infatti, se l'entrata in vigore della Decisione sulle risorse proprie fosse sospesa sino alla pronuncia di merito nel giudizio, l'obiettivo economico sotteso allo *European Recovery Instrument* sarebbe pregiudicato, dato che il piano NGEU è destinato ad affrontare le conseguenze economiche della pandemia e le misure, secondo la memoria presentata dal Governo federale, devono essere attuate in un periodo di tempo relativamente breve. Sempre riferendosi alle ragioni del Governo, il BVerfG ammette che l'ingiunzione temporanea provocherebbe notevoli distorsioni nella politica estera ed europea, arrecando potenzialmente un danno alla credibilità della Germania e minando ulteriormente la coesione tra gli Stati membri.

Al contrario, qualora invece l'ingiunzione temporanea non venisse concessa, la Decisione sulle risorse proprie entrerebbe in vigore e con essa avrebbe avvio il *Recovery Plan*. Ora, se, nel procedimento di merito, la decisione dovesse rivelarsi un atto *ultra vires*, ovvero in violazione dell'identità costituzionale, numerosi sarebbero gli strumenti a disposizione della Corte di giustizia dell'Unione, dello stesso *Bundesverfassungsgericht*, nonché del *Bundestag* e del *Bundesrat*, che dovrebbero adottare le misure a loro disposizione per ripristinare l'ordine costituzionale, opponendosi all'ulteriore attuazione della Decisione, ed eventualmente chiedendo la ripetizione di quanto già versato nell'ambito del piano. Gli effetti di una eventuale declaratoria di incostituzionalità sarebbero dunque, secondo il Tribunale, ben più reversibili degli effetti che invece avrebbe l'accoglimento dell'ingiunzione sulla ripresa economica dell'intera Unione, messa a repentaglio da una mancata o intempestiva attuazione della Decisione sulle risorse proprie.

3. Questioni preliminari concernenti la Decisione 2020/2053 sulle risorse proprie dell'Unione

Prima di procedere all'analisi della recente pronuncia del BVerfG, che vaglia con dettaglio la compatibilità della Decisione del Consiglio sulle risorse proprie dell'Unione del dicembre 2020 rispetto alle competenze attribuite all'Unione ed ai principi dei Trattati in materia di bilancio, occorre, per agevolare la comprensione del ragionamento giuridico del Tribunale, ripercorrere l'oggetto ed il contenuto

della Decisione adottata dal Consiglio nel dicembre 2020 e le norme del diritto dell'Unione sulle quali si fonda.

Adottando una Decisione sul sistema di risorse proprie dell'Unione, ai sensi dell'art. 311 comma 3 del TFUE, il Consiglio ha autorizzato la Commissione Europea a raccogliere entro il 2026 sui mercati di capitali, in nome dell'Unione Europea, la somma di euro 750 miliardi, da destinarsi fino alla misura di 360 miliardi per la concessione di prestiti agli Stati e fino alla misura di 390 miliardi come contributo a fondo perduto per le spese⁷. Gli artt. 4 e 5 della Decisione dispongono che i fondi raccolti dalla Commissione possano essere utilizzati per la sola finalità di rispondere alle conseguenze della pandemia da COVID-19 attraverso un Regolamento che stabilisca uno *European Union Recovery Instrument* e mai per il finanziamento del bilancio generale dell'Unione. In questo senso, come conferma il parere del servizio giuridico del Consiglio del 24 giugno 2020⁸, tali risorse rappresentano a tutti gli effetti "altre entrate" ai sensi dell'art.

⁷ Con riguardo al Next Generation EU, si guardino, almeno: F. FABBRINI, *Next Generation Eu. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Il Mulino, Bologna, 2022; G.F. FERRARI, *Dopo il Next Generation EU: Una conclusione o un nuovo principio?*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Tomo II, ESI, Napoli, 2022; O. CHESSA, *Dall'ordine di Maastricht al Next Generation EU*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2022, p. 17 ss.; F.E. GRISOSTOLO, *Il Piano Next Generation EU e la sua "architettura finanziaria" nella prospettiva della cittadinanza sociale europea*, in *Cittadinanza europea*, n. 1/2022, p. 131 ss.; A. ARESU, *Brevi note sul pacchetto europeo «Next Generation EU»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3-4/2021, p. 535 ss., E. BRESSANELLI, L. QUAGLIA, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2021, p. 353 ss., M. BRUNAZZO, *Il Next Generation EU: solidarietà e politica nell'UE della pandemia*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 1/2022, p. 43 ss., F. WASSERFALLEN, *The Politics of Fiscal Burden Sharing in Eurozone Reforms and Next Generation EU: Policy-Making Power, Differentiated Integration, and Democratic Legitimacy*, in D. ADAMSKI, F. AMTENBRINK, J. DE HAAN (eds.), *Cambridge Handbook on European Monetary, Economic, and Financial Market Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; M. BUTI, F. FABBRINI, *Next generation EU and the future of economic governance: towards a paradigm change or just a big one-off?*, in *Journal of European Public Policy*, n. 42/2020; A. DE GREGORIO MERINO, *The Recovery Plan: Solidarity and the Living Constitution*, in D. UTRILLA, A. SHABBIR (eds.), *EU Law in Times of Pandemic – The EU's Legal Response to Covid-19*, EU Law Live Press, Madrid, 2021, p. 33 ss.; B. DE WITTE, 'The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift', in *Common Market Law Review*, n. 3/2021, pp. 635-682; F. FABBRINI, *The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 1/2022, p. 186 ss.

⁸ Paragrafo 48 ss. del Parere del servizio giuridico del Consiglio n. 9062/2020.

311 comma 2 TFUE. Tali risorse, che comprendono le imposte dirette dei dipendenti dell'Unione, i prelievi nell'ambito del mercato agricolo, le entrate amministrative dell'Unione come le tasse, le penalità, gli interessi di mora e le sanzioni, le donazioni, i depositi incamerati, le eccedenze di bilancio degli esercizi precedenti, le entrate derivanti da locazioni o vendite, possono certamente ricomprendere le entrate derivanti da prestiti⁹.

Proprio in ragione del fatto che la previsione di "altre risorse" costituisca una eccezione alla regola prevista dall'art. 311 comma 2 TFUE per cui il bilancio dell'Unione è finanziato integralmente da risorse proprie definite dagli Stati attraverso il procedimento di cui al successivo comma 3 rende necessario che queste siano determinate assieme alla Decisione sul sistema di risorse proprie, che consente ai soli Stati di regolare le risorse finanziarie dell'Unione Europea. Allo stesso tempo, trattandosi di una eccezione al principio generale, la Decisione che consente alla Commissione di raccogliere prestiti sui mercati di capitali impedisce che questi siano utilizzati per il finanziamento del bilancio generale dell'Unione e li destina esclusivamente al finanziamento delle misure previste dal regolamento istitutivo dell'EURI.

Il successivo Regolamento per l'istituzione dell'*European Union Recovery Instrument* trova invece la sua base legale nell'art. 122 TFUE, che prevede due differenti fattispecie di supporto finanziario deliberato dal Consiglio su proposta della Commissione in caso di grave difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, ovvero qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia minacciato da calamità naturali o altre circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo.

Il controllo *ultra-vires* operato dal Tribunale costituzionale federale si concentra su entrambe le disposizioni, ai fini di vagliare se la Decisione sul sistema delle risorse proprie dell'Unione che autorizza la Commissione a raccogliere prestiti per il finanziamento dell'EURI rientri tra le fattispecie di finanziamento consentite dal TFUE, se la risposta alla crisi causata dal COVID-19 rientri tra le competenze attribuite alle istituzioni europee dai trattati, nonché quali siano i limiti di una tale risposta sul piano europeo. Operato il controllo *ultra-vires*, il Tribunale vaglia poi, nell'ambito del controllo di identità, se la ratifica della Decisione sul sistema di risorse proprie dell'Unione comporti una limitazione delle competenze in materia di bilancio del *Bundestag* potenzialmente idonea ad esautorarlo della sua primaria funzione rappresentativa della sovranità popolare, vale a dire quella di decidere sulle entrate e sulle spese della federazione.

⁹ *Ivi*, paragrafo 28.

4. Il controllo *ultra-vires* del BVerfG

La prima parte della decisione verifica la compatibilità della Decisione sul sistema delle risorse proprie con il diritto dell'Unione Europea, nell'ambito del cosiddetto controllo *ultra-vires* operato dal Tribunale Costituzionale per vagliare la conformità degli atti delle istituzioni al diritto primario dell'Unione.

Come nella giurisprudenza precedente sul controllo *ultra-vires* del BVerfG, il punto di partenza dell'analisi è il principio di attribuzione, posto a fondamento delle competenze dell'Unione Europea e limite invalicabile dell'*Integrationsprogramm*.

Il Tribunale muove dalla constatazione per cui i Trattati non prevedono alcuna norma che autorizzi l'Unione Europea a contrarre prestiti sui mercati di capitali, da che le istituzioni europee e taluna dottrina hanno rilevato un divieto generale di indebitamento¹⁰ al fine di finanziare il bilancio dell'Unione, divieto che un atto di diritto derivato non potrebbe superare. Tuttavia, il Tribunale non rileva un divieto assoluto di indebitamento, dal momento che lo stesso art. 310 comma 1 TFUE, nel sancire il principio di equilibrio di bilancio non vieta espressamente all'Unione l'accesso a prestiti, nonché l'art. 318 comma 1 TFUE, al momento di sancire

¹⁰ A proposito il Tribunale cita il Regolamento 2018/1046 recante il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione, nonché il parere del servizio giuridico del Consiglio n. 9062/20, par. 57.

Il Tribunale cita altresì dottrina prevalentemente tedesca che conferma il divieto: cfr. S. HOBE, M.L. FREMUTH, *Europarecht*, 10. Auflage, Munich, Vahlen, 2020, p. 108, Rn. 7; A. WIMMEL, *Mitwirkungsrechte des Bundestages an der Haushalts- und Finanzplanung der Europäischen Union*, DOV, n. 17/2020, p. 778; L. FELD, S. NECKER, *Fiskalföderalismus in der Europäischen Union: Herausforderungen für die Reform der Finanzverfassung der EU*, COMDOK GmbH, Berlin, 2011, p. 30; P. BECKER, *Das Finanz- und Haushaltssystem der Europäischen Union*, Springer, Berlin, 2014, p. 39; L. NECKENICH, § 12 *Die Schwarze null für Die Europäische Union zwischen norm und wirklichkeit*, in H. KUBE, E. REIMER, *Geprägte Freiheit 2019/20*, in *Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht*, Lehmanns Media, Berlin, 2020, p. 127 ss.; R. SCHEIBE, *Die Anleihekompetenzen der Gemeinschaftsorgane nach dem EWG-Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 232 ss.; C. OHLER, *Die fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 366 ss.; D. GESMANN-NUISSL, *Die Verschuldungsbefugnis der Europäischen Union*, Peter Lang, Frankfurt, 1999, pp. 75 ss. Quanto alle specifiche questioni concernenti l'ammissibilità di un debito comune finalizzato al Next Generation EU, il Tribunale cita N. DE SADELEER, *Le plan de relance Next Generation EU: Un changement de cap historique ou un rendez-vous manqué pour réformer le budget de l'UE?*, in *Blogdroiteuropéen*, Working Paper 4/2020, nonché P. DERMINE, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 47, n. 4/2020, p. 337 ss., nonché il parere critico del Comitato finlandese di diritto costituzionale del 12 giugno 2020 sulle proposte della Commissione.

l'obbligo per la Commissione di fornire al Parlamento e al Consiglio una panoramica annuale del patrimonio e dei debiti dell'Unione presuppone addirittura l'esistenza di debiti¹¹. Sulla base di tali considerazioni, supportate da taluna dottrina¹², il BVerfG ha ritenuto ammissibili forme di ricorso al credito limitate e circostanziate destinate al finanziamento non già del bilancio generale dell'Unione ma di specifici progetti. A tale principio generale deve sottostare la stessa Decisione sulle risorse proprie dell'Unione prevista dall'art. 311 comma 3 TFUE, la quale resta sempre, secondo la visione del giudice costituzionale di Karlsruhe, un atto di diritto derivato, nonostante la procedura legislativa speciale preveda la ratifica di tutti gli Stati membri secondo le proprie norme di diritto costituzionale.

Amnesso dunque che forme di finanziamento esterne siano ammissibili nei limiti di specifici progetti e mai per finanziare il bilancio dell'Unione, il Tribunale fissa dei requisiti, che discenderebbero dal principio generale, alla luce dei quali vagliare il rispetto dall'eccezionalità del ricorso ad "altre risorse" nella forma di prestiti. In particolare, ritiene il BVerfG che la finalità dell'intervento debba essere rigorosamente fissata fin dal principio (4.1), che l'autorizzazione al ricorso al credito debba essere limitata nel tempo e nell'importo e che in ogni caso l'importo dei prestiti non ecceda quello delle risorse proprie previste dal bilancio dell'Unione (4.2) e che non violi o aggiri il divieto di *bail-out* previsto dall'art. 125 TFUE (4.3).

4.1 Il vaglio della finalità

Il primo elemento che il Tribunale pone in rilievo per vagliare la legittimità dell'autorizzazione alla Commissione Europea a raccogliere prestiti sul mercato di capitali è la fissazione di una precisa finalità a cui indirizzare le risorse, elemento che garantisce che l'Unione utilizzi tali risorse per finalità che non le sono vietate dai Trattati ed in misura limitata. Il Tribunale procede dunque a vagliare le finalità espressamente invocate dal Consiglio nella Decisione. I ricorrenti sostenevano a riguardo che il legame tra art. 122 TFUE e l'istituzione dell'EURI fosse assai labile,

¹¹ Cfr. BVerfG, *Urteil vom 06. Dezember 2022 - 2 BvR 547/21*, §155.

¹² H. VON DER GROEBEN, J. SCHWARZE, A. HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 311 TFUE, Rn. 45, Nomos, Baden-Baden, 2015; C. WALDHOFF, *Art. 311 TFUE*, in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV – AEUV*, Rn. 19, C.H. Beck, München, 2022; M. NIEDOBITEK (HRSG.), *Europarecht*, § 9, Rn. 90, De Gruyter, Berlin, 2014; S. MAGIERA, *Art. 311 TFUE*, in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, Rn. 46, C.H. Beck, München, 2022; A. KELLER, *Vorgaben fööderaler Ordnungen für das Ausmaß und die Grenzen finanzieller Solidarität in der Europäischen Union*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2014, p. 180 ss.; C. OHLER, U. HUFELD, *Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Enzyklopädie Europarecht*, Band. 9, § 3 Rn. 56, Nomos, Baden-Baden, 2022.

tanto in ragione della natura del piano *Next Generation EU*, ritenuto un programma generale di stimolo economico più che una risposta diretta alla pandemia, quanto in ragione del meccanismo di distribuzione dei finanziamenti, fondato solo per il 30 per cento sul calo del PIL nazionale negli anni 2020/2021 ed invece legato per il 70 per cento al PIL del 2019 ed alla disoccupazione media, che non avrebbero relazione con le conseguenze della pandemia¹³. Ancora, le linee di intervento del programma rafforzerebbero l'idea di una relazione piuttosto scarsa con il recupero economico post-pandemia, se è vero che il 37 per cento dei fondi debba essere utilizzato per la protezione del clima ed il 20 per cento per la digitalizzazione, nonché il fatto che il 10 per cento dei fondi siano utilizzati come sovvenzioni per programmi già in corso dell'Unione. Lo stesso arco temporale entro cui spendere le risorse del piano – tra il 2021 ed il 2026 – allontanerebbe la visione rispetto a quella di un programma di spesa a breve termine finalizzato ad una ripresa economica per far fronte alle conseguenze della pandemia.

Il Tribunale ritiene tali dubbi corroborati dalle dichiarazioni del Ministro federale delle finanze in sede di dibattito sulla legge di ratifica, il quale ha assimilato il NGEU ad un «passo necessario e tardivo verso l'unione fiscale nell'Unione Europea».

Come anticipato, i considerando della Decisione sulle risorse proprie ed il successivo Regolamento sull'istituzione dell'EURI precisano che le risorse saranno utilizzate esclusivamente per superare le gravi difficoltà sorte alla luce della pandemia da COVID-19, in piena attuazione delle competenze attribuite all'Unione dall'art. 122 TFUE.

La norma in oggetto fa riferimento al comma 1 a «difficoltà di approvvigionamento di determinati beni, in particolare nel settore energetico» nonché, al comma 2 a «catastrofi naturali o altri eventi eccezionali che sfuggono al controllo di uno Stato membro», che autorizzano la Commissione a proporre al Consiglio l'adozione di strumenti di sostegno finanziario allo Stato coinvolto. Il Tribunale, pur serbandosi dubbi sul fatto che la finalità di risposta alla crisi derivante dalla pandemia possa ritenersi presente integralmente nel piano di spesa europeo, nonché che l'interpretazione dei presupposti abilitanti l'uso dell'art. 122 TFUE adottata dalla Commissione e dal Consiglio sia corretta, adotta una lettura piuttosto aperturista della disposizione, abbassando considerevolmente lo *standard* di giudizio e sostenendo che «nel valutare i requisiti fattuali dell'art. 122 TFUE, il Consiglio e la Commissione godono di un ampio margine di apprezzamento e di valutazione».

¹³ D. MEYER, *Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung durch den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages am 26. Oktober 2020*, Ausschussdrucksache, p. 9.

Non può qui non rilevarsi come l'approccio così remissivo all'interpretazione adottata dalle istituzioni europee alle norme del Trattato che disciplinano la competenza presente nella decisione in commento appare diametralmente opposto rispetto all'attitudine rigorosa mostrata nella *EZB-Urteil* del 2020 rispetto alle competenze della Banca Centrale in materia di politica monetaria ed alla ritenuta violazione del principio di proporzionalità per mancata ponderazione degli effetti di politica economica delle misure del PSPP.

4.2 Le limitazioni al ricorso al credito da parte dell'Unione

La limitazione temporale e in relazione all'ammontare del bilancio dell'Unione del ricorso all'indebitamento è ritenuto un requisito essenziale dal BVerfG affinché la Decisione non ecceda le competenze dell'Unione Europea.

Muovendo dalla limitazione temporale, il Tribunale ritiene soddisfatto tale requisito dal disposto dell'art. 5 della Decisione, che al comma 1 stabilisce che non possano essere raccolti nuovi fondi netti dopo l'anno 2026, ed al comma 2 dispone che in ogni caso tutte le passività derivanti dall'autorizzazione straordinaria e temporanea alla Commissione Europea a raccogliere fondi devono essere rimborsate integralmente entro il 31 dicembre 2058.

Tuttavia, il BVerfG si sofferma sulla necessità che l'autorizzazione alla raccolta tramite prestiti di "altre risorse" resti l'eccezione nell'ambito della consistenza del bilancio, giacché l'eventualità in cui si assista ad una inversione nell'ambito delle risorse del bilancio dell'Unione a favore dei prestiti ed a scapito delle risorse proprie, rischia di invalidare nell'interezza la decisione sulle risorse proprie, il cui oggetto principale è la determinazione di categorie di risorse proprie, non già la determinazione di altre entrate.

Secondo il Tribunale tale principio sarebbe certamente invertito nell'ipotesi in cui l'ammontare delle "altre risorse" superasse quello delle risorse proprie. Ciò accadrebbe, adottando il principio di annualità cui si impegna il bilancio dell'Unione ai sensi dell'art. 310 comma 1, per gli anni 2021 e 2022, per i quali è stato previsto un indebitamento significativamente superiore rispetto all'ammontare delle risorse proprie iscritte a bilancio, il che segnalerebbe una violazione dell'art. 311 comma 2 e 3 TFUE. Tuttavia, adottando una prospettiva pluriennale nell'analisi, che secondo il Tribunale è preferibile alla luce del fatto che l'autorizzazione all'indebitamento si estende sino al 2026 nonché alla luce del quadro finanziario pluriennale dell'Unione, pare evidente come negli anni dal 2023 al 2026 il volume di indebitamento previsto sarà significativamente inferiore alle risorse proprie dell'Unione iscritte a bilancio, il che conduce il valore del prestito medio annuo nel periodo 2021-2026 ad una cifra ben più bassa del bilancio annuale dell'UE, nonché il valore integrale dell'indebitamento finalizzato al piano NGEU ad appena il 40 per cento del bilancio pluriennale.

Adottando dunque tale prospettiva, il BVerfG è in grado di mandare salvo l'ammontare globale dell'investimento se rapportato alla totalità delle risorse proprie dell'Unione, rilevando come «non è possibile rilevare alcuna manifesta violazione dell'art. 311 comma 2 e 3 del TFUE»¹⁴. È forse d'uopo ancora una volta rilevare come lo *standard* adottato dal Tribunale nel vagliare l'esercizio delle competenze delle istituzioni europee sia ben più modesto rispetto a quello applicato nella *EZB-Urteil*. Non serve forse rammentare come in quella sede il Tribunale avesse censurato proprio l'attitudine della Corte di Giustizia, la quale, in sede di rinvio pregiudiziale, aveva adottato uno *standard* poco rigoroso nel vagliare gli atti della BCE nell'ambito del programma PSPP, allorquando la Corte si era limitata a rinvenire le sole violazioni manifeste del diritto dell'Unione.

4.3 Sul rispetto del divieto di *bail-out*

Ultima questione sollevata dai ricorrenti ed oggetto di vaglio da parte del Tribunale nell'ambito del controllo *ultra-vires* concerne il rispetto del divieto di *bail-out* previsto dall'art. 125 TFUE. Come noto, la disposizione prevede al comma 1 primo periodo che l'Unione Europea non risponda né si faccia carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, regionali, locali o altri enti pubblici di qualsiasi Stato membro, mentre il secondo periodo prevede che gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni assunti da un altro Stato membro.

Secondo il Tribunale, pur conseguendo alla Decisione che l'Unione Europea crei nuove passività sui mercati di capitali, queste non sono assunte a nome degli Stati membri, né questi risponderanno solidalmente. Ciascuno Stato è responsabile del rimborso delle risorse prese in prestito nell'ambito dell'EURI, e l'unico contributo che è richiesto agli Stati consiste nell'aumento temporaneo dello 0.6 per cento del tasso di contribuzione al bilancio dell'Unione.

Tuttavia, il Tribunale ipotizza la possibilità che la decisione eluda il divieto di cui all'art. 125, allorquando dispone all'art. 9 un meccanismo sussidiario nel caso in cui uno Stato membro non sia in grado di far fronte alla propria quota di rimborso del debito e la Commissione Europea non disponga di fondi capienti nell'ambito del bilancio dell'Unione. In tale ipotesi, la Commissione potrà chiedere agli altri Stati membri di contribuire al rimborso nel limite della propria quota di partecipazione al bilancio UE. Tale meccanismo, che è oggetto di censura da parte dei ricorrenti anche rispetto al rischio di limitare in misura notevole i poteri in materia di bilancio del *Bundestag*, è tuttavia ritenuto dal Tribunale legittimo, pur se ai limiti della violazione dell'art. 125, ciò principalmente in ragione della impossibilità di rilevare una preferenza nel Trattato tra le esigenze di cui all'art.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2022 - 2 BvR 547/21, §202.

122 e quelle di cui all'art. 125, nonché per la natura temporanea del meccanismo di rimborso, che non incide sulla titolarità effettiva del debito, che resta in capo allo Stato membro inadempiente.

5. Il controllo di identità del BVerfG

La seconda categoria di censure rivolte dai ricorrenti richiede al Tribunale di procedere al cd. controllo di identità, giacché essi lamentano che la legge di ratifica della Decisione, limitando in misura considerevole la responsabilità generale in materia di bilancio del *Bundestag* (*haushaltspolitische Gesamtverantwortung*) per il futuro, violi l'art. 20 GG, in combinato disposto con l'art. 38 comma 1, minando il nucleo centrale del diritto all'autodeterminazione democratica (*Recht auf demokratische Selbstbestimmung*), vale a dire il potere dei rappresentanti del popolo di decidere liberamente sulle entrate e sulle spese dello Stato, potere non suscettibile di limitazione nemmeno attraverso revisione costituzionale, come disposto dall'art. 79 GG; tale limitazione pregiudicherebbe, secondo i ricorrenti, l'identità costituzionale e richiederebbe dunque la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della legge di ratifica da parte del BVerfG.

Secondo il Tribunale, il limite alla raccolta di prestiti all'anno 2026 ed il termine per il rientro da tutte le passività generate nell'ambito dell'EURI entro l'anno 2058 chiariscono la natura straordinaria e strettamente temporanea del meccanismo di finanziamento europeo, il che non pone a rischio la responsabilità in materia di bilancio del *Bundestag*. Allo stesso modo, come già chiarito dal Tribunale nella prima parte della sentenza, i meccanismi sussidiari di rimborso previsti dall'art. 9 della Decisione che implicano che la Commissione possa chiedere agli Stati di rimborsare, pro quota, le risorse non rimborsate da altri Stati membri obbligati ed inadempienti, non comporta una assunzione di responsabilità per le decisioni di altri Stati, ma un anticipo temporaneo pro rata che non sposta la titolarità del debito dallo Stato originariamente debitore.

Il BVerfG individua, dunque, lo *standard* alla luce del quale vagliare ogni atto di impegno sul piano del bilancio potenzialmente idoneo a limitare la responsabilità del *Bundestag* in quegli obblighi di pagamento e impegni che abbiano un effetto tale da limitare le competenze in materia di bilancio del *Bundestag* sino a svuotarne di fatto la portata per un periodo di tempo considerevole.

Dopo tale affermazione, la seconda parte della sentenza si profonde in una attenta analisi finalizzata a vagliare nel caso concreto l'ammontare degli obblighi di pagamento sul bilancio federale derivanti dall'istituzione dell'EURI anche attraverso un ragionamento per assurdo che contempra gli effetti sul bilancio del verificarsi della remota eventualità di attivazione del meccanismo sussidiario previsto dall'art. 9 tutto a carico della Repubblica Federale di Germania – vale a

dire contemplando l'ipotesi in cui nessuno Stato membro possa far fede alle obbligazioni discendenti dalla restituzione dei prestiti concessi nell'ambito dell'EURI e dunque l'intero ammontare delle passività debba essere rimborsato dalla Germania –.

Muovendo dall'ipotesi fisiologica, il BVerfG calcola che dalla componente di sovvenzioni¹⁵ dell'EURI, che ammonta al massimo a 390 miliardi, sorga un obbligo di rimborso annuo a carico del bilancio federale pari al massimo al 7.5 per cento della somma totale, parametrato alla partecipazione al bilancio europeo da parte della Germania, pari al 24 per cento, il che comporta, nell'ipotesi in cui la Commissione decida di optare per un rimborso annuo pari al massimo della quota consentita dalla Decisione, un maggiore esborso annuo pari a circa 7 miliardi; posto che il Governo ritiene che la Commissione opterà per un piano di rimborso più lento, il Tribunale ritiene verosimile che l'incremento in termini annui sul bilancio federale possa attestarsi tra i 3 e i 4 miliardi, che unito agli interessi porterebbe la cifra a circa 5 miliardi annui.

Passando all'ipotesi di attivazione del meccanismo sussidiario di rimborso di cui all'art. 9 della decisione, ed in particolare all'ipotesi, vagliata per assurdo, in cui alla sola Germania venga chiesto, per inadempimento degli altri Stati membri, il rimborso della totalità delle passività derivanti dall'EURI, il Tribunale anzitutto segnala il principio per cui, ai fini della valutazione di costituzionalità, non è importante il potenziale importo globale del volume delle passività sino al 2058, quanto, in ragione del principio di annualità del bilancio federale ex art. 110 comma 2 GG, il potenziale onere massimo annuale. Di più, il BVerfG sostiene che il fatto che il *Bundestag* della XIX legislatura abbia limitato considerevolmente, con la ratifica della Decisione sulle risorse proprie dell'Unione, il margine di manovra di bilancio nelle future legislature per molti anni a venire è inerente alla natura della democrazia parlamentare: nonostante il principio democratico si fondi sulla revocabilità delle decisioni parlamentari previamente assunte, ciò non esclude l'assunzione di obblighi giuridici e fattuali che non possono essere facilmente revocati (*nicht ohne Weiteres rückgängig zu machenden rechtlichen und faktischen Bindungen schließt dies jedoch nicht aus*).

Quanto, dunque, all'ammontare della quota a carico del bilancio federale nell'ipotesi inverosimile di attivazione del meccanismo di cui all'art. 9 tutto a carico della Germania, il Governo federale ed il *Bundestag* stimano un importo annuo massimo di circa 21 miliardi, mentre per i ricorrenti tale importo ammonterebbe a

¹⁵ Quanto alla componente di prestiti, il Tribunale non la valuta nell'ambito del calcolo circa il costo "fisiologico" della partecipazione all'EURI giacché per la componente di prestiti ciascuno Stato deve rimborsare regolarmente le somme prese in prestito, ma solo con riguardo alla inverosimile ipotesi di applicazione del meccanismo sussidiario di cui all'art. 9.

una cifra tra i 25 e i 32 miliardi annui sino al 2058. Il Tribunale, alla luce delle dichiarazioni di alcuni esperti sentiti in udienza, ritiene plausibile che una tale ipotesi comporti un onere sul bilancio federale che si aggirerebbe tra i 21 e i 28 miliardi, che, comparato all'entità del bilancio federale (357 miliardi nel 2019, 443 miliardi nel 2020, 557 miliardi nel 2021, 495 miliardi previsti per il 2022 che, unito all'interezza dei bilanci pubblici di *Länder*, Comuni e altri enti pubblici ammonterebbe a 2.318 miliardi al giugno del 2022) rappresenta sì un onere considerevole e significativo per il margine di manovra politico, ma lungi dallo svuotare nella pratica le competenze in materia di bilancio del *Bundestag*. Ritornando nel novero del reale, il BVerfG tuttavia, dopo avere lungamente discusso di ipotesi iperuraniche, concorda con la previsione del legislatore, il quale ha ipotizzato che un tale scenario abbia probabilità infinitesime: l'assoluta improbabilità di determinarsi di un meccanismo di responsabilità sussidiaria della sola Repubblica Federale per la totalità delle passività derivanti dal NGEU allontana il rischio ponderato dal *Bundestag* e dunque rende inattuabile la libera determinazione del legislatore di ratificare la Decisione sulle risorse proprie dell'Unione.

Tuttavia, da ultimo, la corte di Karlsruhe non si esime dal valutare l'ammontare degli impegni derivanti dal NGEU nel quadro complessivo degli impegni derivanti dalla partecipazione della Germania all'Unione Europea, che ammonterebbero, al momento della sentenza, a 472 miliardi di euro, variabili a seconda dell'andamento dei tassi di interesse. La partecipazione all'EURI, dunque, unita agli obblighi ed alle garanzie precedenti derivanti dalla partecipazione all'Unione, contribuirebbe notevolmente a ridurre il margine di manovra del *Bundestag* in materia di bilancio, soprattutto se guardato assieme al già criticato quadro di attività della BCE nell'ambito dei programmi di acquisti di titoli di debito degli Stati. L'insieme di tali oneri, secondo il Tribunale, rischia di porre in pericolo la libertà di pianificazione del bilancio del *Bundestag*, ragione per cui il Tribunale ammonisce il legislatore ad esercitare, nell'ambito della sua responsabilità per l'integrazione europea (*Integrationsverantwortung*) un costante monitoraggio dell'utilizzo dei fondi del NGEU e dell'andamento del rischio per il bilancio federale ad esso associato al fine di adottare con rapidità le misure che si rendano necessarie a proteggere il bilancio federale nell'ipotesi in cui le sue previsioni di rischio dovessero rilevarsi errate.

Il non detto tuttavia traspare allorché il BVerfG chiede al legislatore, avvalendosi dei poteri di indirizzo sull'attività del Governo in sede Europea previsti dall'art. 23 GG e dalla Legge sulla cooperazione del Governo federale e del *Bundestag* negli affari dell'Unione (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union*), di «monitorare costantemente l'utilizzo dei fondi del NGEU e lo sviluppo del rischio per il bilancio federale», se è vero che un tale monito si riferisce non già

all'utilizzo dei fondi da parte della Germania, quanto da parte di tutti gli altri Stati membri, e richiederebbe dunque al Governo di monitorare la gestione dei fondi del piano da parte degli altri Stati, connotando ulteriormente una decisione già caratterizzata da uno scetticismo e da una criticità verso la capacità degli altri governi di centrare gli obiettivi del piano e di rimborsare nei tempi le somme, nonché attribuendo al Governo federale una ingiustificata posizione di controllo sull'intero piano, a tutela di un paventato rischio all'integrità del bilancio federale che invece appare una lontana proiezione che si nutre di ipotesi congetturali e riconosciute dalle parti e dallo stesso giudice costituzionale come irrealizzabili.

6. Una corte suprema dell'Unione o un perdurante ostacolo all'integrazione europea?

La decisione, per certi aspetti anticipata dalle considerazioni sommarie svolte dal Tribunale nell'ordinanza cautelare del 29 aprile 2021, si distingue, come rilevato, per l'approccio certamente più remissivo del BVerfG rispetto a quello adottato nella *EZB-Urteil*.

Anzi, si è posto in risalto come in numerosi passaggi il Tribunale abbia adottato, rispetto al celebre precedente, un approccio diametralmente opposto al momento di vagliare la legittimità degli atti delle istituzioni europee: si ritiene legittimo l'uso dell'art. 122 TFUE come base giuridica per l'introduzione dello *European Union Recovery Instrument* poiché «nel valutare i requisiti fattuali dell'Art. 122 TFUE, il Consiglio e la Commissione godono di un ampio margine di apprezzamento e di valutazione»¹⁶, si ritiene compatibile la Decisione con il divieto di *bail-out* di cui all'art. 125 TFUE giacché è impossibile rilevare una sua «manifesta elusione»¹⁷, con altrettanta indulgenza il Tribunale ha soprasseduto all'ammontare superiore delle risorse provenienti dall'EURI rispetto alle risorse proprie dell'Unione per le annualità di bilancio 2021 e 2022, introducendo il criterio dell'ammontare medio annuo delle altre risorse nell'ambito del quadro pluriennale.

Si badi bene, un tale approccio appare senz'altro opportuno a parere di chi scrive, e tuttavia non può non rilevarsi come si ponga in netta antitesi rispetto all'orientamento oltremodo rigoroso mostrato nel vaglio di proporzionalità degli atti della BCE nell'ambito del programma PSPP, nonché rispetto allo *standard* di giudizio adottato dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, che non rinveniva

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2022 - 2 BvR 547/21, §183, laddove il BVerfG cita R. BANDILLA, *Art. 122 TFUE*, in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, cit., Rn. 13, 19, nonché C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 122 TFUE, Rn. 16, Nomos, Baden-Baden, 2. Auflage, 2018.

¹⁷ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2022 - 2 BvR 547/21, §210.

nell'ambito degli atti della Banca Centrale nessuna violazione manifesta dei Trattati.

Potrebbe forse dirsi che un tale differente approccio derivi dalle sorti della stessa *BZB-Urteil*, che ha prodotto un considerevole strascico di timori e note di biasimo con riguardo ad una decisione potenzialmente esplosiva per la costruzione europea¹⁸ e rispetto alla quale probabilmente, lo stesso BVerfG è tornato nei ranghi con le più miti considerazioni e con l'atteggiamento più deferente verso il decisore politico mostrato nella decisione sull'esecuzione della decisione principale (*Vollstreckungsanordnung*) dell'aprile 2021.

Ancora, deve considerarsi, nel valutare l'orientamento della corte, l'innegabile impatto positivo che il finanziamento del NGEU avrà anche sull'economia tedesca, a cui il piano riserva 25 miliardi esclusivamente a fondo perduto, non avendo la Germania richiesto la quota di risorse in prestito pur prevista dall'EURI.

Pur ammettendo dunque una certa elasticità nell'approccio del BVerfG, non può non rilevarsi come l'intera sentenza sia compendiabile in un tentativo di vagliare se il cuore della Decisione sulle risorse proprie dell'Unione, vale a dire l'autorizzazione alla Commissione a raccogliere le risorse per l'avvio dell'EURI sui mercati di capitali, si caratterizzi per essere una misura straordinaria, temporanea, strettamente finalizzata a rispondere alla crisi economica originata dal COVID-19, mantenendosi dunque una eccezione ai principi che caratterizzano il sistema di

¹⁸ La sentenza è stata ampiamente commentata. Tra gli altri, si veda A. VITERBO, *The PSPF Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank*, in *Quaderni Europei*, n. 1/2020, p. 671 ss.; F. MAYER, *To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020*, in *German Law Journal*, n. 5/2020, p. 1116 ss.; G. BARRA CARACCILOLO, *La sentenza del 5 maggio 2020 della Corte costituzionale federale tedesca sulle misure non convenzionali di politica monetaria: meriti e criticità*, in *Comunità internazionale*, n. 4/2021, p. 725 ss.; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE Online*, n. 2/2020; A. FERRARI ZUMBINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria*, in *DPCE Online*, n. 2/2020; A. GUAZZAROTTI, *"Neutralità va cercando, ch'è sì cara"!* *Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE*, in *DPCE Online*, n. 2/2020; F. PEDRINI, *Il cortocircuito dell'interpretazione ultra vires*, in *DPCE Online*, n. 2/2020; M.J. ROCA, *La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo*, in *DPCE Online*, 2/2020; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, in *DPCE Online*, n.2/2020; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE Online*, n. 2/2020; F. FABBRINI, *Suing the BVerfG*, in *Verfassungsblog*, 13/05/2020.

finanziamento dell'Unione, ai meccanismi di bilancio e soprattutto alle norme concernenti il divieto di emissione di debito comune europeo: la fissazione nella sentenza dei requisiti per il ricorso al prestito da parte dell'Unione Europea e dei criteri che rendono quelle risorse straordinarie fruibili da parte delle istituzioni, si pone chiaramente in tal senso, operazione utile altresì a fissare dei parametri alla luce dei quali vagliare le future azioni dell'Unione in circostanze simili; lo stesso può dirsi con riguardo alla necessità di vagliare che i requisiti che abilitano l'intervento finanziario dell'Unione nei casi previsti dall'art. 122 TFUE, nonché di vagliare il rispetto del divieto di *bail-out* ex art. 125 TFUE nel meccanismo di rimborso sussidiario previsto dall'art. 9 della Decisione.

Potrebbe dunque dirsi che la sentenza sottrae alla declaratoria di incostituzionalità il meccanismo di finanziamento dell'EURI pressoché esclusivamente in ragione della chiara matrice temporanea e straordinaria del programma, se è vero che il Tribunale ha cura di precisare – forse per rassicurare l'opinione pubblica e le forze politiche¹⁹ – che non consentirà mai che la costruzione europea si trasformi in una *transfer union* (*Es gehe insoweit nicht um den Einstieg in eine Transferunion*). E d'altronde, i timori rispetto alla distorsione dei meccanismi per rispondere alla crisi economica generata dal COVID-19 in favore di una *transfer union* sono stati ritenuti da molti la autentica “*red line*” del Governo federale nella fase di negoziazione del quadro pluriennale dell'Unione e proprio il consolidarsi di un asse mediterraneo in favore di forme di mutualizzazione del debito quali i *corona bonds* possono dirsi tra le ragioni della proposta franco-tedesca del piano *Next Generation EU*, rigorosamente temporaneo, straordinario ed in continuità rispetto al quadro delle politiche di bilancio dell'Unione²⁰.

Contro quella visione orientata ad una *transfer union* ha senza dubbio avuto effetto proprio la sentenza del BVerfG del 5 maggio 2020 sul *PSPP programme*, le cui ripercussioni si sono rilevate nei successivi dibattiti del *Bundestag*, laddove, nel momento di recepire con legge la Decisione del Consiglio sulle risorse proprie, l'attenzione ai fondamenti giuridici nel diritto primario dell'Unione

¹⁹ Dell'avversione ad una “*transfer union*” nella politica e nell'opinione pubblica tedesca discorre P. BECKER, *Germany as the European Union's status quo power? Continuity and change in the shadow of the Covid-19 pandemic*, in *Journal of European Public Policy*, 8/6/2022, p. 12. Si veda altresì M. BEISE, *Berlin ringt um Corona-Bonds*. In *Süddeutsche Zeitung*, 1/4/2020; R. HOLTSCHI, A. WYSLING, *Corona-Bonds entzweien europäische Freunde*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 1/4/2020; S. KINKARTZ, *What do Germans have against Eurobonds?*, in *Deutsche Welle*, 4/4/2020.

²⁰ D. HOWARTH, J. SCHILD, *Nein to 'Transfer Union': The German brake on the construction of a European Union fiscal capacity*, in *Journal of European Integration*, n. 2/2021, p. 209 ss.

dell'autorizzazione alla Commissione e dell'intera architettura dell'EURI si è rivelata essenziale, ed in particolare la eccezionalità e la temporaneità delle misure, circostanza dimostrata dalla grande attenzione data dal *Bundestag* alla già citata opinione del servizio giuridico del Consiglio²¹.

Come si è detto, la stessa attenzione è stata riservata ai medesimi elementi da parte del Tribunale costituzionale federale nel suo giudizio di merito, tanto nell'ambito del controllo *ultra-vires*, quanto nell'ambito del controllo di identità.

Tale attitudine rigorosa presente diffusamente nel sistema politico tedesco e nella giurisprudenza del BVerfG rispetto alla temporaneità ed alla straordinarietà degli strumenti di sostegno contenuti nel NGEU mostra, qualora non fosse già autoevidente, che qualsiasi passo ulteriore verso una integrazione europea nell'ambito fiscale e di bilancio sia destinata ad infrangersi contro il muro eretto dal *Bundesverfassungsgericht*: al rigore attraverso il quale interpretare ogni atto cui conseguano forme di indebitamento dell'Unione finalizzati a realizzare programmi di sviluppo comune nell'ambito dell'attuale diritto primario seguirebbe il rigore dell'art. 79 comma 3 GG, il quale, secondo il BVerfG, impedisce qualsiasi forma di trasferimento di poteri in materia fiscale o di bilancio idonea a svuotare il nucleo centrale di competenze del *Bundestag*, quand'anche operato con revisione dei Trattati e con revisione costituzionale. Ogni forma di integrazione ulteriore sul piano economico a livello europeo dovrebbe dunque allo stato attuale, per restare compatibile con il diritto all'autodeterminazione democratica sancito dal *Grundgesetz*, muoversi nell'ambito di iniziative straordinarie e temporanee, limitate nell'ammontare delle risorse mobilitate rispetto alle risorse proprie dell'Unione.

Non è dunque forse mutata, nemmeno in questa più remissiva decisione in commento, quell'attitudine del *Bundesverfassungsgericht* ad agire come una corte suprema dell'Unione, orientata a condizionare, con la sua giurisprudenza, lo sviluppo dell'integrazione europea, l'assetto delle competenze delle istituzioni, e la sorte delle politiche economiche degli Stati membri.

²¹ P. BECKER, *Germany as the European Union's status quo power?*, cit., p. 14.

Forum di Quaderni costituzionali Rassegna
Fascicolo n. 4/2022